

# Revista Jurídica

## Castilla-La Mancha

### ESTUDIOS

EL CÓDIGO ÉTICO DE LA ARQUEOLOGÍA Y EL PATRIMONIO EN CASTILLA-LA MANCHA  
Luis Benítez de Lugo Enrich. Ernesto García-Soto Mateos. Francisco Javier López Precioso. Juan Manuel Rojas Rodríguez-Malo. Dionisio Urbina Martínez.

UN ANALISIS SOBRE LA POLÉMICA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO DE 8 DE DICIEMBRE DE 2.009 SOBRE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE UN MATRIMONIO CELEBRADO CON EL RITO DE LA ETNIA GITANA.  
José Escobar Jiménez.

LIMITACIONES DEL DOMINIO: UNA PROPUESTA DOCTRINAL.  
Miguel Ángel Jiménez.

ANÁLISIS DE LA REPERCUSIÓN QUE TIENE PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDOR LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DE CONSEJO DE 12-12-2006 RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR.  
Ramiro Losada Gómez.

### DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA LA APLICACIÓN DEL PLAN DE GARANTÍAS DE SERVICIOS SOCIALES.

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE AUTORIDAD DEL PROFESORADO.

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA  
Miguel Ángel Collado Yurrita. Pedro José Carrasco Parrilla. María Esther Sánchez López. José Alberto Sanz Díaz-Palacios. Saturnina Moreno González. Gemma Patón García. María del Prado Montoya López. Luis María Romero Flor. Francisco José Nocete Correa.

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA  
Karolina Lyczkowska. Iuliana Raluca Stroie.

### RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA (VIII LEGISLATURA).

### NOTAS DE ACTUALIDAD

XIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO  
Toledo, del 7 al 24 de enero de 2013.

51  
JULIO  
2012



Castilla-La Mancha



# REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 51 - julio - 2012

## PRESIDENCIA DE HONOR

### **Jesús Labrador Encinas**

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas

### **Miguel Ángel Collado Yurrita**

Excmo. Mágfco. Sr. Rector de la Universidad de Castilla-La Mancha

### **Pedro José Carrasco Parrilla**

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

### **Ángel 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 Ángel Jiménez Barbero**

Director del Servicio de Estudios Registrales de Castilla-La Mancha

## CONSEJO DE DIRECCION

### **José Sanroma Aldea**

Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

### **Manuel Antonio Mirón Ortega**

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

### **Mar España Martí**

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<sup>a</sup> Victoria Martín Méndez**

Jefa de Servicio del DOCM de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas

## 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

**María Jesús Alarcón Barcos**

Presidenta de la Audiencia Provincial de Ciudad Real

**José Eduardo Martínez Mediavilla**

Presidente de la Audiencia Provincial de Cuenca

**Isabel Serrano Frías**

Presidenta de la Audiencia Provincial de Guadalajara

**Manuel Gutiérrez Sánchez-Carro**

Presidente de la Audiencia Provincial de Toledo

## DIRECTOR

**Ángel Francisco Carrasco Perera**

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

## SECRETARIO

**Luis María Romero Flor**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Castilla-La Mancha

## NORMAS DE PUBLICACIÓN

La *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, editada conjuntamente por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, la Universidad de Castilla-La Mancha y Registradores de Castilla-La Mancha; y dirigida por D. Ángel Carrasco Perera, es una publicación especializada y multidisciplinar, de periodicidad semestral, que ofrece una información jurídica actual y rigurosa sistematizada en los siguientes bloques: Estudios; Reseña Normativa de Castilla-La Mancha, Dictámenes, Comentarios de Jurisprudencia, Comentarios y Notas de Actualidad. Su finalidad es hacer compatible el estudio y la crítica razonados, pues una producción de normas y sentencias cada vez más intensa y agobiante requiere una respuesta rápida y justificada desde una perspectiva científica.

La *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* está indexada y presente en los principales catálogos y bases de datos nacionales e internacionales: DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades Ciencias Sociales y Jurídicas, CSIC-ANECA); IN-RECJ (Índice de impacto de Revistas Españolas de Ciencias Jurídicas); LATINDEX (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal); DIALNET (Servicio de Alertas Informativas y de acceso a los contenidos de la literatura científica hispana); y REBIUN (Red de Bibliotecas Universitarias); entre otras.

Los trabajos enviados a la revista para la sección de Estudios deberán ser originales e inéditos y no estar presentados para su publicación en ningún otro medio.

Dichos trabajos podrán remitirse por correo electrónico a la dirección [docm-internet@jccm.es](mailto:docm-internet@jccm.es) o bien a Luis María Romero, secretario de la revista, a la dirección de correo [revista.rjclm@uclm.es](mailto:revista.rjclm@uclm.es). Los originales podrán también enviarse en soporte informático, acompañado de copia en papel.

Los trabajos, que deberán estar redactados en lengua española, se presentarán en formato Word y su extensión máxima recomendada será de 40 folios, con interlineado sencillo y fuente *Times New Roman*, tamaño 12 en texto y 10 en notas a pie.

En cada trabajo deberá aparecer, en primer término, el título del mismo y, a continuación, el autor, con sus datos profesionales. Asimismo, deberá incorporarse un sumario que recoja los diversos apartados en que se divide el trabajo. Todos los originales que se envíen para su publicación habrán de ir acompañados de un resumen (de 100 a 150

palabras) y entre cuatro y ocho palabras clave, con su correspondiente traducción al inglés.

La bibliografía del estudio, se insertará al final del artículo, y se citará de la siguiente manera:

**Monografía:** APELLIDOS, NOMBRE AUTOR (AUTORES): *Título de la obra*, Editorial, Lugar, Año, páginas.

**Artículo o capítulo de libro:** APELLIDOS, NOMBRE AUTOR (AUTORES): “Nombre del Artículo concreto o capítulo de libro”, *Nombre de la revista o publicación*, Editorial, Lugar (en su caso), Número, Año, páginas.

El Consejo de Dirección de la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* examinará todos los artículos relacionados con el mencionado objeto de estudio que le sean remitidos. Una vez recibidos los trabajos, el secretario de la revista acusará recibo de los mismos a los autores. Tras ello, cada trabajo será sometido al criterio de evaluadores externos anónimos (*doble referee*), actuando como criterios de selección, en especial, la originalidad de las aportaciones, el nivel científico y el rigor. Los trabajos podrán ser aceptados, sujetos a revisiones menores o mayores, o rechazados. La decisión que se adopte será comunicada a los autores, indicando las razones para la aceptación, revisión o rechazo del original.

### VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

#### MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS

San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303 Fax 91 3272367 - 28037 MADRID  
e-mail: [revistas@marcialpons.es](mailto: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](mailto: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

EL CÓDIGO ÉTICO DE LA ARQUEOLOGÍA Y EL PATRIMONIO EN CASTILLA-LA MANCHA

Luis Benítez de Lugo Enrich.

Ernesto García-Soto Mateos.

Francisco Javier López Precioso.

Juan Manuel Rojas Rodríguez-Malo.

Dionisio Urbina Martínez..... 11

UN ANÁLISIS SOBRE LA POLÉMICA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO DE 8 DE DICIEMBRE DE 2.009 SOBRE LA PENSIÓN DE VIUEDEDAD DE UN MATRIMONIO CELEBRADO CON EL RITO DE LA ETNIA GITANA.

José Escobar Jiménez ..... 29

LIMITACIONES DEL DOMINIO: UNA PROPUESTA DOCTRINAL.

Miguel Ángel Jiménez..... 41

ANÁLISIS DE LA REPERCUSIÓN QUE TIENE PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDOR LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DE CONSEJO DE 12-12-2006 RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR.

Ramiro Losada Gómez ..... 103

## DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA LA APLICACIÓN DEL PLAN DE GARANTÍAS DE SERVICIOS SOCIALES ..... 159

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE AUTORIDAD DEL PROFESORADO ..... 223

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Miguel Ángel Collado Yurrita.

Pedro José Carrasco Parrilla.

María Esther Sánchez López.

José Alberto Sanz Díaz-Palacios.

Saturnina Moreno González.

Gemma Patón García.

María del Prado Montoya López.

Luis María Romero Flor.

Francisco José Nocete Correa.....247

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

Karolina Lyczkowska.

Iuliana Raluca Stroie. .... 259

### RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA (VIII LEGISLATURA). .... 303

### NOTAS DE ACTUALIDAD

### XIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 7 al 24 de enero de 2013. .... 309





# ESTUDIOS



# EL CÓDIGO ÉTICO DE LA ARQUEOLOGÍA Y EL PATRIMONIO EN CASTILLA-LA MANCHA

*Luis Benítez de Lugo Enrich*

Anthropos, S.L. – UNED

Doctor en Prehistoria

*Ernesto García-Soto Mateos*

Catedrático de Historia

*Francisco Javier López Precioso*

Director del Museo Comarcal de Hellín

Miembro del Instituto de Estudios Albacetenses

*Juan Manuel Rojas Rodríguez-Malo*

Arqueólogo

Juan Manuel Rojas Arqueología, S.L.

*Dionisio Urbina Martínez*

Arqueólogo

Doctor en Historia Antigua

*Catalina Urquijo Álvarez de Toledo*

Arqueóloga

Licenciada en Historia Antigua

## RESUMEN

La Asociación Profesional de la Arqueología y el Patrimonio de Castilla-La Mancha aglutina a los profesionales y expertos sobre la gestión de nuestro legado histórico y cultural.

Uno de los objetivos fundacionales y estatutarios de la Asociación es la redacción de un Código Ético sobre la gestión de la Arqueología y el Patrimonio.

Este trabajo supone la presentación a la sociedad del Código Ético de la Arqueología y el Patrimonio en Castilla-La Mancha recientemente aprobado.

Este Código sienta las bases generales para un adecuado ejercicio profesional, abordando también aspectos como la relación entre los profesionales y de éstos con la sociedad, así como sus compromisos éticos durante el ejercicio de la profesión.

La publicación de este Código Ético es una necesidad improrrogable, habida cuenta de las dificultades surgidas en el ejercicio de la profesión a lo largo de los últimos años.

**PALABRAS CLAVE:** ética, deontología, profesional, gestión, Arqueología, Patrimonio, Castilla-La Mancha.

**TITLE:** *Code of Ethics of Archaeology and Heritage in Castilla-La Mancha (Spain).*

**ABSTRACT:** *The Castilla-La Mancha Professional Archaeology and Heritage Association brings together professionals and experts in our historical and cultural legacy. One of the foundational and statutory objectives is the drafting of an Ethics Code of management of Archaeology and Heritage.*

*This act involves the presentation to society of the recently approved Castilla-La Mancha Archaeology and Heritage Ethics Code. This Code establishes the general basis for a proper exercise of the profession, dealing also with aspects such as the relationship between professionals, and between them and society, as well as their ethical commitments while executing their profession.*

**The publication of this Ethics Code is an inextensible necessity, due to the difficulties sprung these last years on the exercise of the profession.**

**KEY WORDS:** *Ethics, deontology, professional, management, Archaeology, Heritage, Castilla-La Mancha, Spain.*

En verano de 2011 se llevó a cabo el proceso fundacional de la *Asociación Profesional de Arqueología y Patrimonio de Castilla-La Mancha* <sup>1</sup>. Tras ser publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha (DOCM nº 123/2011) el depósito de sus Estatutos en la Administración competente la Asociación fue formalmente inscrita en el registro de la Consejería de Trabajo de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, con el nº CLM-009-11.

Los firmantes de este artículo forman parte de su *Junta Directiva*. Todos ellos suman muchas décadas de experiencia y ejercicio profesional de la Arqueología y el Patrimonio, en diferentes áreas (Arqueología Profesional, Patrimonio Cultural, Educación, Museística, etc.) y en todas las provincias de Castilla-La Mancha.

Por ello, esta Asociación profesional ha surgido con vocación regional, a diferencia de otros proyectos como es el caso de la extinta *Asociación Profesional de Arqueólogos de la Provincia de Toledo* o de la *Asociación de Arqueólogos de Guadalajara*.

La creación de la Asociación surgió a partir de la necesidad de contar con un organismo que aglutinara a los profesionales de la región, ante la difícil situación que atraviesa la práctica profesional. Esta asociación propone ser un instrumento para la defensa de los intereses profesionales de los arqueólogos y expertos en Patrimonio Cultural de nuestra Región, aspira a convertirse en el cauce de un diálogo con las Instituciones y trabajará para mejorar los modos de actuación sobre el rico Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha.

Éste es el marco en el que se contextualiza el presente escrito, cuyo objetivo principal es divulgar el articulado del nuevo *Código Ético de la Arqueología y el Patrimonio en Castilla-La Mancha*, que fue aprobado por la Asociación en su Asamblea General celebrada el 14 de octubre de 2011 en Hellín (Albacete).

## 1. PREÁMBULO

Los arqueólogos tienen encomendadas funciones de extraordinario valor para la colectividad, como son la investigación, la custodia, la protección, la gestión y la puesta en valor del Patrimonio Histórico común.

La honradez, la rectitud, la diligencia, el rigor científico y la veracidad son virtudes que deben existir en cualquier actuación arqueológica.

En el desarrollo de la actividad arqueológica primará una orientación encaminada al bien general y a la función social de la intervención.

Por ello, los profesionales de la Arqueología y el Patrimonio requieren una formación específica, así como de una autonomía y libertad de acción en su ejercicio profesional.

Como consecuencia de esas características de su labor, en especial de esa libertad de acción, es preciso que los arqueólogos se atengan, con libertad, a un *CÓDIGO ÉTICO DE LA ARQUEOLOGÍA Y EL PATRIMONIO EN CASTILLA-LA MANCHA* que se encuentre claramente asumido, explicitado y publicado.

El presente Código Ético se erige en deber fundamental para todos los arqueólogos que desarrollen su trabajo en Castilla-La Mancha.

Por su gran trascendencia en la conservación y gestión del Patrimonio Histórico común, la infracción de estas normas de comportamiento ético puede derivar en graves responsabilidades disciplinarias.

En síntesis, este documento trata de ser un complemento de la legislación sobre Patrimonio Histórico y Cultural, abarcando aquellos aspectos que, por implicar más a la ética que a la norma, no son definidos por ésta.

Tiene como objetivo facilitar respuestas a situaciones no definidas por la ley, así como proporcionar soluciones a eventuales conflictos de la profesión arqueológica y del Patrimonio.

Quiere también ser un Código marco integrador, concebido de forma que pueda ser asumido por todos los sectores implicados en la gestión de la Arqueología y el Patrimonio, convirtiéndose al tiempo en fuente y alimento de un necesario marco normativo futuro.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

### Artículo 1º

El **objeto de la profesión** arqueológica y del Patrimonio Histórico es la investigación, conservación y difusión de la historia de los grupos humanos y de su evolución a partir de las evidencias dejadas por ellos, especialmente de los restos materiales de su cultura.

## Artículo 2º

La **Ética Arqueológica y del Patrimonio** es el conjunto de principios que deben inspirar y guiar la conducta del profesional en Arqueología y Patrimonio.

## Artículo 3º

a) **Son arqueólogos y profesionales del Patrimonio Histórico** todos aquellos profesionales con titulación superior reconocida y un desarrollo curricular o experiencia suficientes relacionados con el Patrimonio Cultural en cualquier ámbito, de forma especial en aquellos señalados en el apartado “c” de este artículo. En este documento se emplea la expresión genérica de “profesional de la Arqueología y el Patrimonio” para aludir tanto a las expertas como a los expertos en estas materias, desde el convencimiento de que la igualdad y la no discriminación entre géneros debe ser una prioridad en el ejercicio profesional de la Arqueología y del Patrimonio.

b) Los deberes que impone este Código obligan a todos los expertos en estas materias en ejercicio de la profesión. El presente Código **será de aplicación a todo profesional de la Arqueología y del Patrimonio que desarrolle su trabajo en Castilla-La Mancha, y su infracción podrá ser objeto de sanción profesional.**

Por tanto, todos los profesionales de la Arqueología y del Patrimonio deben poseer un exacto conocimiento de este Código. Su ignorancia en ningún caso podrá alegarse como excusa en caso de incumplimiento de las normas contenidas en este documento.

c) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio podrá ejercer su **actividad profesional de las siguientes formas**: bien como profesión liberal independiente, bien en calidad de funcionario, investigador, profesor universitario, gestor o técnico contratado por un organismo público, bien como contratado al servicio de una empresa privada o de otro profesional, o bien como representante de la profesión en Comisiones, Tribunales o Jurados.

## Artículo 4º

a) La actividad profesional irá encaminada a la **investigación científica, protección, conservación, recuperación, valoración y difusión** del Patrimonio, cualquiera que sea su forma: arqueológico, paleontológico, artístico, industrial, etnográfico o natural.



b) En el ejercicio de su actividad el profesional de la Arqueología y el Patrimonio deberá observar el debido **rigor ético y científico**, evitando cualquier forma de competencia desleal, velando siempre por la dignidad de la profesión y por que sean respetados los derechos inherentes a ella. El profesional de la Arqueología y del Patrimonio debe contribuir a una práctica solidaria de la profesión.

#### Artículo 5º:

Cuando el profesional de la Arqueología y el Patrimonio de Castilla-La Mancha actúe **fuera de su región** deberá respetar, además de las normas éticas y deontológicas vigentes en el ámbito de la región de acogida o en el que desarrolle su actuación profesional.

#### Artículo 6º:

a) La Asociación Profesional velará por la **buena calidad de la enseñanza de la Arqueología y el Patrimonio**, en cuyos programas educativos superiores no debe faltar la Ética referida a estas materias.

b) Asimismo, esta Asociación Profesional procurará establecer los cauces para que los profesionales de la Arqueología y del Patrimonio puedan recibir **formación continuada**.

#### Artículo 7º:

La Asociación Profesional de la Arqueología y del Patrimonio en Castilla-La Mancha se esforzará en conseguir **que el espíritu y las normas éticas de este Código sean respetados y protegidos por la Ley**.

### 3. RELACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA ARQUEOLOGÍA Y DEL PATRIMONIO CON LA ASOCIACIÓN

#### Artículo 8º:

El experto en Arqueología y Patrimonio de Castilla-La Mancha asociado a esta Asociación Profesional está obligado a:

a) Cumplir lo establecido en el presente Código Ético, así como los acuerdos y decisiones de los órganos de gobierno de la Asociación.

b) **Comunicar a la Asociación las transgresiones** del presente Código Ético.

c) **Respetar a los órganos de gobierno de la Asociación y ser leal con los miembros que los componen**, debiendo atender con la máxima diligencia las comunicaciones y citaciones emanadas de tales órganos o de sus miembros en el ejercicio de sus funciones, aportando con la debida prontitud todos los datos, documentos o informes que se le pidan y de los que él tenga noticia por el ejercicio de su profesión, a fin de facilitar las funciones propias de la Asociación.

d) Contribuir al mantenimiento de las cargas de la Asociación en la forma y tiempo establecidos. La conveniencia de la asociación es, ni más ni menos, una garantía a la ciudadanía frente al ejercicio de la profesión, así como la prueba definitiva de que todo acto profesional estará sujeto a deontología, velada y supervisada por la organización.

#### **Artículo 9º:**

La Asociación defenderá a los **asociados que se vean perjudicados por causa del cumplimiento de los principios éticos** recogidos en este Código.

#### **Artículo 10º:**

a) Se consideran **infracciones** las acciones u omisiones de los arqueólogos y profesionales del Patrimonio que vulneren las disposiciones reguladoras de la profesión, los Estatutos y Reglamentos colegiales o las Normas Deontológicas de actuación profesional recogidas en este Código. Las infracciones a este Código podrán ser leves, graves o muy graves.

b) **Infracciones muy graves** serán aquellas en las que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1) Dañar gravemente el Patrimonio Histórico, al cliente, a otros arqueólogos o profesionales del Patrimonio, a la Asociación o a terceras personas.

2) Negligencia profesional inexcusable.

3) Presentar manifiesta intencionalidad la conducta infractora.

4) No comunicar tanto a la Administración competente como a las Fuerzas de Seguridad del Estado una afección o peligro de conservación del Patrimonio Histórico.

5) Existir un lucro ilegítimo, propio o ajeno, posibilitado por la actuación irregular de un arqueólogo o profesional del Patrimonio.

6) Abusar de la confianza depositada por el cliente, en especial si concurren las circunstancias de cargo público o de actuación simultánea como promotor o constructor.

7) Intervenir como Autoridad o en Jurados, como Experto o Perito con evidente injusticia, sin aplicar la necesaria imparcialidad o atendiendo a intereses personales o políticos antes que a criterios profesionales.

8) Haber sido sancionado anteriormente por Resolución firme a causa de cualquier infracción grave.

**c) Infracciones graves las siguientes:**

1) Poner en peligro el Patrimonio Histórico. Ello incluye la ausencia negligente, por parte del profesional legalmente autorizado, de una vigilancia arqueológica en el control de una obra pública o privada; o la no prescripción, por parte de un técnico al servicio de la Administración, de la necesidad de aplicación de una vigilancia permanente a obras que vayan a producir remociones en terrenos de susceptibilidad patrimonial; o la observación en los responsables competentes en la protección del Patrimonio Histórico de absentismo o falta de impulso en la apertura de un expediente informativo y de un procedimiento sancionador tras haberse conocido la existencia de daños al Patrimonio Cultural”.

2) Ejercer la profesión encontrándose inhabilitado o suspendido en su ejercicio.

3) Trabajar como profesional de la Arqueología y del Patrimonio quien no reúna los requisitos establecidos para ello.

4) Actuar contra las normas de leal competencia.

5) Usurpar la autoría de trabajos profesionales ajenos o plagiar trabajos de otros profesionales.

6) Incumplir los deberes profesionales, con daño del prestigio de la profesión o de los legítimos intereses de terceros.

7) Incurrir en falseamiento o grave inexactitud en la documentación profesional.

8) Ocultar o simular de datos que la Asociación debiera conocer en el ejercicio de sus funciones.

9) Actuar públicamente en notorio desprestigio de la autoridad legítima de la Asociación.

10) Desobedecer acuerdos o requerimientos de la Asociación.

**d) Infracciones leves** serán las no comprendidas en los apartados anteriores de este artículo y las que, aún estándolo, revistan menor entidad por concurrir falta de intencionalidad, escasa importancia del daño causado y ánimo diligente en reconducir la conducta, subsanando la falta o remediando sus efectos, o reparando de forma voluntaria y espontánea el daño causado antes del inicio de cualquier actuación sancionadora. Por el contrario, las faltas calificables inicialmente como leves, podrán considerarse graves cuando no concorra alguna o algunas de las circunstancias enumeradas en este apartado.

**e)** Cuando conforme a las reglas precedentes no fuera posible precisar la concreta sanción aplicable, la Directiva de la Asociación, a la vista de las circunstancias de todo orden presentes en el supuesto considerado, la determinará a su prudente arbitrio con arreglo a las reglas de la sana crítica.

### **Artículo 11º:**

La Directiva de la Asociación quedará facultada para imponer, mediante Resolución, las siguientes **sanciones disciplinarias** a los asociados que incumplan el presente Código Ético: para las infracciones leves, apercibimiento de oficio y/o reprensión pública; para las infracciones graves, además de las anteriores, facultativamente se podrá proponer la suspensión de derechos electorales y/o cese de cargos asociativos; para las sanciones muy graves, además de las anteriores, facultativamente se podrá proponer la expulsión de la Asociación por un plazo de tiempo acorde con la infracción.

## 4. COMPROMISOS ÉTICOS Y DEONTOLÓGICOS

### Artículo 12º

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **deberá actuar con la debida competencia profesional y dedicación** al trabajo que se haya comprometido a realizar, y a no cesar en su actuación mientras no sea relevado en la forma que establezcan las normas y reglamentos.

### Artículo 13º

a) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **asumirá únicamente las funciones para las que se encuentre capacitado** profesionalmente por su titulación académica, formación y experiencia profesional.

b) Asimismo, el profesional de la Arqueología y del Patrimonio reconocerá los límites de su capacidad y, ante trabajos cuya realización supere sus posibilidades o calificaciones, buscará la colaboración de otros colegas especializados o rehusará aceptarlos.

### Artículo 14º

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio deberá comportarse con honradez y veracidad en todas sus actuaciones profesionales. Cuando actúe en misión de experto, autoridad, perito o jurado o cuando deba expedir cualquier tipo de certificación **apoyará su criterio en toda la información disponible en hechos probados** que justifiquen su dictamen.

### Artículo 15º

a) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio deberá **mantener y salvaguardar siempre la independencia de criterio** en su actuación profesional, tanto oficial como privada, sin que puedan servir de justificación a una conducta irregular las presiones de cualquier tipo que pueda recibir.

b) Si el profesional de la Arqueología y del Patrimonio recibiera **presiones** de cualquier tipo durante el ejercicio de su trabajo lo notificará a la Asociación, la cual acudirá en su defensa por el medio que estime más oportuno.

### Artículo 16º

A todo profesional de la Arqueología y del Patrimonio le estará **absolutamente vedado procurarse trabajo profesional mediante comisiones, uso de información privilegiada, conocimiento de proyectos públicos o privados confidenciales u otras ventajas análogas** que pudiera conocer u obtener de terceras personas.

### Artículo 17º

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **Director o Coordinador** de un proyecto **estará obligado a tener un claro conocimiento de la marcha de los trabajos.**

### Artículo 18º

**Ningún profesional de la Arqueología y del Patrimonio podrá encubrir con su actuación o con su firma cualquier comportamiento ilegal o negligencias** que vayan en contra de los deberes profesionales de otros compañeros o de la conservación del Patrimonio Histórico.

### Artículo 19º

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **será objetivo** y procurará estar bien informado cuando evalúe el trabajo de sus colegas, derivando en todo momento sus opiniones de los datos reales de los trabajos de investigación y evitando juicios que se vean afectados por valoraciones de aspectos personales o subjetivos.

### Artículo 20º

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **mantendrá una formación continuada** que garantice la calidad de su actividad profesional.

## 5. EJERCICIO DE LA PROFESIÓN

### Artículo 21º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **no utilizará la**

**información obtenida** por la provisión de servicios profesionales para obtener ventajas privadas.

#### Artículo 22º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio evitará ofrecer, solicitar o aceptar compensaciones materiales, emitir juicios o cualquier otro acto en contra de la conservación del Patrimonio Histórico, **para la obtención o mantenimiento del favor de un cliente** o de un potencial cliente.

#### Artículo 23º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio Director o Coordinador de una intervención velará por el cumplimiento de la **normativa sobre seguridad e higiene** en el trabajo.

#### Artículo 24º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio deberá tener cubierta, con medios propios o con el recomendable aseguramiento, su **responsabilidad profesional**, en cuantía adecuada a los riesgos que implique.

#### Artículo 25º:

Será obligación del profesional de la Arqueología y del Patrimonio Director o Coordinador de la intervención el **propiciar información** al equipo humano por él dirigido, informándole convenientemente de la naturaleza de las investigaciones que se realizan y su desarrollo.

#### Artículo 26º:

a) La actividad profesional seguirá una **metodología científica** y con las técnicas actualizadas más acordes para la consecución de los objetivos perseguidos.

b) Toda actividad de gestión profesional de la Arqueología y del Patrimonio deberá ser **desarrollada conforme a un proyecto** definido con anterioridad a la intervención, que contará al menos con los siguientes apartados: Introducción, descripción general del proyecto y de la intervención, marco legal, análisis documental (que incluirá encuadre histórico-geográfico, cartografía, toponimia, fotografía aérea, vías pecuarias, bibliografía especializada actualizada, consulta de carta

arqueológica y de expedientes arqueológicos previos en esa zona, etc.), método y estrategias de trabajo propuestos, equipo de trabajo, plazos y planos generales y de detalle.

c) Los resultados de toda intervención serán recopilados en **un informe que será presentado a la Administración y al promotor** en un plazo nunca superior a doce meses, y que deberá contar al menos con los siguientes apartados: introducción, descripción general del proyecto, localización y descripción del ámbito de actuación, método de trabajo seguido, descripción y resultados de los trabajos, fichas del registro arqueológico si las hubiere (de cata arqueológica, de unidades constructivas, de unidades estratigráficas e inventario de materiales recuperados), conclusiones, interpretación y propuestas, además de un soporte digital que incluya también la documentación gráfica y planimétrica.

d) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio será **responsable de los materiales recuperados** en cualquier actividad arqueológica hasta el momento de su ingreso en el centro que la Administración competente determine.

#### **Artículo 27º:**

Ante métodos de trabajo alternativos que tengan iguales expectativas científicas, se elegirá aquél que sea **menos destructivo** para el yacimiento o el resto patrimonial en cuestión.

#### **Artículo 28º:**

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio se esforzará por la **objetividad en su trabajo** y evitará la manipulación de los restos para adecuarlos a sus hipótesis, cuidando de no deformar los datos ni falsear la edad, procedencia, uso, significado histórico, extensión o trascendencia del yacimiento ni el contexto cultural de cualquier descubrimiento patrimonial.

#### **Artículo 29º:**

a) La **publicación y difusión** de los resultados de una intervención debe ser la finalidad última del trabajo del profesional de la Arqueología y del Patrimonio, así como de la Administración, que deberá facilitar los medios para ello.

b) En materia de publicaciones científicas constituyen infracción



ética las siguientes incorrecciones: dar a conocer de modo prematuro o sensacionalista investigaciones o hallazgos de alcance todavía no determinados, o exagerar éstos; opinar sobre cuestiones en las que no se es competente; falsificar o inventar datos; plagiar lo publicado por otros autores.

c) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio disfrutará de la **propiedad intelectual y el derecho de publicación** de la información científica procedente de un yacimiento o pieza patrimonial por él investigado durante un plazo de cinco años.

### Artículo 30º

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **colaborará con las Fuerzas de Seguridad del Estado y la Administración en la prevención del expolio arqueológico y denunciará cualquier situación que ponga en peligro de pérdida o deterioro** la transmisión del Patrimonio Histórico a las generaciones futuras

### Artículo 31º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **se abstendrá de adquirir bienes de naturaleza arqueológica sin garantía** de que proceden de un comercio lícito.

### Artículo 32º:

a) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio **en quien concorra cualquier tipo de vinculación con la Administración Pública se deberá al servicio de la sociedad**, absteniéndose del empleo de medios, facilidades o prerrogativas inherentes a su cargo o situación, tanto en provecho propio como de terceros. Así mismo, evitará guiar su labor atendiendo a consignas ajenas a la optimización de la investigación, protección y difusión del Patrimonio Histórico.

b) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio al servicio de la Administración Pública mantendrá un **trato ecuaníme hacia los compañeros** que desarrollen el ejercicio libre de la profesión, evitando que las consideraciones personales interfieran con su gestión técnica.

c) El profesional de la Arqueología y del Patrimonio que desempeñe su trabajo como **profesor en aulas universitarias** contribuirá a la **mejora metodológica de la actividad profesional**, identificando los riesgos existentes en ésta y aportando soluciones concretas a dichos riesgos.

## 6. RELACIONES INTERPROFESIONALES

### Artículo 33º:

a) Todo profesional de la Arqueología y del Patrimonio deberá contribuir lealmente con sus conocimientos y experiencia al **intercambio de información técnica** con otros profesionales que puedan intervenir en la actividad patrimonial, al objeto de obtener en todo momento la máxima eficiencia del trabajo conjunto.

b) Así mismo deberá respetar los **derechos intelectuales sobre el trabajo de sus colaboradores**.

### Artículo 34º:

Tanto los profesional de la Arqueología y del Patrimonio como los promotores, constructores, responsables de explotaciones mineras, ingenieros, arquitectos y demás agentes implicados en obras públicas o privadas que afecten al Patrimonio Histórico deben establecer una estrecha colaboración encaminada a **conseguir el rescate y conservación más completo y eficaz de cualquier evidencia de naturaleza arqueológica** al amparo de las diferentes legislaciones, urbanísticas, medioambientales de ordenación del territorio o sobre el Patrimonio Cultural de naturaleza internacional, de la Unión Europea, Nacional, autonómica o local.

## 7. RELACIONES CON LA SOCIEDAD

### Artículo 35º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio, en el desarrollo de su trabajo y en la medida que no contradiga el presente Código ni los derechos fundamentales del ser humano, **deberá respetar los usos y costumbres** sociales de cualquier comunidad en la que trabaje.

### Artículo 36º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio procurará, en

la medida de lo posible, que la salvaguarda del Patrimonio material del pasado, su documentación científica y/o su puesta en valor sirva no sólo para el conocimiento científico sino también para el **desarrollo sostenible** de la comunidad y para la potenciación económica y cultural de la zona donde se desarrollen los trabajos.

#### Artículo 37º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio reconoce su **responsabilidad en la formación educativa de la población**, especialmente de la juventud y de los aspectos de sensibilización sobre el Patrimonio.

#### Artículo 38º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio intentará **que las conclusiones de sus trabajos** o estudios históricos no sean utilizados con fines políticos, partidistas, discriminantes en razón del sexo, raza o religión, y que **no atenten contra derechos fundamentales del ser humano**.

#### Artículo 39º:

El profesional de la Arqueología y del Patrimonio instará a las Administraciones competentes para que las intervenciones sobre el Patrimonio Histórico se encuentren **debídamente reguladas y supervisadas**.

#### Artículo 40º:

a) Tanto la Administración como los promotores, constructores y demás responsables de la contratación de un arqueólogo deberían atender durante el **proceso selectivo** a los **criterios de igualdad, mérito y capacidad** de los concursantes, así como a la **calidad del proyecto y la solvencia profesional del profesional** de la Arqueología y del Patrimonio, antes que a criterios estrictamente económicos o de otra naturaleza.

b) En los procesos selectivos de profesional de la Arqueología y del Patrimonio (concursos) deberían valorarse los siguientes **méritos**, siempre relacionados con la Arqueología o el Patrimonio:

MÉRITO
Licenciaturas o grados afines.
Doctorado en departamentos universitarios afines.
Máster en disciplinas afines.
Dirección o codirecciones de intervenciones sobre el Patrimonio: a.- Excavaciones. b.- Prospecciones. c.- Controles de obra. d.- Otras intervenciones.
Trabajos en intervenciones sobre el Patrimonio: a.- Excavaciones. b.- Prospecciones. c.- Controles de obra. d.- Otras intervenciones.
Colaboraciones en intervenciones sobre el Patrimonio.
Publicaciones sobre Arqueología o Patrimonio: a.- Libros. b.- Coordinación de obras colectivas. c.- Artículos en obras colectivas y revistas, comunicaciones y ponencias presentadas a congresos.
Proyectos de investigación subvencionados.
Otros proyectos.
Cursos, talleres y conferencias sobre Arqueología o Patrimonio Histórico impartidos.
Cursos, talleres y conferencias sobre Arqueología o Patrimonio Histórico recibidos.
Becas, ayudas o premios de Arqueología y Patrimonio Histórico (obtenidos con posterioridad a la Licenciatura/Grado):
Experiencia docente en materias afines.
Contratos en Administraciones Públicas relacionados con la materia.
Otros méritos

c) La *experiencia profesional suficiente* será requisito **indispensable** para la contratación de una actuación profesional sobre Arqueología y Patrimonio y para la emisión de informes técnicos.

Se considera que un profesional de la Arqueología y el Patrimonio cuenta con *experiencia profesional suficiente* cuando haya participado al menos en **tres intervenciones, actuaciones o investigaciones de similar tipo a la que se propone desarrollar**.

## 8. INTRUSISMO

### Artículo 41º:

Se considerará intrusa a cualquier persona jurídica o física que, **sin reunir las condiciones legales** para el ejercicio de la profesión de profesional de la Arqueología y el Patrimonio, actúe en trabajos propios de ésta.

## 9. EPÍLOGO

### Artículo 42º:

Todo profesional de la Arqueología y el Patrimonio debe comportarse de acuerdo no sólo con la letra del presente Código, siempre incompleto y susceptible de modificación y mejora, sino también **con el espíritu que emana del mismo**.

## NOTAS

1 Asociación Profesional de Arqueología y Patrimonio de Castilla-La Mancha: [www.apapclm.es](http://www.apapclm.es)

# UN ANALISIS SOBRE LA POLÉMICA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO DE 8 DE DICIEMBRE DE 2.009 SOBRE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE UN MATRIMONIO CELEBRADO CON EL RITO DE LA ETNIA GITANA.

*José Escobar Jiménez. Profesor*

Titular de la Facultad de Relaciones Laborales del Campus de Albacete.

## I) INTRODUCCIÓN.-

A lo largo de mi vida profesional, como jurista y, posteriormente, como académico en la Universidad he encontrado muchas sentencias interesantes, de las que te sorprenden y te entusiasman, pero pocas han llamado tanto mi atención como la dictada por el Tribunal de Estrasburgo de Derechos Humanos con fecha de 8 de diciembre de 2.009 (Solicitud Nº 49151/07) en el asunto de María Luisa Muñoz Díaz-como solicitante y demandante- contra el Estado Español sobre una pensión de viudedad (o de reversión) al haber contraído su matrimonio por el rito gitano y que contradecía y violaba, según la sentencia de referencia, el artículo 14 de la Convención y en relación con el artículo 1º y 12 de la citada Convención, tras denegarse en nuestra Administración (INSS por resolución de 27 de Marzo de de 2.001 la pensión de viudedad) y, salvo en primera instancia (Juzgado de lo Social núm.12 de Madrid y sentencia favorable el 12 de Mayo de 2.002) en todas las distintas y posteriores jurisdicciones estatales, a saber Tribunal Superior de Justicia de Madrid que revocó con fecha 7 de Noviembre de 2.002, la resolución anterior y, posteriormente por Tribunal Constitucional que, con fecha 16 de Abril de 2.007 denegando el recurso de amparo (voto particular del Magistrado Rodríguez Zapata) quedando, entonces, expedita la reclamación a nivel de los Tribunales de Justicia Europeos; objeto de este comentario.

Esta sentencia me ha llevado a pensar y analizar las distintas etapas jurisdiccionales antes de formular mi opinión, intentando

siempre aportar una luz más sobre tan controvertido y polémico tema. No es una sentencia más, sino una sentencia de gran calado y enjundia tanto por el periplo que ha sufrido como por el Órgano Jurisprudencial que ha emanado en última instancia, así como la repercusión que ha supuesto ya tanto para la titular demandante y el precedente que puede sentar, no sólo para la etnia gitana como principal sino y, a otras posibles etnias que puedan seguir en el futuro por el mismo camino jurídico ya emprendido sobre una relación fáctica paralela-pero con consecuencias jurídicas- y teniendo siempre en consideración que la pensión de viudedad va adquiriendo a pasos agigantados proteger al cónyuge supérstite facilitando ante una situación de necesidad una renta de sustitución con las limitaciones que ello va a conllevar en las actuales reformas de nuestro sistema de Seguridad Social.

## II) ANTECEDENTES FACTICOS.-

María Luisa Muñoz Díaz, también llamada la Nena contrato matrimonio a la edad de quince años y por el rito gitano (o romaní) en 1.971, con su “marido” que falleció el 24 de diciembre de 2.000, dejando tras de sí, una “viuda” y seis hijos inscritos en el Registro Civil, hecho este que no se produjo sobre su relación contractual y que no se tradujo en las condiciones legales, tanto de celebración legal como en su posterior inscripción registral.

La demandante, de nacionalidad romaní español presentó su demanda en base a la negativa de la Administración de la Seguridad Social con la intención de admitir a trámite y reclamar una presunta pensión de viudedad por haber contraído “matrimonio” por el rito gitano, (en Noviembre de 1.971) comunidad de las que ambos formaban parte y tras posterior fallecimiento de su “marido”, albañil de profesión y habiendo cotizado al sistema de la Seguridad Social durante 19 años, tres meses y ocho días y habiendo tenido seis hijos dentro del mismo (la pensión de orfandad es reconocida por el INSS) inscritos éstos en el Registro Civil (aunque no su matrimonio), gozando de la correspondiente cartilla de asistencia sanitaria y la expedición del Título de Familia numerosa (dato éste digno de consideración). Tras las vicisitudes jurídicas exigidas el Tribunal Constitucional falló en contra de la demandante aludiendo que tanto la demandante como su marido escogieron no formalizar su unión por las vías legales y conforme al Derecho Español y a la

legislación y normativa que se encuentra recogida en nuestra Ley de General de Seguridad Social vigente al tiempo de dictar sentencia y que permanece. Tras este fallo del máximo órgano jurisprudencial en nuestro país, la recurrente formula su pretensión ante el ya citado Tribunal de Estrasburgo (solicitud núm. 49151/07), invocando la conculcación la protección de las libertades y derechos humanos, siendo representada por los letrados López Cózar y, por parte del Gobierno Español por Blasco Lozano, a favor del Ministerio de Justicia.

## II) ¿Cuestión sociológica o jurídica de la sentencia? ¿Qué significado tiene actualmente la prestación de viudedad?

Sin querer adentrarnos en los principios u orígenes de la pensión de viudedad, pero sí haciendo una brevísima referencia histórica, desde las cofradías y los gremios ya se reconocían en sus distintas ordenanzas o estatutos la atención para la protección de los derechos de viudedad y orfandad y que, posteriormente pasarían a los Montepíos, Mutualidades Laborales y, posteriormente a la Orden de Muerte y Supervivencia de 1.967 y que tuvo acogida en el antiguo precepto 160 de la LGSS y luego en el precepto 171 de la citada Ley y que ha llegado a nuestros días, no sin pasar un largo periplo de disposiciones sobre la igualdad entre ambos sexos, la no necesidad de una convivencia matrimonial, ni la tan discutida “*affectio maritalis*” y la llegada de la Ley del Divorcio con sus lógicas consecuencias en este ámbito protector, normativas a primeros de este siglo sobre actualización de porcentajes, entre otras y que, deliberadamente no citamos en ese recorrido histórico. No hay nada más que decir porque el exceso iría en perjuicio de nuestro comentario a tan cuestionada sentencia y remitirme a la Reforma de 2.007. Simplemente lo alego como referencia el que no debo adentrarme.

Pero si es necesario para entender la sentencia de Estrasburgo y el fallo dictado por tan Alto Tribunal. Es preciso concretar antes de enjuiciar. Por ello ¿Qué es, al fin y al cabo, el contenido y la finalidad de la protección de la viudedad? <<(…) el principio en la Seguridad Social es allegar medios para la subsistencia de quienes dependieron del causante y **no puedan atender a la subsistencia propia**>>...su reordenación, manifestaba el Ilustre Profesor Alonso Olea, es la asignatura pendiente que salvo por vías indirectas...no ha sufrido variaciones... desde los años setenta! En sus textos dignos de mención sobre <<Instituciones de Seguridad Social.

En la actualidad y, entre otros sectores de la doctrina, <<Las prestaciones por muerte y supervivencia son aquéllas destinadas a



solucionar las situaciones de necesidad...cuando ésta muere...>> (Blasco Lahoz , López Gandía y Momparler Carrasco, entre otros). Más recientemente y ante los cambios sufridos por la institución matrimonial, persisten las dos ideas básicas. Tras el fallecimiento del sujeto causante se generan automáticamente un gastos adicional y económico y una pérdida de rentas o ingresos para las personas que dependían del mismo, a lo que hay que añadir tras la reforma de 2007 no ya la familia en sí (fundamentalmente cónyuge e hijos), sino otras distintas formas que han surgido en los últimos años como son las parejas de hecha y los matrimonios del mismo sexo (Vid “in extenso” y por todos, Desdentado Aroca).

Es cierto que la familia tradicional ó clásica firmó ya su acta de defunción hace años, lo que no es óbice para que la familia actual, natural o como queramos ponerle apellidos, aún transformada en su nuevo contexto socio-económico siga vigente en otra realidad y dentro de su actual contexto. A ello hay que añadir las nuevas formas de unión estables, tanto heterosexuales como homosexuales (aunque en este punto tengo que mostrar, con respeto, mis dudas estando, como lo está, vigente el precepto constitucional del artículo 32) e incluso de otras formas más “externas” a la heterodoxia matrimonial como sería la transexualidad. Bien, esos son aspectos sociológicos que no sabemos su fecha de caducidad o irreversibilidad o, en algunas situaciones, modas pasajeras o definitivas. (Véase sobre este particular Desdentado Aroca). Sea la forma de matrimonio y sus distintas formas de celebración o unión sentimental la cuestión es la protección de la pareja cuando uno de ellos fallece, cualquiera que sea su procedencia legítima y/o basada , en una realidad fáctica que reúne todos los requisitos imprescindibles para una unión matrimonial, salvo defectos de forma, como puede ser el caso de esta sentencia y si procede esa protección y en qué términos o cuantía y con qué requisitos se debe llevar a cabo.

La **situación de necesidad** es el tema clave para tener derecho a esta pensión contributiva, una vez reunidos los requisitos de alta, (o situaciones asimiladas al alta, o el no alta acreditados quince años de cotización) y el período de carencia de 500 días cotizados en los últimos cinco años (art.172 de la LGSS), alta presunta o de pleno derecho operada por el principio absoluto de automaticidad en las prestaciones, incluidas las presunciones de muerte en caso de desaparición.

Hasta ahora y antes de que existiera la Seguridad Social y los precedentes Seguros Sociales hay dos supuestos en lo que la protección social-aunque tímida, en sus comienzos- ha protegido: La viudedad

(muy posteriormente las consecuencias derivadas de las contingencias profesionales a raíz de la Ley de 30 de Enero de 1.900). Pero la viudedad siempre ha sido objeto del cuidado de esas Cofradías Gremiales, Mutualidades y un largo etcétera, antes de que existiese unos Seguros Sociales y una Seguridad Social propiamente dicha que comenzó con la Ley de Bases 193/1963, de 28 de diciembre. En una palabra, la viuda era objeto de atención porque al no trabajar carecía de recursos económicos para atender a **sus necesidades**. La protección plena para el varón llegó después, fundamentalmente, por obra y gracia de la jurisprudencia (siempre en vanguardia) en sendas SSTCO 103 y 104 de Noviembre de 1.983 y la plena igualdad tras la Ley 30/ 1.981, de 7 de Julio de Divorcio.

La **situación de necesidad** nace en el mismo instante en la una persona que convive (o no) y con independencia de la forma de su regulación legal o “similar”, la desaparición del sujeto causante acarrea un aumento de gastos (auxilio por defunción, ridícula por cierto) y crea una expectativa de falta de recursos económicos que dependían del mismo/a y que pone en cuestión el problema de su subsistencia con la dignidad exigible. Ni más ni menos.

Es cierto como bien afirma la profesora Desdentado que la época de dependencia económica de la mujer respecto del varón ha pasado (patriarcado), en términos significativos, a la historia o “al baúl de los recuerdos”. Se ha producido-en las últimas décadas-un cambio sustantivo sociológico con la plena incorporación de la mujer al acceso del mercado de trabajo-notoria y digna de mención- como un **derecho ineludible a desarrollar su plena aportación**- tan conculcada y no como una obligación necesaria de la clase trabajadora y de la clase media, cuando por circunstancias de la vida económica, se “veían obligadas a ponerse a trabajar. Afortunadamente eso ya pasó y de manera irreversible. Luego, en este caso, como aquéllas/os que perciben una fuente de ingresos -en algunos casos considerables- ¿se encuentran en una situación de necesidad?.

A menudo se invoca este derecho derivado porque el “consorte” ya ha cotizado para él y para ella o viceversa y en caso de fallecimiento le corresponde hacerse beneficiario del trabajo y cotizaciones y a manera de compensación tras la pérdida que, a lo largo de su vida cotizó, como un “salario diferido” y transferible. Hasta ahora y solamente en parte ha sido así. ¿Pero debe ser así y en todos casos? A muchas mujeres la reincorporación al mundo del trabajo y especialmente en las zonas rurales, la “revolución” feminista y sus consiguientes derechos laborales fuera de

su casa les ha llegado tarde. Fueron “educadas” de otras formas porque eran otros tiempos. ¿Y me pregunto no **trabaja** una mujer con las labores domésticas, trabajo, por cierto no considerado y apenas respetado? ¿No se siente una mujer actual más estimada y satisfecha en el trabajo que en labores que a nadie gustan ya? Que no se me interprete como paladín de “lo antiguo” y, afortunadamente superado. Pero tampoco es lícito olvidarse de ellas cuando el sujeto causante fallezca, salvo pena de llevarlas a la indigencia o a la beneficencia del siglo XIX (Aparicio Tovar) y primeros o mitad del XX y las que libremente opten por la opción de trabajar en su caso, aunque es cierto que este supuesto se encuentra en un claro declive, por adaptación a las nuevas formas sociológicas y el legítimo derecho de escoger “el status” de convivencia, tanto para la mujer como para el varón. Cualquier reforma de la pensión de viudedad para pasar a ser una renta de sustitución tiene que ser meticulosa, ponderada y respetable con todos los supuestos, tanto los actuales como con los que aún perduran porque todos ellos son legítimos.

### III) LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD EN EL MATRIMONIO CELEBRADO POR LAS COSTUMBRES DE LA ETNIA GITANA Y SU REPERCUSIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO.

Después de esta obligada introducción, entramos de lleno en la raíz del problema. La pregunta sería ¿El matrimonio contraído (aunque no inscrito) por las costumbres y el rito gitano ¿tiene efectos jurídicos en nuestro ordenamiento estatal o, por el contrario, sencillamente no tiene validez jurídica alguna en nuestro sistema? A “priori” habría que desecharlo de plano y compartir más la Sentencia de nuestro Alto Tribunal, dejando, entonces, en entredicho al Tribunal de Estrasburgo.

Además de los clásicos requisitos de la celebración de un matrimonio válido y en el que **los contrayentes son realmente los sujetos principales para su posterior reconocimiento**, es casi un “dogma” y/o una premisa sustancial y forzosamente previa para su otorgamiento. Posteriormente, vienen los **requisitos formales** para que adquieran pleno reconocimiento e institucionalidad “erga omnes”, es decir, para toda la comunidad, adquiriendo rango de legalidad e institucionalidad y no sólo con derechos de protección social, sino y

además, con los consiguientes derechos económicos y patrimoniales que acoge el Derecho Civil.

Se exige pues, al menos, un principio de legalidad, una base jurídica que, posteriormente va a derivar en consecuencias legales de toda índole que dimanen de esa manifestación libre y voluntaria que los contrayentes, en su momento formulan, aunque se manifieste por ritos canónicos, o de otras confesiones que así lo tienen reconocido por el Estado. Por sí mismo y por los posteriores derechos y obligaciones que de ese matrimonio celebrado con el poder y el deber que le otorga la legislación vigente, facultades que van a derivar de esa unión conyugal que tiene **significado originario** y es lo fundamental y las consecuencias jurídicas que dimanen del mismo, pero que ya no les pertenece en exclusiva, incluso pueden escapar de la libre voluntad manifestada y consensuada recíprocamente.

En consecuencia el matrimonio celebrado por otros ritos no reconocidos en la legislación vigente ¿Pueden tener plena validez jurídica? ¿Y, en el supuesto del matrimonio otorgado o celebrado por las costumbres ancestrales reconocidas y respetadas por la etnia gitana que perdura no sólo en el tiempo, sino y además un colectivo tan amplio diversificada por toda Europa? Le otorgaría “per se” carta de naturaleza o el imperio de la ley es y/o debe serlo inflexivo y contundente ante cualquier situación de necesidad, provenga de donde provenga. Sin más miramientos, ni reflexiones? ¿Hasta cuando el Derecho escrito llega y que margen, puede dejar a situaciones realmente excepcionales?

No estoy juzgando, ni pretendo el matrimonio en sí mismo, realizado por la etnia gitana, según sus costumbres, si tienen capacidad libre para otorgarlo y con los requisitos de capacidad, edad (discutible), voluntariedad e intencionalidad de asumir un compromiso estable, en principio. No somos nosotros quienes-y hablando en términos generales-para presumir de ninguna bandera ética y moral. Ni mucho menos.

Creo que ese “matrimonio” puede reunir los requisitos más básicos, aunque diferentes de los concertados canónicos, civiles y otras confesiones admitidas por pactos de Estado (léase convenios o acuerdos con otras confesiones).

Es cierto que carecía de la publicidad -la no inscripción registral- no es sólo un mero trámite, es dejar de manifiesto **públicamente la existencia de ese matrimonio libremente concertado**. En una palabra, en derecho no basta con expresar nuestra voluntad contractual, sino que es preciso acogerse a la normativa legal y fruto de un Estado

de Derecho para que nuestras actuaciones tengan **reconocimiento jurídico**, para constancia ante terceros (art.61 del Código Civil), y que no deja lugar a dudas <<El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración>>. Hasta aquí nada que objetar. La celebración del matrimonio y **su pleno consentimiento** son el sustrato esencial y el contenido válido del mismo, además, eso también y como requisito formal los requisitos válidos para que su celebración adquiriera carta de naturaleza (como es la edad, la capacidad jurídica y de obrar, la libertad contractual, entre otros) para que el mismo adquiriera rango de validez.

No obstante, el párrafo segundo del mismo precepto civil añade <<Que el matrimonio **no inscrito**, (la negrilla es mía) no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas>>. Evidente porque sino ello podría llevarnos a un caos jurídico donde todo vale y el Estado sería un mero observador del mismo pero sin su conocimiento y, como contrasentido obligado al pago, ni tampoco para terceros que no tendrían constancia del mismo y que, al final, terminaría en claro declive ante un “liberalismo a ultranza” donde las normas no son respetadas, aludiendo en cada caso, cualquier motivo individual que a cada ciudadano le convenga. Las normas están para respetarlas y o se quedan sin derechos o asumen sus obligaciones. La publicidad en los respectivos órganos es necesario para su pleno conocimiento, sino estaríamos ante un matrimonio secreto o encubierto, que no trasciende de cara a terceros y alegando un derecho que no puede vulnerar los demás.

El Tribunal Constitucional estima-en resumen-que no ha producido ninguna vulneración del artículo 14 de la CE, al que parece que es el cajón de los milagros cuando no se puede acudir ya a otras normativas. Permítaseme esta alusión. Pero, en este caso polémico desde su origen, en principio, no se están vulnerando ningún derecho por razón de sexo, principios o expresión de un sector determinante que existe en nuestra sociedad, con claro menosprecio al principio de igualdad que dicho precepto recoge y de manera bien amplia, pero con sus límites. El límite que roza entre la libertad y el ordenamiento jurídico es una línea tremendamente fina, a veces y como en el caso que nos ocupa, difícil de trazar porque es preciso mantener la igualdad para todos los ciudadanos en base a nuestra CE y analizar cada cuestión en concreto que, respetando la Carta Magna, sea comprensiva con el planteamiento de una situación de necesidad muy específica pero sin otorgar una vía libre o carta de naturaleza. Por ello es digno de elogio la frase la Profesora Desdentado Aroca que tras manifestar <<que no ha producido vulneración de ningún derecho fundamental>>, matiza y, con gran acierto que <<que en atención a las singularidades que plantea

la etnia gitana, desarrollar una regulación legal (...) se establecieran (...) que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles matrimoniales>>. En mi opinión y, siguiendo a tan Ilustre compañera creo que es el camino a seguir.

#### **IV) LA DISCUTIBLE OPINIÓN DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO A LA LUZ DE NUESTRA LEGISLACIÓN INTERNA.-**

Como consecuencia de todo lo anterior y no satisfechas las pretensiones de la actora y apoyada siempre por la Fundación de Secretariado Gitano se presenta demanda el 17 de Noviembre de 2.007 ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en solicitud de la pensión de viudedad (las pensiones de orfandad siempre fueron reconocidas) y tras la vista ante el máximo órgano jurisprudencial el 26 de Mayo de 2.009, finalmente se produce la resolución judicial-el 8 de diciembre de 2.009- en la que se estima la pretensión de la demandante Luisa Muñoz y señalando una indemnización de 70.000 Euros, terminando así un largo periplo donde la actora ve recompensada sus esfuerzos y su tesón.

Ahora bien, profundicemos sobre el fundamento jurídico de la citada sentencia.

Según sentencia del Tribunal de Estrasburgo que la solicitante, podría vulnerar el artículo 49 del Código Civil porque <<cualquier español podrá contraer matrimonio...ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código (y también) en la forma religiosa legalmente prevista en la ley>> y con clara remisión a los artículos 59 y 60 del citado Código aluden a la forma de prestación del consentimiento matrimonial por las confesiones religiosas acordadas con el Estado (entre ellas, las inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, como pueden ser las Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica, aparte de la contraída de antaño con el Protocolo final de la Santa Sede de 3 de Enero de 1.979 y ratificado el 4 de diciembre, así como las Leyes 24,25 y 26/1.992, de 10 de Noviembre). Asimismo el artículo 61 de nuestro Código Civil, donde reconociendo el pleno reconocimiento y sus derivados derechos civiles, añade en su 2º <<Que para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil.>>

Pero vayamos al centro de la misma. Las manifestaciones de Parada Muñoz Díaz y otras opiniones vertidas en el contenido del fundamento jurídico de la misma, en mi modesta opinión, aunque con argumentaciones jurídicas, por supuesto respetables, se traducen en el fondo de la resolución y que, evidentemente, motivan el fallo del Alto Tribunal, que me producen una cierta incertidumbre, con manifestaciones a favor y otras, que parecen desdecirse o, al menos paliar, incluso en el fondo dudar sobre el pronunciamiento del fallo sobre quienes han tenido la responsabilidad de las partes pero me da la sensación de que la mayoría de los comparecientes en las respectivas defensas de sus posturas en esta causa al expresar su relevante y respetable opinión, han dudado, de alguna manera- o mejor expresado han estado supuestamente condicionados por el Derecho del Estado Español y su idea que comparto en gran medida, por la necesidad de establecer un criterio de justicia y equidad para este caso concreto. Es, sólo una sensación.

“Matrimonio” por el rito gitano, celebrados según sus usos y costumbres-que no religión y menos reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, pero que también trasciende por el colectivo que representa y porque, según sus respetables costumbres y en el año 1.971 (donde sólo se recogía el matrimonio canónico, salvo pena de apostasía) traduce una sensación propia de unión matrimonial, aunque no se hayan cumplido todos los requisitos formales contenidos en nuestro Código Civil. A ello se añaden la convivencia permanente, estable y de buena fe, que da lugar al nacimiento de seis hijos, inscritos, en su día, en el Registro Civil, la capacidad para otorgarlo según su rito, el consentimiento libremente aceptado, la fidelidad contraída y la permanencia mantenida, así como, la asunción de responsabilidades vivida durante todos los años como “consorte” y como padre, de un trabajador que cotiza a nuestro sistema de la Seguridad Social sobradamente ( 19 años, tres meses y ocho días). ¿Sólo nos falta la inscripción registral para que produzca **eficacia ante terceros**. Y desde luego no sobra, falta, justo es decirlo.

Sin embargo, aquí no se ha planteado ninguna cuestión litigiosa que vulnere los derechos **concretos** de otra u personas en temas patrimoniales o de cualquier índole recogida en nuestro Derecho Civil, ni Mercantil y que hayan sido perjudicados por la carencia registral. Se trata, **únicamente** del derecho a percibir la pensión de viudedad de su consorte, que reúne todos los principios básicos para su celebración y consiguientes derechos frente al INNS, aunque justo es decirlo, con actitud de miras amplias.

Que han hecho los Tribunales de Alta Instancia limitarse, como es su deber y derecho, pero en este supuesto muy restrictivamente, a comprobar si la reclamación cumple con los requisitos y formalidades de nuestro ordenamiento jurídico y se denegó la pretensión. El Tribunal de Luxemburgo llega más allá y en base al artículo 14 de Convención y al 1º (en mi opinión, de escasa relevancia en este procedimiento) no hay violación del citado precepto, no existe tratamiento discriminatorio. El primero de los citados, a saber, artículo 14 de la Convención de Derechos Humanos garantiza <<El goce de los derechos y libertades reconocidos en la Convención ...garantizados , sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, idioma , religión, opinión política o de otra índole, de irguen nacional o social, **pertenencia a una minoría nacional**(...) o de cualquier otra condición>>.

¿Podría enfocarse también la cuestión sobre la base de una convivencia “more uxorio” que, además reuniría los requisitos de nuestra actual legislación, si bien , dudosamente con carácter retroactivo? Podría, efectivamente, ser enfocada por esta vía judicial, pero estimo no es la correcta.

Para ello, tendríamos que volver al precepto 62.1 de nuestro Código Civil: <<El Juez, Alcalde o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá, inmediatamente después de celebrado, la inscripción o el acra correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos. Asimismo, practicada la inscripción (...) el Juez, Alcalde o funcionario entregará (...) documento acreditativo de la celebración del matrimonio>>. No menos preciso se pronuncia el artículo 63 del mismo texto legal celebrado en España en forma religiosa (...), que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil. En su párrafo segundo añade “Se denegará la práctica del asiento cuando conste (...) que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen...>>. Téngase en cuenta estos preceptos porque la cuestión del matrimonio no es una cuestión baladí, a la vista de los mismos, sino que su constancia es necesaria para no perjudicar a terceros, basándose en el principio de publicidad que todo acto contractual debe presidir nuestras actuaciones y relaciones, salvo pena de que no sean jurídicas y no trasciendan, ni produzcan efectos “erga omnes”. La cuestión como dice, mi Ilustre compañera (Desdentado Daroca) <<resulta, ciertamente compleja (...) y permite al Estado controlar el cumplimiento de determinadas obligaciones (...) mediante su publicación>>.



#### IV) CONCLUSIONES FINALES.-

Ante todo y ante esta Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, profunda, profusa, de enjundia no cabe duda y excesivamente reiterativa en sus largas manifestaciones hasta la saciedad, la cuestión polémica se mantiene entre luces y sombras.

Por un lado, se puede argumentar de la controversia del matrimonio de M<sup>a</sup> Luisa, reclamante de la prestación de viudedad, la falta de un total cumplimiento de los requisitos no para su constitución como matrimonio, porque estimo tiene “per se” los requisitos válidos para su celebración, sino y también, para alcanzar su plenitud de reconocimientos a efectos jurídicos a todos los efectos institucionales, dado que carece de publicidad notoria y produce indefensión ante terceros.

Por otro, también estimo que el matrimonio celebrado por etnia gitana ha cumplido con todos los requisitos como para otorgarle pleno reconocimiento ante nuestra legislación civil y se ha equiparado en su constitución a nuestra legislación, al menos con los caracteres más imprescindibles y esenciales, aunque no en los requisitos formales, que también tienen su trascendencia pero **a los solos efectos de adquirir una prestación de viudedad**, que entiendo que es admisible y deseable y no trasladable a otros efectos como los patrimoniales. ¿Pero como diferenciar entre unos y otros admitida su prestación y lo que con ello conlleva? Si es viuda-que lo es- no será solo a los efectos sociales y limitados a la percepción de su pensión, sino que puede trascender a otros efectos civiles, de personalidad jurídica y, también patrimoniales ¿por qué no? Los civilistas tienen la respuesta en esta dudosa cuestión. En fin, es esa una asignatura pendiente y “doctores tiene la Iglesia”, sin olvidar para nada su posible y escalonada repercusión en otros ámbitos, extramuros de lo social.

Por ello y con los datos que contiene la sentencia de tan Alto Tribunal me inclino a favor de la concesión-en este caso concreto- a la percepción de la referida prestación. Los aspectos derivados en otros ámbitos serán dignos de estudio cuando se plantean. Y como colofón final y ante un colectivo de más de medio millón de personas con los que mutuamente convivimos y respetamos mutuamente y compartimos nuestras costumbres y forman parte de nuestro contexto social, me pregunto ¿Por qué no se admite la realidad y el Estado no firma un Acuerdo con la etnia gitana a estos efectos, como lo han hecho ya con otras Confesiones Religiosas? ¿Por qué ellos tienen unos ritos muy cercanos a los nuestros, costumbres que se entrelazan, pero no son una religión? Sin más comentarios.

# LIMITACIONES DEL DOMINIO: UNA PROPUESTA DOCTRINAL.

*Miguel Ángel Jiménez*

PARTE PRIMERA: Estudio crítico del concepto.

## I Planteamiento básico.

El Derecho romano conceptúa el derecho de propiedad, según la opinión de Álvaro d'Ors como "la más plena pertenencia personal de las cosas". Es, en definitiva, el derecho que abre a su titular la más plena y directa influencia que la cosa admita por su naturaleza, en todas sus posibles facetas y variantes, actuales o futuras.

Siendo así, parece lógico que la primera experiencia con el concepto de límite desde el punto de vista jurídico se produzca al enfrentarse el sujeto con los que se derivan de la cosa misma. Los bienes objeto de dominio, muebles o inmuebles, presentan limitaciones naturales que coartan la libertad del dueño, impidiéndole algunas veces llegar tan lejos como desee. El dueño de una prenda de ropa no puede, aunque quiera, constituir sobre ella un derecho de superficie. La propiedad no puede llegar más allá de lo que la cosa permite. Pero estas restricciones, al ser tan inmediatas y naturales, son excluibles de la problemática jurídica, si bien conviene citarlas para distinguirlas de las limitaciones que, sin venir determinadas necesariamente por la cosa, se fundan en el objeto, en su importancia o valor. La diferencia está en que aquéllas limitaciones son inmediatas y necesarias (no cabe aprovechamiento de caza, por ejemplo, en una propiedad urbana), y estas, en cambio, mediatas y contingentes, como las que se imponen para la protección del patrimonio histórico-artístico. Estudiaremos estas últimas más adelante.

La siguiente relación con el concepto de límite a la que tiene que hacer frente todo propietario, una vez asumidos los que derivan de la propia naturaleza de la cosa cuya propiedad detenta, es la que deriva del propio derecho subjetivo. Y aquí hay que hacer la primera distinción. Porque lo primero que encontrará el propietario, en su proceso de aproximación al aprovechamiento pleno, serán los límites comunes de

todos los derechos subjetivos y que, como es lógico, se dan también en el caso de la propiedad.

En este grupo encontramos la el principio de que los derechos han de ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe ( artículo 7.1 Código Civil), la proscripción de los actos de abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo ( artículo 7.2 del Código Civil, reforzado por los artículos 127, 128 y 289 del Código Penal, que castigan ciertos casos de destrucción de la cosa o utilización de la misma para cometer delitos), la doctrina de los actos propios, de acuerdo con al cual el que con su conducta ejercitando un derecho genera en otros una expectativa fundada de continuidad, incurre en mala fe si la altera en perjuicio de los terceros que, confiando en aquélla apariencia, hayan realizado actos que comprometan su patrimonio, y la doctrina del “ius usus inocui”, según la cual el titular de un derecho no puede, por el mero hecho de serlo, impedir a otros que se aprovechen de la cosa si esto no le causa ningún perjuicio, o el principio de la pérdida del derecho por su no uso, en virtud de la institución de la prescripción adquisitiva usucapión del tercero.

El siguiente paso, más problemático, sería el abordar los límites o restricciones derivadas del derecho de propiedad, pero que son peculiares y específicos de este, o como mucho los comparte con otros derechos reales, pero no son comunes con otros derechos subjetivos.

De la misma forma que para dibujar una figura debemos ante todo señalar los límites entre la parte del lienzo que forma la figura y la que está excluida o queda fuera de la misma, y sólo de mediante esa actividad limitadora podemos decir propiamente que la figura existe, igual sucede con los derechos. Es preciso trazar sus límites, determinar qué facultades comprenden y hasta dónde puede llegar el titular en el ejercicio de las mismas para que jurídicamente tengan entidad. Los registradores de la propiedad están muy familiarizados con esta idea, pues forma parte de su quehacer profesional ordinario el negar “entidad” como derechos reales, y por tanto oponibilidad erga omnes, a los derechos que no cumplen con el principio de especialidad, esto es, que no están adecuadamente “determinados”.

El derecho de propiedad, a pesar de su carácter potencialmente pleno, no es una excepción. Necesita límites para existir, que lo dibujen y le den una identidad, que determinen su naturaleza, lo definan y lo hagan identificable.

Tradicionalmente la teoría de los límites del dominio se venía identificando, en un contexto predominantemente inmobiliario y

eminentemente urbano, con la de las llamadas “relaciones de vecindad”, es decir, con los límites naturales que se imponen al propietario para evitar su invasión en la esfera de sus vecinos, normalmente colindantes.

Pero en las últimas décadas, y sobre todo a partir de la segunda guerra mundial, han ido proliferando, junto a las relaciones de vecindad, una serie de normas de diversa procedencia que introducen en el concepto de propiedad privada modalizaciones dictadas directamente por la defensa de intereses públicos. En ellas se han oscurecido la primitiva claridad de la idea de límite. Se trata de límites marcados por su origen fundamentalmente legal, más que científico, es decir, que no provienen del Derecho propiamente dicho o de la doctrina jurisprudencial, sino de la Ley entendida en sentido amplio, o sea, leyes y reglamento de distinto origen, y son por tanto un acto de voluntad del legislador, y no de autoridad de los prudentes del derecho o jurisprudentes. Además, estos límites a los que ahora nos referimos normalmente no se predicán del universo de las propiedades, sino de algunos bienes concretos determinados por algún factor externo, como la propiedad urbana, la rústica o la industrial, lo que tiene como consecuencia que estos límites sólo sean generales dentro de un ámbito normativo, e iguales para todos los propietarios incluidos en él. De alguna forma, se puede decir que en estos casos la generalidad e igualdad del límite se confunden con los de la norma que lo establece, mientras que en las relaciones de vecindad esas notas van intrínsecas en su naturaleza.

Recapitulando lo que hasta aquí llevamos expuesto, resulta que la propiedad se ve afectada, en principio, por los limitaciones físicas que ofrece la propia cosa objeto del dominio, y que hemos conceptualizado como extra jurídicos o materiales. En segundo lugar, por los límites que a manera de fronteras jurídicas, definen el alcance del derecho de propiedad y le dan una identidad propia, dentro de los cuales, a su vez, se distinguen los comunes a todos los derechos, y los específicos del derecho de propiedad, y dentro de estos, a su vez, los límites propios o relaciones de vecindad, de los impropios que, como veremos, se han ido decantando por la influencia de la llamada “función social de la propiedad” y se han concretado sobre todo en las denominadas “propiedades especiales”.

A la vista de este resumen, resulta evidente que queda una situación que contemplar. Porque junto a los límites encargados de dibujar el concepto de dominio, que a la manera de elementos internos de este determinan el régimen normal de ejercicio del derecho, existen restricciones que, tomando como punto de partida ese régimen ordinario preexistente, lo constriñen y condicionan, creando o dando lugar a un

régimen especial y más limitado, en aras de la defensa de intereses públicos. No se trata de restricciones derivadas de la autonomía de la voluntad, como si yo, propietario, constituyo un derecho de paso a favor de mi vecino por un precio, caso en el que limito mi derecho concreto, pero dejando intacto el régimen jurídico del mismo. Se trata, más bien, de restricciones que tienen, como las anteriores, su origen en los poderes públicos, pero que no aspiran a actuar como elementos internos del dominio, sino extrínsecos al mismo, y por lo tanto implican una expropiación de facultades preexistentes, expropiación que admite y reclama indemnización. Estaríamos, en estos casos, ante lo que la doctrina viene denominando “modificaciones singulares” del dominio.

Esta exposición breve que hemos hecho siguiendo el método de la aproximación no es ni con mucho resultado de una aceptación acrítica de los preceptos legales. Al contrario, nuestra legislación y doctrina presentan una curiosa y llamativa oscuridad en la exposición conceptual de los límites del dominio, que es interesante analizar.

## II. La problemática doctrinal.

El Código Civil no ofrece una adecuada separación de conceptos entre los límites generales impuestos a todos los propietarios, que no dan lugar a indemnización al no suponer un acto expropiatorio, y los límites singulares que ocasionalmente establece el ordenamiento y sí admiten e incluso reclaman tal indemnización.

Así, en primer lugar, es de reseñar la extraña identificación del concepto de límite y el de servidumbre. El artículo 536 C.c especifica que

*“Las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los interesados. Aquéllas se llaman legales y estas voluntarias”.*

Más adelante desarrolla esta idea, y así, el artículo 549 indica que

*“Las servidumbres impuestas por la Ley tienen por objeto la utilidad pública o el interés de los particulares”*

Además, según el artículo 550

*“Todo lo concerniente a la servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y en*

su defecto, por las disposiciones del presente título”.

Y el 551 concluye que

*“Las servidumbres que impone la Ley en interés de los particulares, o por causa de utilidad privada, se regirá por las disposiciones del presente título, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural”.*

*Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la Ley ni resulte perjuicio a tercero”.*

A continuación, y a lo largo de una cuarentena de artículos, el Código espigúa y mezcla indistintamente lo que son auténticas relaciones de vecindad, pensadas para configurar el régimen normal de ejercicio del dominio, con otros límites también de carácter general, y con limitaciones singulares.

Así, son límites generales del dominio, derivados de las relaciones de vecindad, la llamada servidumbre natural de aguas del artículo 552, el derecho temporal de paso del artículo 569, las limitaciones derivadas de la medianería, las limitaciones de apertura de huecos en pared no medianera del 581a 584, las que en materia de desagüe impone el 586, la de plantación de árboles a una distancia menor de la autorizada del 591 y 592.

Son límites generales del dominio pero en sentido impropio (explicaremos esto más adelante), la servidumbre de uso público de ribera del 553.1 y la proscripción de construir cerca de plazas fuertes del 589.

En cambio, el resto de artículos de la misma sección regulan limitaciones singulares, que llevan aparejada indemnización, y que vienen impuestas en pro de la protección de cauces públicos y de la navegación fluvial (553.2 y 3) del adecuado aprovechamiento de cauces (554, 557 a 563), del suministro de agua a personas y ganados (555 y 556), de la adecuada explotación de fincas rústicas (564 a 570), del desagüe adecuado de los edificios (588). También se recogen importantes limitaciones por razón de la comunidad especial de carácter forzoso que se da en los elementos medianeros, limitaciones que forman parte de la institución del condominio, y que se recogen como servidumbre de medianería en los artículos 571 a 579, en el 580 y en el 593.

Parece evidente que el código identifica las relaciones de vecindad con las servidumbres “de interés particular”, sometiénolas a lo dispuesto en su texto, sin perjuicio de lo que otras normas puedan establecer, y permitiendo que los particulares puedan modificarlas dentro de los límites que representan la Ley y los intereses de los particulares implicados.

En cambio, llama servidumbres legales de interés general al resto de los límites, formado por límites generales del dominio no patrimoniales ni indemnizables, con limitaciones singulares, en su mayoría (estas sí) servidumbres legales susceptibles de constitución forzosa, pero con indemnización.

Esto, como sabemos, supone una notable desviación conceptual, pues rebaja el valor de las relaciones de vecindad al de normas de conflicto de intereses en las relaciones prediales, olvidando su condición de límites del dominio, y desplaza su regulación a la Ley y a la voluntad de los particulares, precisamente a lo accesorio, olvidando que su verdadero origen está en lo que no se menciona, la ciencia jurídica, que a través de ellos dibuja el concepto de propiedad y lo hace identificable. Todo ello al mismo tiempo que se mezclan límites generales con limitaciones singulares de constitución forzosa.

Pero la confusión aumenta si se repara en la existencia de otros casos de límites generales dispersos por el Código, como la facultad de deslinde y cerramiento (artículos 384 a 388), las que en materia de edificios ruinosos y árboles que amenacen caerse imponen los artículos 389 y 391, la proscripción de hacer obras en los cauces de aguas pluviales que varíe su curso o cuya destrucción pueda perjudicar a tercero del artículo 413, la limitación que en materia de construcción de depósito de aguas pluviales contiene el artículo 416, la responsabilidad por daños causados por la caza (1906), por ruina del edificio (1907) o por daños causados por las cosas en los diversos y variados supuestos del 1908).

A todo ello se añade el surgimiento, relativamente reciente, de sectores concretos del derecho de cosas en el que el número de especialidades normativas ha llegado a ser tan elevado que ha llevado a la doctrina a hablar de “propiedades especiales”, algo que la mayoría de los autores pone en relación con los límites generales del dominio, si bien algunos (PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS) entienden que cuando la especialidad normativa implica el sometimiento de un conjunto de bienes individualizados e identificados a un estatuto jurídico distinto del ordinario y típico (como sucede con las Viviendas de Protección Oficial y las Explotaciones Agrarias Prioritarias), se debe hablar más

bien de limitaciones singulares del dominio, que adoptarían aquí la forma de modificaciones sin desintegración del dominio, a diferencia de las modificaciones con desintegración del dominio que se producen con la constitución de la servidumbre forzosa .

Por último, no puede faltar en este panorama general la idea de “vinculación” que algunos administrativistas, como GARRIDO FALLA, han utilizado para aludir a aquéllos casos en los que, por disponerlo así la norma, un bien queda sujeto, no a limitaciones de carácter negativo, que sustraen al propietario algunas de sus facultades ordinarias, sino a un vínculo positivo, que hace que el bien quede afecto al cumplimiento de un fin de interés general, afección de la que dimanar, para el propietario, ciertas obligaciones, como sucede cuando se declara un bien monumento histórico-artístico, y queda sujeto a la legislación vigente en la materia.

Ante este confuso panorama normativo, han sido muchos los intentos de clarificación doctrinal, intentos que han fructificado en diversos criterios de clasificación.

-Así COCA PAYERAS, (en su obra *“Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica”* Zaragoza, 1988), utiliza la distinción, traída de la dogmática alemana, entre **límites y limitaciones**: “Los límites, o límites confines, son internos, institucionales a la figura del derecho de propiedad, consistiendo en las fronteras, el punto normal hasta donde el poder del dueño llega. Las limitaciones o cargas, son externas al derecho de propiedad como tal, consistiendo en reducciones del ámbito de poder tipificado legalmente como propio del titular del derecho....”

-MESSINEO acepta esta idea, aunque utiliza otros criterios de separación, optando por separar los límites de interés público de las limitaciones de interés privado: *“Peculiar carácter de estos vínculos-dice de los primeros- es la unilateralidad, en el sentido de que, a diferencia de las limitaciones en interés privado, no son recíprocos. Es ésta una consecuencia del hecho de hallarse dichos vínculos establecidos en interés público y soportándolos el dueño frente al poder público, de donde falta igualmente el carácter de predialidad en sentido activo que es elemento de las relaciones de vecindad y de las servidumbres...la obligación surgida de tales vínculos afecta, no tanto a la propiedad como a la persona del dueño, que es quien está obligado a cumplir”*.

*“Los límites-concluye más adelante- no son incompatibles con los caracteres de plenitud y exclusividad que se reconocen al derecho del propietario..... [pues] estos dos caracteres presuponen la propiedad como es, o sea, como derecho limitado”* .



-BAUR, siguiendo a la mayor parte de la doctrina europea, utiliza no obstante los caracteres de generalidad e igualdad como frontera entre límites y limitaciones, y afirma: *“debe ser decisivo si la inmisión por la autoridad contradice o vulnera el principio de igualdad de los particulares y sacrifica una víctima singular en interés de la generalidad. La violación del principio de igualdad caracteriza la expropiación”*. No obstante, el propio autor modaliza su opinión aludiendo a un fenómeno cada vez más en auge en el Derecho moderno, cual es el de la vinculación de la situación. Según el autor *“cada inmueble está influido, condicionado, por su naturaleza, y por consiguiente su situación. Está grabado con restricciones inmanentes que derivan de su ubicación, y que señalan el límite de su utilizabilidad y del poder de disponer sobre él.”* En definitiva, se trata de casos en que la situación del bien lleva a privar al propietario de determinadas facultades de uso de la cosa, sin indemnización.

Pero aunque esa distinción científica es mantenida por la mayoría de la doctrina, lo cierto es que no es unánime, y lo que es peor, parece haberse convertido en un lugar común del que apenas se extraen consecuencias prácticas.

Así, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN (en *“Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística”*, RDU nº 23, mayo-junio 1971, pp. 13 y ss.) critica la distinción entre límites y limitaciones por cuanto implica deslindar un contenido normal del derecho de propiedad de otro extraordinario o anormal, y dado que la fijación de la normalidad nos lleva a *“aquello que se produce de acuerdo con una norma”* puede concluirse que cualquier contenido es normal y que con la distinción no se dice nada o muy poco. Tal distinción, añade, sólo sería posible si el contenido previo del derecho de propiedad estuviera fijado positivamente, pues, en tal caso, cualquier reducción de dicho previo contenido positivo sería una limitación. Pero *“en la situación actual, en nuestra legislación y en nuestra doctrina, una diferencia entre límites y limitaciones no parece que posea ningún sentido especial”*.

Esta demoledora crítica, hecha en una fecha tan temprana como 1971, parece que ha sentenciado de muerte el problema doctrinal, y lo ha reducido a una cuestión meramente positivista. No hay solución doctrinal. Los límites no tienen una naturaleza determinada. Son lo que son...y no procede más que analizarlos en su individualidad concreta, que es lo que, dicho sea de paso, hacen la mayoría de los autores modernos, que despachan el asunto con unas breves líneas, antes de lanzarse directamente al océano de normas especiales que cubre el instituto de la propiedad (Véase EMILIO PÉREZ PÉREZ, en *“Régimen*

jurídico estatal y autonómico de la propiedad inmobiliaria”, de. Bosch, 2009, pags. 127 y ss.; o MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en “Derechos Reales” editado por Colegio de Registradores de España, 2001, cuarta edición, tomo I. 245 y ss.

No obstante, creo que la crítica no es ajustada a la realidad del derecho ni a la perspectiva histórica. La propiedad es una institución milenaria, su evolución es paralela a la del derecho privado occidental, desde sus raíces romanas, y ese hecho no puede ser obviado en el tratamiento de tan compleja materia. Como tampoco la evidencia de que no todo el Derecho es Ley, ni la Ley incorpora siempre una manifestación de autoridad jurisprudencial, sino que en ocasiones no es más que expresión de la voluntad del poder socialmente reconocido, esto es, de la potestad.

Trasunto de esa falta de claridad doctrinal es la dificultad existente a la hora de encontrar una clasificación doctrinal satisfactoria de los límites del dominio.

Clasificaciones doctrinales de los límites del dominio hay muchas, desde las más simplistas, que renunciando de entrada a toda discriminación conceptual, afirman que todos los límites del dominio han quedado reducidos a uno sólo, la función social de la propiedad (véase COCA PAYERAS, obra citada , pág. 297), hasta las más elaboradas.

Quizá la clasificación más conocida sea la de O´CALLAGHAN MUÑOZ, ( en “*Compendio de Derecho Civil*” tomo III, Derechos reales e hipotecario, Madrid, 2007, p. 70), quien distingue tres conceptos:

- Los límites en institucionales: se derivan de la propia naturaleza del derecho, aún sin disposición legal concreta, y son 1º) de carácter positivo , que afectan a las facultades de dar y hacer (doctrina del abuso de derecho y de los actos de emulación) 2º de carácter negativo (afectan a las facultades de excluir (doctrina del ius usus inocui).
- Límites en interés privado, prohibiciones de disponer y relaciones de vecindad.
- Límites en interés público o propiedades especiales.

Clasificación que ofrece la ventaja de ser bastante completa y captar adecuadamente el origen eminentemente jurídico de algunos límites

(los institucionales, que no necesitarían de disposición legal concreta) y fáctico de otros (los de interés privado y público, que precisarían de disposición legal, dada la reserva de Ley contenida en los artículos 33.2 y 53 CE), pero que en cambio ofrece algunas desventajas, en nuestra opinión, entre ellas la separación entre interés privado y público supone olvidar que todo límite del derecho de propiedad establecido por Ley se entiende, en principio, vinculado al interés público ( las servidumbres forzosas, como veremos, deben ser excluidas del concepto de límite), que prescinde de toda alusión a la diferencia entre límites generales, sin indemnización ni contenido patrimonial, y limitaciones singulares, estas necesitadas de indemnización, que introduce un cierto confusionismo al introducir aquí la doctrina de las prohibiciones de disponer.....

Con todo, es la más aceptada y en ella se funda la actividad clasificatoria de otros muchos autores, tales como EMILIO PÉREZ PÉREZ o LACRUZ.

La tónica general, no obstante, no es esa, sino que los tratadistas modernos, prescindiendo de todo intento de teorización en la materia aparentemente simple de los límites del dominio, se lanza sin más a una exposición casuística y no siempre clarificadora de los mismos.

Pero ¿por qué es tan complicada la teoría de los límites del dominio? ¿Qué es exactamente lo que ha conducido a nuestra doctrina y jurisprudencia, a renunciar a su función clarificadora y optar por un tratamiento meramente casuístico?

Parece que la respuesta pasa, necesariamente, por un análisis histórico-crítico de la teoría de los límites del dominio.

### **III. Análisis histórico-crítico.**

Desde un punto de vista histórico, la primera manifestación del concepto de límite en el ámbito de la propiedad privada viene de la mano de la doctrina de la inmisión. El derecho romano, aún profesando un concepto absoluto del derecho de propiedad, admitía que el dueño de un inmueble no tiene derecho a perturbar a sus vecinos introduciendo en su finca fluidos o gases, elementos materialmente perceptibles.

Es un célebre texto de ULPIANO (Digesto, 8,5,8, 5 y 6) el que, recogiendo la opinión de otros juristas, expone que, salvo servidumbre constituida, no son lícitas las inmisiones o invasiones de fundo ajeno mediante el empleo de sólidos (piedras) líquidos (agua) o gases (humos).

La doctrina quedó así fijada como proscripción de toda invasión de fundo ajeno con sustancia corpórea.

En la edad media, al producirse la recepción de esta doctrina por los comentaristas y glosadores, se produce la primera manifestación de una constante histórica que va a convertir al derecho de propiedad en enblema de las alteraciones que la moda o el espíritu de cada época imprimen a su Derecho positivo. Así, si lo característico de esta época fue la fuerte impregnación moralista y subjetivista derivada de la influencia del Derecho Canónico, el derecho de propiedad fue sin duda el más afectado. Los juristas, en efecto, prescinden de la visión objetiva de los jurisconsultos romanos y se centran en la intención con la que el dueño realiza los actos molestos. Es CINO DE PISTOIA el primero en establecer la regla de que cualquiera puede hacer en su fundo lo que desee, con tal de que no lo haga con la intención de dañar al otro *“dummodo faciat non animo nocendi alteri”*. Su discípulo BARTOLO DE SASSOFERRATO y el discípulo de éste, BALDO DE UBALDIS concluyen negando legitimación al que ejerce su derecho *“ad emulationem et inhonestam considerationem”*, cristalizando así la doctrina denominada de los actos de emulación, la primera formulación sistemática de las limitaciones del dominio.

En ella observamos una clara manifestación de confusión de las categorías morales con las jurídicas, y de supresión de un criterio objetivo y formalmente comprobable (inmisión) por otro subjetivo y moralmente relevante, pero jurídicamente imponderable ( emulación, dolo, mala fe) lo que supone un caso claro de vulgarismo jurídico que hace de este cuerpo de doctrina más una fuente de problemas que de posibles soluciones.

En un intento de hacer frente a este obstáculo, ALCIATO propuso, y logró imponer, una alteración de la carga de la prueba del *“animus nocendi”*. Es el propietario que edifica en su finca algo dañoso para el vecino el que habrá de demostrar la utilidad de su edificación, y no haciéndolo así se presume su intención de causar daño. Esto supone que, para apuntalar una doctrina viciada, se realiza una alteración totalmente artificial de la regla general de presunción de la buena fe.

Pero aún así, la regla bajomedieval resulta inservible con el advenimiento de la revolución industrial. El número de actos potencialmente dañosos del fundo ajeno se ha multiplicado, y en su valoración han aparecido multitud de factores a tener en cuenta, como el valor que para la economía tienen las actividades industriales, o

el reconocimiento de nuevos derechos y principios constitucionales relacionados con la salud, el medio ambiente y la calidad de vida (cfr. ALONSO PÉREZ, “*Las relaciones de vecindad*”, en ADC, 1983).

A partir de este momento de crisis, la teoría de los actos de emulación queda desahuciada a efectos de juzgar de las inmisiones en fundo ajeno. Será resucitada más tarde, por las célebres sentencias francesas del tribunal de Colmar, para tratar una cuestión distinta como es la del abuso del derecho, integrante de la teoría general del derecho subjetivo, pero el problema de la inmisión en fundo ajeno queda huérfano de una solución concreta. Hubo que retornar a la vieja doctrina romana de la “*inmisio*”, si bien admitiendo que esta teoría resultaba, en las nuevas circunstancias, al mismo tiempo excesiva e insuficiente. Excesiva, porque proscribía cualquier invasión de fundo ajeno, olvidando que en un mundo técnico y globalizado como el nuestro, todos somos ya vecinos y el absoluto aislamiento resulta imposible. Insuficiente, porque no tiene en cuenta la posibilidad de invasión con elementos imponderables, no corpóreos, como ruidos, trepidaciones o luces, que igualmente perturban la convivencia.

Corresponde a IHERING el mérito de haber sabido obtener, en virtud de un esfuerzo clasicista y creador, una nueva versión de la vieja doctrina romana que es la que informa los códigos y leyes modernas y constituye la piedra angular de la teoría de los límites del dominio.

Según el gran jurista alemán, lo procedente es sustituir el viejo concepto romano de inmisión por “*influencia*” para incluir también los imponderables que afectan al fundo vecino sin introducir ninguna sustancia en él. Hecho esto, sienta la regla de que se debe prohibir toda influencia que comienza directamente en el fundo ajeno, y se debe permitir la que comienza en el fundo propio y termina en el ajeno, siempre que no supere los límites de la tolerancia normal.

Este criterio, como digo, aparece reflejado en los códigos modernos de inspiración alemana. Obviamente, el propio BGB (parágrafo 909), el artículo 844 del C.c. Italiano, o el 1346 del C.c. Portugués. En España, no la recoge directamente nuestro código, de inspiración napoleónica, pero la doctrina (sobre todo PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER) ha tratado de destilarlo a partir de preceptos aislados, fundamentalmente el 1908 en relación con el 590 del texto legal. Una recepción sistemática de la doctrina ha tenido lugar, para el ámbito del derecho foral de Cataluña, mediante la Ley 13/1990 de 9 de Julio de acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, actualmente incorporada al libro

quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales, en virtud de la Ley 5/2006 de 10 de mayo.

La enseñanza que se obtiene de este breve excursus histórico es triple: 1º) La nota definitoria del concepto de límite está en su origen doctrinal, basado en la actividad de los que saben de lo justo, de los jurisprudentes; 2º) El problema conceptual viene determinado por el vulgarismo jurídico, es decir, por la pérdida de una tradición propiamente clásica en el pensamiento jurídico; 3º) La solución pasa por una vuelta al concepto clásico, aunque sea modernizado y adaptado a las nuevas exigencias.

Se impone, pues, el estudiar la cuestión del vulgarismo jurídico, su influencia en el concepto de propiedad y sus límites, y las consecuencias problemáticas que ello acarrea.

#### **IV. Manifestaciones de vulgarismo jurídico en la teoría de los límites del dominio.**

Como indica ÁLVARO D´ORS, en su obra *“Escritos varios sobre el derecho en crisis”* (cuadernos del instituto jurídico español, Roma- Madrid, 1973, págs. 27 y ss.), el vulgarismo jurídico es un fenómeno histórico-cultural que a manera de constante histórica se ha ido repitiendo periódicamente desde los orígenes de la cultura occidental. Resulta reconocible por la pérdida de una determinada tradición estilísticamente depurada que se llama, precisamente por eso, “clásica”, pérdida que tiene su origen en la desaparición de la figura del “jurisconsulto” como figura libre y autónoma, que actúa guiado por un estilo mental particular y exclusivo, prescindiendo de las consideraciones propias de otras ciencias cercanas al Derecho, como la moral, la historia, la economía y la sociología.

Lo característico de ese quehacer clásico, propio del jurisconsulto se podría definir en las siguientes notas:

i) Opción personal de un estilo mental eminentemente casuístico, apegado al caso concreto, que se basa, es cierto, en la aplicación ponderada de los principios de la ciencia jurídica, pero sin dejarse arrastrar de forma ciega por la lógica de aquéllos, sino adaptándolos flexiblemente a los hechos concretos del caso, lo que tiene como consecuencia, en épocas de derecho clásico, que no exista un derecho consuetudinario discrepante con el oficial.

ii) Antinaturalismo, esto es, opción clara por el rigor conceptual y huida de todo lo que suponga la utilización indistinta de conceptos jurídicos unos por otros, o la utilización de conceptos procedentes de otras ciencias.

iii) Conceptualización del derecho como un orden de soluciones científicas útiles para resolver casos concretos, expresión por tanto de autoridad, esto es, saber socialmente reconocido, frente a la Ley que es manifestación de potestad, poder socialmente reconocido.

iv) Aceptación de la Ley y de los principios que esta contenga como datos de hecho que le vienen dados al jurista y ha de tener en cuenta en la búsqueda de solución al caso, pero sin identificarlos con el Derecho. La Ley solo es Derecho en la medida en que reciba y confirme un criterio jurisprudencial, en la medida en que la Potestad -poder socialmente reconocido- haya reconocido los criterios de la Autoridad -saber socialmente reconocido.

Por contra el vulgarismo jurídico implica y supone lo siguiente:

i) Ausencia de jurisconsulto: la vida práctica del Derecho deja de estar en manos de personas de autoridad, de saber socialmente reconocido, y es conducida y guiada por la potestad, o poder socialmente reconocido, que absorbe y se reviste de la autoridad. En la época del derecho romano tardío, este fenómeno se produce con la asunción, por Augusto, el año 27 a.d.C., de la suprema autoridad como “Pontifex Maximus”, y la atribución a los jurisconsultos del “ius respondendi ex auctoritate principis”, lo que suponía la pérdida de autonomía que se consolidaría con Adriano, mediante la creación de la Cancillería Imperial.

ii) Naturalismo y confusión de unas categorías jurídicas con otras o utilización de conceptos ajenos al Derecho. Así, en Roma, la confusión de posesión y propiedad, conversión de la “locatio” en una situación cercana a la esclavitud, confusión de las distintas formas de liberalidad....

iii) Identificación de Derecho y Ley, ambos manifestación de la autoridad del que gobierna, como sucedió definitivamente en la época de Adriano y, más claramente, en Bizancio a través de, precisamente, el Corpus Iuris, que es, todo él, una ley imperial.

Expuesto así, siquiera sea esquemáticamente el concepto, parece claro que la problemática actual del concepto de propiedad viene

determinada por ciertas concretas manifestaciones de vulgarismo jurídico que exigen una depuración.

#### A) Confusión de categorías jurídicas.

Tal y como enseña la experiencia romana de la época post-clásica, una de las principales manifestaciones de vulgarismo jurídico es la contaminación por cercanía de categorías jurídicas distintas, esto es, la pérdida de capacidad de abstracción y del rigor conceptual. En nuestro Código es patente tal confusión, sobre todo en la utilización del concepto de servidumbre para el tratamiento de los límites del dominio.

En efecto, como dice HERNÁNDEZ GIL, las servidumbres se distinguen de los límites del dominio en que:

a) Los límites afectan a los fundos considerados en plano de igualdad y reciprocidad, de manera que engendran derechos y deberes correlativos para los propietarios, mientras que las servidumbres colocan a uno de los fundos en la posición de dominante y a otro en la de sirviente, quedando sustituida la igualdad recíproca por la subordinación.

b) Los límites suponen restricciones internas, inherentes a los fundos e impuestas directamente por la Ley, en tanto que las servidumbres, aunque por ser legales puedan imponerse coactivamente, necesitan que su constitución sea exigida.

c) Los límites no confieren derecho de indemnización alguna, salvo cuando se incumplen, mientras que las servidumbres conceden derecho de indemnización al propietario del predio sirviente.

d) Las servidumbres no están exentas del régimen de la prescripción, y sí lo están las relaciones de vecindad, que persisten tal y como las atribuye directamente la Ley.

La confusión conceptual altera gravemente la teoría de los límites, oscureciendo su verdadera naturaleza y finalidad, e impidiendo un adecuado enfoque de la materia.

#### B) Función social de la Propiedad.

La idea de que la propiedad privada no es ya, como en Derecho Romano, un derecho individual, sino una función social, fue introducida en la doctrina decimonónica por León DUGUIT, sobre la base de ideas de AUGUSTO COMTE, el inventor de la sociología y precursor del positivismo jurídico.



Es, pues, una invasión del derecho por parte de la sociología, y como tal una manifestación muy notable de vulgarismo jurídico que conviene, no rechazar, pero sí depurar y ubicar en su lugar correcto.

La idea inicial fue acogida fervorosamente por la doctrina de finales del XIX y llevó a planteamientos radicalmente inaceptables, que poco menos convertían a todo propietario, por el hecho de serlo, en un funcionario público supeditado a la colectividad que le reconoce el poder sobre la cosa únicamente como un medio para facilitarle el cumplimiento de una función, que es satisfacer el interés superior de la comunidad en la que aquél se integra. Todavía en fechas recientes los ecos de esa doctrina se dejan escuchar entre los autores. En Italia, RODOTÁ (en su obra de escuela *“il diritto privato della società moderna”*, parte 5ª, Bolonia, 1971) llegó a afirmar que la propiedad se le reconoce al individuo, no como tal, sino como miembro de una comunidad nacional, y condicionada a la realización de las funciones que tiene encomendadas por la colectividad, y afirma *“ la función social supone una coordinación de las actividades del particular tal que permita efectivamente la mejor utilización de los recursos a su disposición; teniendo en cuenta, además, que no es bastante cualquier resultado ventajoso para la colectividad, sino sólo aquél al que acompaña el establecimiento de relaciones sociales más equitativas”*.

En España, VICENTE MONTÉS PENADES, (en su obra *“La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo”*, Madrid, 1980), manifiesta que la función social *“consiste en una atribución causalizada del derecho de propiedad sobre determinados bienes, lo que se traduce en una reducción de facultades, en un control de ejercicio o en una carencia de legitimación sobrevenida por el incumplimiento de deberes o por una actuación o un ejercicio que ha traspasado los límites”*.

La legislación se ha hecho eco de esas ideas. Ya el artículo 44 de la Constitución de la II República española proclamaba que *“toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional”*. El Fuero del Trabajo de 1938 establecía *“la subordinación de la economía a la dignidad de la persona humana”* y afirmaba en su declaración XII a la propiedad privada como *“medio natural para el cumplimiento de las funciones...sociales”*. La legislación de arrendamientos aplicó de forma notablemente radical esta subordinación de los intereses supuestamente egoístas de los propietarios a una minoría de arrendatarios, provocando un daño al instituto del arrendamiento de vivienda del que éste aún no se ha recuperado. Ecos igualmente claros encontramos en la Ley de expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, que configura como causa expropiandi el *“incumplimiento de la función social”*, la Ley

del suelo de 1956, que recoge en su exposición de motivos como uno de sus objetivos “asegurar la utilización del suelo conforme a la función social que tiene la propiedad”, la Ley de 16 de noviembre de 1979 de fincas manifiestamente mejorables.....

El artículo 33 de la Constitución Española vigente, conforme a esos antecedentes, dispone que

*“Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.*

*La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las Leyes”.*

Con ello, nuestra constitución reconoce plenamente la idea de la función social, y la pone en relación directa con la teoría de los límites del dominio, pues será esa función social la que “delimite” su contenido “de acuerdo con las leyes”.

Pero ¿qué significa eso exactamente?. O mejor ¿cuál es la interpretación correcta de ese postulado?.

La doctrina de la función social estuvo sujeta a críticas desde una época temprana. Así, CONSTANTINO pone de manifiesto como toda la teoría de la función social parte de la idea de que el interés del propietario es primariamente egoísta, y sobre esa base estaría justificada la función social como criterio correctivo. Pero *“hay un argumento en contrario: todo el sistema del Derecho Privado reposa sobre una fórmula que tiene seguramente naturaleza publicística. Los derechos privados y las relaciones entre ellos son seleccionados y tipificados por el ordenamiento en consideración a exigencias de orden general”.*

Para RADBRUCH califica la idea de “mentira convencional”, y la mayoría de la doctrina moderna la considera equívoca, pues en ningún momento se aclara por el legislador qué es esa función social y cómo se cumple.

Así, LASARTE ÁLVAREZ, (en su obra *“Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad”*) afirma que la expresión *“carece de valor técnico concreto y constituye simplemente un concepto jurídico indeterminado”*, y la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Marzo de 1987 la califica de “concepto válvula”.

Retomando la idea inicial, entendemos que el origen de las dificultades conceptuales que ofrece la idea de la función social está en

el devastador proceso de vulgarismo jurídico que supuso la aparición de la sociología.

Como ha explicado ÁLVARO D´ORS en su obra *“Escritos varios sobre el Derecho en crisis”*, antes citada, en el pensamiento de AUGUSTO COMTE, todas las ciencias humanas, una vez eliminadas la teología y la metafísica como no-científicas, deben integrarse en el programa de la Sociología, con lo que dejan de ser humanas y se convierten en sociales, condición indispensable para que sigan siendo ciencia.

El problema es que las ciencias humanas estudian al hombre en su individualidad, como dotado de libre albedrío, y las ciencias sociales estudian el comportamiento de las masas, como fenómeno natural sometido a leyes físicas, leyes cuyo estudio y determinación constituyen el objeto de la nueva ciencia. El hombre, como tal, desaparece de la perspectiva para convertirse en una mera célula del cuerpo social.

Este planteamiento culmina en la obra *“Las palabras y las cosas”* de FOUCAULT, donde las ciencias humanas quedan directamente descalificadas como pre-científicas, y se rechaza radicalmente el concepto del hombre como ser dotado de conciencia y libertad.

El concepto de función social de la propiedad aparece como producto directo de esos planteamientos, que en él aparecen como fácilmente detectables: El propietario, como individuo libre, no tiene entidad, sino es contemplado como parte del cuerpo social, como un “órgano” encargado de cumplir una “función”; El derecho objetivo no es ya el estudio de soluciones justas para resolver conflictos intersubjetivos, sino el de la cuantificación de las reacciones de la masa social ante determinados estímulos; el jurista desaparece como tal, esto es, se envilece la profesión jurídica.

Ante esta situación, la actitud adecuada según el ilustre romanista consiste en que, al mismo tiempo que se reconoce la entidad de la Sociología, su derecho a existir como ciencia, se debe apartar decididamente del campo de estudio propio de los juristas, a fin de evitar sus efectos perturbadores. La idea de la función social de la propiedad, pues, siguiendo este criterio, no debe ser excluida, pero sí reducida a sus estrictos límites, de forma que se mantenga la identidad del derecho subjetivo que es la propiedad, y no se perviertan o adulteren los esquemas mentales propios de la ciencia del Derecho.

En este sentido, y retomando donde lo dejamos la interpretación adecuada del artículo 33 de la Constitución española, entendemos que

el párrafo segundo del citado artículo, al establecer que “La función social de estos derechos-propiedad y herencia- delimitará su contenido de acuerdo con las leyes”, obliga a distinguir dos grados dentro de la función social.

-En un primer grado, inmediato o primario, está el bien, la cosa. La función social la desarrollan, primariamente, los bienes, las cosas muebles e inmuebles susceptibles de dominio (véase, en este sentido, BARNÉS J., “El derecho de propiedad en la Constitución española de 1978”, en *Propiedad, expropiación y responsabilidad. La garantía indemnizatoria en el Derecho Europeo y Comparado*, Madrid, 1996, p. 572. En el mismo sentido, ARAGÓN, en su prólogo al libro de REY MARTÍNEZ, F *La propiedad privada en la Constitución española*”, Madrid, 1994. También defiende esta idea la STC 37/1987, de 26 de marzo, al definir la función social como algo que está llamado a cumplir “cada categoría de bienes sobre los que se ejerce el señorío dominical” añadiendo además que la diversificación del estatuto jurídico de la propiedad que se ha derivado de la función social no “desnaturaliza el derecho de propiedad”) . Son ellas las que, como entes inanimados carentes de libre albedrío y ajenos a las ciencias morales, pueden instrumentalizarse y ponerse al servicio de la realización de valores sociales de política legislativa. Sólo ellos admiten el tratamiento que la sociología pretende dar a la cuestión, en cuanto que de ellos no es predicable la libertad civil responsable que preside las relaciones entre seres humanos. Aquí, y no en otro sitio, debe ponerse el límite de la sociología y de la teoría de la función social, que aparece así, a un nivel primario, como un mandato dirigido al legislador para incorpore al contenido “natural” del derecho una serie de medidas que hagan presentes y efectivos los diversos intereses sociales posibles, como son el desarrollo económico, la preservación del medio ambiente.... El legislador, por la vía del artículo 33.2, sabe que no puede eludir la progresiva y continuada reforma del estatuto jurídico de los bienes a fin de salvaguardar los intereses de la colectividad. Pero tales intereses son esencialmente mudables, cambiantes a lo largo del tiempo y en continua renovación, de ahí que la doctrina de la función social aparezca como un mandato continuado. Como indica COCA PAYERAS, se trataría de “*la tarea de ir adecuando la realidad jurídica del derecho de propiedad a la cambiante realidad socioeconómica*”.

-En un segundo grado, mediato o secundario, está el derecho y, por extensión, su titular. El derecho de propiedad cumple en este entramado la misión de designar y concretar, en la figura de su titular, al responsable de que se cumpla la función social. Es una función indicativa que en nada merma su naturaleza. El titular del derecho subjetivo conserva

así su libertad, no es un mero peón ciego al servicio de la comunidad. Puede y debe elegir libremente como ha de ejercitar su derecho, pero es responsable de obedecer las determinaciones que establezca la potestad en cumplimiento del mandato de la función social, de utilizar sólo los cauces y vías de ejercicio que se le ofrezcan, y de no optar por aquéllos que hayan sido cerrados.

*“En último término-concluye LACRUZ- el dueño sigue siendo tal y no un funcionario. En el plano de la utilización del bien (en el cual incide preferentemente la función social) ejercita su derecho modalizado u obligado por la ley, y por los cauces que ésta le impone; mas siempre en contemplación última de un propio beneficio sin el cual dimitiría de su condición de dueño”.*

En este segundo grado, la función social opera como un mandato dirigido al intérprete del Derecho, y en último término al jurisprudente. Tal mandato no reviste naturaleza jurídica, sino fáctica. En otras palabras, la función social de la propiedad no es una regla de Derecho, no sirve para dirimir casos concretos entre los particulares, no es una opinión o precedente que resuelva casos intersubjetivos; pero sí es una determinación volitiva de la potestad, del legislador, que quiere y ordena restricciones que hagan efectivos los intereses de la colectividad, restricciones y límites que el jurisconsulto deberá tener en cuenta en la medida en que se articulen “de acuerdo con las leyes” como dice el 33.2 CE, es decir, en la medida en que sean efectivas y reales manifestaciones de la potestad legislativa, que es la destinataria directa del mandato que encierra la función social.

Para el jurisconsulto, en definitiva, los límites derivados de la función social son cuestiones de hecho, ajenas a su ciencia, que “le vienen dadas” y que hay que respetar al proceder del poder socialmente reconocido (potestad) pero que no alteran la naturaleza y concepto del derecho de propiedad, que no es una función, sino que es, y siempre ha sido, un derecho subjetivo a la más plena pertenencia personal posible de la cosa.

C) La pérdida del concepto de excepción a la Ley. Las supuestas “propiedades especiales”.

De acuerdo con la escolástica, excepción es todo aquél supuesto de hecho en que debe dejarse de aplicar una regla, regla que queda confirmada como tal en virtud de ese supuesto. El motivo de esta última afirmación de que “la excepción confirma la regla” está en que la escolástica entendió que cuando se da uno de estos casos de excepción, lo que se inhibe no es la norma concreta, sino todo el Derecho, todo el

ordenamiento diríamos hoy, quedando así confirmada la pertenencia de la regla a un orden normativo concreto, precisamente por el reconocimiento de la existencia de excepciones.

La escolástica, a lo largo de su dilatada evolución histórica, dedicó una gran atención a la materia, distinguiendo Ley natural y ley humana, y separando el concepto de excepción de otros semejantes, como el de ley especial frente a ley general.

El derecho moderno ha sufrido, también aquí, y de nuevo por influencia del positivismo de AUGUSTO COMTE, una pérdida del concepto de excepción a la Ley que es sin duda una de las más complicadas e irreversibles manifestaciones de vulgarismo jurídico.

El positivismo de COMTE conceptúa el Derecho, según hemos visto en el apartado anterior, como una ciencia sólo en la medida en que sea ciencia positiva, y se ciña pues a los esquemas de las ciencias naturales, cuyo objeto natural de estudio son las leyes físicas, que se cumplen siempre y son evidentemente incompatibles al concepto de excepción. Influidos por esos presupuestos, el positivismo jurídico, una vez que se adueña de la ciencia jurídica y a fin de mantener su categoría de auténtica ciencia, asume como uno de sus principios fundamentales el silenciar la existencia de excepciones a la Ley, un tema que ha desaparecido de la teoría general del Derecho.

Para el positivismo moderno y en general para toda la doctrina, influida aunque sea insensiblemente por estos postulados defendidos por autores de la talla de KANT y HANS KELSEN, no hay excepciones a la Ley, no puede haberlas para que sean auténtica Ley, y esa pretensión, imposible por otra parte, es uno de los factores desencadenantes de la crisis del Derecho moderno en general y del instituto de la propiedad en particular.

Porque para obviar la evidencia de que existen excepciones a la ley general, casos en los que la regla no se aplica, siquiera sea para ser suplantada por otro ordenamiento distinto, el esquema argumental que se sigue es convertir esas excepciones en la regla general. Si la ley tiene excepciones, se dice, es que no es tal Ley, no puede ser aceptada científicamente como tal, por lo que procede sustituir esa Ley por la propia excepción, que se convierte así en Ley no necesitada, ella misma, de excepciones.

ALVARO D´ORS cita, en la obra antes indicada, varios ejemplos de la pérdida de ese concepto y sus perniciosas consecuencias. Así, el

matrimonio era tradicionalmente conceptuado en occidente como una institución naturalmente indisoluble. Pero la regla tenía excepciones, no sólo fuera del mundo católico, sino también dentro de la propia iglesia, a través conceptos como el matrimonio rato y no consumado, el privilegio Paulino o el Petrino. Si la Ley tiene excepciones, se piensa, entonces no puede ser tal. Hay que admitir como Ley la contraria, la disolubilidad, con la cual no serán precisas las excepciones. Hecho lo cual, el concepto de excepción a la Ley efectivamente desaparece....pero la idea prístina y original del matrimonio queda destruida, desnaturalizada respecto a su planteamiento inicial.

Otro tanto sucede con la idea de la propiedad. La doctrina de los límites del dominio sólo es susceptible de comprensión si partimos de la idea de un régimen jurídico normal, que viene determinado por el conjunto de facultades del dominio y sus límites naturales o “internos”, aún admitiendo excepcionales restricciones “externas” que, ocasionalmente, pueden restringir el régimen normal del derecho. Pero si la “Ley” de la propiedad tiene excepciones- se dice-, si la institución presenta ocasionales supuestos en los que no se aplica (y teniendo en cuenta a demás lo numerosas que tales excepciones pueden llegar a ser), entonces no es tal ley...lo que lleva a la conclusión de que no existe un régimen “normal” del derecho de propiedad, y a la célebre afirmación de que “ya no existe propiedad, sino propiedades”

En efecto, como expone EMILIO PÉREZ PÉREZ (en su obra “la propiedad inmobiliaria y sus formas”, Bosch, 2009, Tomo I, pág. 9 y ss.), corresponde al magisterio de JOSSERRAND el haber puesto de manifiesto por primera vez este planteamiento, seguido poco después por PUGLIATTI.

El primero, (en su obra “*Cours de Droit Positif Français*”, París, 1930, Tomo I, pág. 756) afirmó que “... *no hay propiedad, sino propiedades, porque el interés de la sociedad exige que la apropiación de los bienes se sujete a estatutos en armonía con los fines perseguidos, los cuales varían mucho: el derecho de propiedad es uno de los más flexibles y de los más variables que figuran en las diferentes categorías jurídicas; su plasticidad es infinita*”.

El segundo, (en su obra “*La proprietà del Nuovo Diritto*”, Milán, 1954, p. 149), expone que “*en el estado de las actuales concepciones y disciplinas positivas de la institución, no se puede hablar de un sólo tipo, sino que se debe hablar de tipos diversos de propiedad, cada uno de los cuales asume un aspecto característico*”.

A estas afirmaciones se ha sumado, después, una larga lista de autores que han propuesto hablar de las propiedades en lugar de la propiedad: de una pluralidad de derechos plenos sobre la cosa, según la clase; propiedad urbana, rústica, industrial, minera, forestal, intelectual... (CONSTANTINO, CARROZZA, DÍEZ PICAZO).

Este planteamiento, como resulta evidente, dificulta la teoría de los límites del dominio. En particular, la separación entre límites internos y limitaciones externas, los primeros encargados de dibujar el régimen normal de ejercicio del derecho, y las segundas constriéndolo de forma excepcional, se hace inservible e ininteligible. Así, LUIS DÍEZ PICAZO (en su obra *“Los límites del derecho de propiedad en la legislación urbanística”*, RDU, nº 23, mayo-junio de 1971, pp. 13 y ss.) afirma que *“la distinción [entre límites internos y limitaciones externas] sólo sería posible si un contenido previo del derecho de propiedad estuviera fijado positivamente, pues, en tal caso, cualquier reducción de dicho previo contenido positivo sería una limitación.....en la situación actual, en nuestra legislación y en nuestra doctrina, una diferencia entre límites y limitaciones no parece que posea ningún sentido especial”*.

El peso doctrinal de estos autores no ha conseguido, según parece, hacer mella en la defensa mayoritaria de la unidad institucional del concepto de propiedad, defendida aún hoy por la mayoría de los tratadistas, pero sí ha enturbiado el concepto de límite y la claridad en la exposición de esta materia, contribuyendo a una (parece que definitiva) deriva conceptual de la cuestión.

## **PARTE SEGUNDA:** Propuesta doctrinal de clarificación de la teoría de los límites del dominio.

Sobre la base de todo lo expuesto hasta aquí, entendemos que los principales postulados sobre los que ha de apoyarse un enfoque correcto de la teoría de los límites del dominio son los siguientes:

- i. El primero es la defensa del derecho de propiedad como concepto unitario. No existen propiedades, sino propiedad, entendida esta como la más plena pertenencia posible de la cosa según su naturaleza. La existencia de eventuales restricciones impuestas por los poderes públicos en relación a ciertos grupos de



bienes, incluso la existencia de regímenes especiales que dotan al propietario de un estatuto completo y distinguible del ordinario, no altera esta idea, dada la naturaleza fáctica de tales limitaciones, impuestas por el legislador a atención a exigencias contingentes del interés público, pero sin que integren el estatuto jurídico del dominio.

En ese sentido, conviene recordar aquí las palabras de LACRUZ en sus *Elementos de Derecho Civil*,

*“...La pluralidad de regímenes del dominio, e incluso la distancia entre ellos, no afecta a la identidad del punto de partida: un concepto de ordenación que vale igualmente para todas sus variedades y regímenes, sin perjuicio de examinar ulteriormente lo que de particular y característico tiene cada una”.*

- ii. El segundo es la defensa del derecho de propiedad como derecho subjetivo incardinado dentro de la teoría de los derechos reales, esto es, como un derecho real más, que debe ser analizado y tratado desde un punto de vista jurídico, con los esquemas e instrumentos de la Ciencia del Derecho, entendida como ciencia moral que presupone el libre albedrío, y no con los esquemas de las Ciencias Sociales, que no tratan al individuo libre, sino a la masa, por definición predecible y susceptible de ser medida con leyes semejantes a las leyes físicas.
- iii. Y el tercero es la necesaria separación entre límites propiamente jurídicos, que son los únicos que merecen la consideración de tales, pues vienen determinados por la Ciencia del Derecho, y en cuanto a tal, por la autoridad o saber socialmente reconocido de los jurisprudentes, de los límites fácticos, determinados por la Ley, que no es más que vehículo formal de la voluntad del poder público, es decir, no es autoridad sino poder socialmente reconocido, potestad.

El concepto de límite, por tanto, podría ceñirse a la siguiente definición: *Son límites del dominio aquéllos elementos que de acuerdo con la Ciencia del Derecho integran el derecho de propiedad y definen su naturaleza sin alcance patrimonial ni efectos expropiatorios.*

De dónde se extrae:

1º Que son elementos internos del derecho, puesto que lo integran y conforman, de la misma forma que las fronteras de un país, que lo configuran y delimitan, son también componentes del mismo y no elementos ajenos a él.

2º Los límites los determina del Derecho objetivo, es decir, la jurisprudencia. Quiere esto decir que su esencia y fundamento último está en la doctrina científica, y el reconocimiento legal, como secuela de ese previo reconocimiento jurisprudencial, es accesorio.

3º Son definitorios de la naturaleza y alcance del derecho, y son por tanto invariables, pues modificarlos equivale a cambiar el Derecho mismo, a alterar su identidad.

4º Los límites contemplan el derecho en su individualidad, como figura conceptual y tratan de delimitarlo y separarlo de otros derechos. En ese sentido dice la doctrina que son “unilaterales”, pues no contemplan el derecho dentro de la relación jurídica, es decir, que no son impuestos a unos propietarios en beneficio de otros, sino a todos, con las notas de generalidad e igualdad.

5º Por lo anterior, los límites son ajenos al concepto de patrimonio. No están en el comercio de los hombres, no representan un activo en el patrimonio de nadie, establecerlos no implica expropiación ni supone enriquecimiento y empobrecimiento correlativo de los sujetos, no admiten ni reclaman indemnización, y no están sujetos a la prescripción adquisitiva ni a la extintiva.

6º Por último, y al formar parte del estatuto jurídico ordinario de la propiedad, no necesitan ser probados, y por tanto, no precisan ni reclaman una inscripción separada y especial en el Registro de la Propiedad, por mucho que éste se configure como un Registro de Derechos, y se rija por el principio de exactitud y concordancia de la realidad registral y extra-registral. Es decir, estos límites acompañan de forma natural a la propiedad. Inscrita ésta, quedan inscritos ellos también, y afectan a terceros, como demuestran los artículos 26.1 y 37.3 de la Ley Hipotecaria.

Así entendidos, los límites del dominio se identificarían básicamente con los denominados límites derivados de las relaciones de vecindad.

Frente a ellos, están aquéllos casos aquellos casos en los que el legislador considera necesario restringir el régimen normal de ejercicio del dominio de propietarios concretos en beneficio de otros o de la Administración, o permitir a los beneficiarios que impongan ellos mismos esa restricción, incluso por la vía ejecutiva en defecto de acuerdo con los propietarios afectados.

Estamos ante lo que la doctrina viene denominando “modificaciones singulares” del dominio, que podríamos definir como *restricciones externas del dominio impuestas por el poder público con carácter expropiatorio en la medida en que sirven, mediata o inmediatamente, a intereses generales*.

Por contraste con la definición anterior, de este tipo de límites se pueden predicar los siguientes rasgos

1º No son elementos internos del derecho subjetivo, sino externos, esto es, no determinan su régimen normal de ejercicio, sino que alteran para restringirlo ese régimen normal, dando lugar a una situación especial. Ese carácter externo, ajeno a la naturaleza del dominio, los dota de un potencial efecto pernicioso para los derechos individuales, de ahí que tengan que adoptarse medidas de cautela para que los poderes públicos no atropellen los intereses individuales. Tales medidas son, sobre todo, la exigencia de que vengán establecidos por Ley (33 y 53.1 Constitución Española) y la exigencia de que respeten el “contenido esencial” (53.1 CE).

2º No los determina el Derecho, sino la Ley, como no podía ser de otra manera, primero porque no vienen impuestos por exigencias doctrinales o jurisprudenciales, sino por motivos contingentes de política legislativa y pueden variar en el tiempo. Y segundo porque, al afectar a uno de los derechos básicos del individuo, sólo el legislador puede autorizarlos, si bien utilizando un método de imposición directa de la Ley, o bien permitiendo, a través de la misma Ley, que unos propietarios se los impongan a otros, incluso por vía coactiva. El reconocimiento legal, pues, en este caso, no es accesorio, sino esencial o fundamental.

3º No son definitorios de la naturaleza del Derecho, pues no es esa su misión, sino más bien supeditar los derechos de los particulares a una determinada línea de acción política en un ámbito concreto. El hecho de venir condicionados por decisiones políticas naturalmente cambiantes, y tener su origen en la Ley, manifestación de voluntad, y no en el Derecho, expresión de autoridad, los hace sustancialmente contingentes y mudables.

4º Estas restricciones no contemplan el derecho en su individualidad abstracta, desconectado del universo de las relaciones jurídicas, sino vivo, inmerso en el tráfico y jugando un determinado papel en el tráfico jurídico, que es lo que precisamente se trata de reconducir o subordinar a unos intereses considerados superiores, aunque sea por la vía indirecta de subordinar unos propietarios a otros. Contemplan al propietario siempre en relación con otro propietario concreto o con la Administración, y en este sentido, no son unilaterales, pero tampoco plurilaterales, sino que tienen siempre un beneficiario concreto con personalidad jurídica y apto para exigir o hacer valer la limitación, y no una colectividad indeterminada o genérica carente de personalidad. Su nota característica es, pues, la reciprocidad.

De ahí se deriva, por otra parte, que no estas restricciones no están dotadas de los caracteres de generalidad e igualdad. Esas notas las tiene la Ley que los establece, como consecuencia de ser norma jurídica, pero el límite “per se” que nunca afectará al conjunto de propietarios, sino siempre a unos en beneficio de otros o de la Administración.

5º Estos límites no son ajenos al concepto de patrimonio, más bien al contrario, son sustancialmente patrimoniales e imponerlos implica un acto expropiatorio del patrimonio de un propietario en beneficio de otro. Implican, pues, un enriquecimiento y empobrecimiento correlativo, que admite y reclama indemnización y está sujeto a la prescripción adquisitiva y extintiva.

6º Como no forman parte del estatuto jurídico ordinario de la propiedad, y dado que la propiedad se presume libre, según jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que se remonta al año 1861, necesitan ser probados, y su oponibilidad erga omnes depende, tratándose de inmuebles, y dado el principio de exactitud que informa la legislación registral española, de la adecuada publicidad registral.

De acuerdo con esta propuesta doctrinal, el derecho de propiedad quedaría sujeto a dos tipos de límites solamente: los que comparte con otros derechos subjetivos, y que hemos visto en páginas anteriores, y los límites del dominio propiamente dichos, que acabamos de definir en este apartado en primer lugar. Los definidos en segundo lugar, es decir las restricciones singulares no serían límites, sino circunstancias de hecho que el jurisconsulto tiene que aceptar como hechos que le vienen dados y que ha de tener en cuenta en su labor de determinación de la solución del caso concreto. Datos que le vienen dados por el ordenamiento, y que acepta y asume en su quehacer diario, pero consciente de que no

emanan de su propia ciencia y que debe hacer todo lo posible para que los principios meta-jurídicos que informan no perturben el tratamiento jurídico de la institución.

Ahora bien, no se nos escapa que entre los límites del dominio en sentido propio y las restricciones singulares, existe un *tertium genus* que es el que realmente resulta problemático ubicar.

Nos referimos a todo el amplísimo abanico de limitaciones que han venido estableciéndose por la legislación a partir de la guerra civil y de la segunda guerra mundial, y que como decimos ocupan aparentemente una posición intermedia entre los dos extremos descritos: se parecen a los límites en su carácter no expropiatorio, no indemnizable por cuanto que subordinan el interés de propietario al interés general, pero se diferencian en que i) no provienen del Derecho, esto es, de la doctrina jurisprudencial, sino de la Ley entendida en sentido amplio, o sea, leyes y reglamento de distinto origen, y son por tanto un acto de voluntad del legislador, y no de autoridad de los prudentes del derecho o jurisprudentes, y ii) No se rigen estrictamente por los principios de generalidad e igualdad, pues estos límites a los que ahora nos referimos normalmente no se predicán del universo de las propiedades, sino de algunos bienes concretos determinados por algún factor externo, como la propiedad urbana, la rústica o la industrial, lo que tiene como consecuencia que estos límites sólo sean generales dentro de un ámbito normativo, e iguales para todos los propietarios incluidos en él. De alguna forma, se puede decir que en estos casos la generalidad e igualdad del límite se confunden con los de la norma que lo establece, mientras que en las relaciones de vecindad esas notas van intrínsecas en su naturaleza.

Este *tertium genus* presenta pues caracteres tanto de uno como de otro grupo, pero nosotros nos inclinamos decididamente por incorporarlo al segundo grupo, y tratarlos como simples datos fácticos, dado su origen no jurisprudencial ni científico, sino político, y sobre el presupuesto de que tal origen científico es realmente lo determinante de la naturaleza de los límites del dominio. La prueba, por lo demás, de su carácter fáctico es doble. A) Por un lado, está en lo variado de su tipología, que es algo peculiar y propio de las medidas de tipo político-legislativo, siempre contingentes y ajustadas a la difícil geometría de las fuerzas en conflicto, variedad que se manifiesta sobre todo y fundamentalmente en lo cuantitativo, obligando a distinguir las por razón de la persona, del objeto, del interés al que protegen, etcétera, pero también en lo cualitativo, permitiendo separarlas según la intensidad de la limitación. B) Por otro lado, a diferencia de los límites en sentido propio, que por

su origen doctrinal han sido encomendados, para su interpretación y desarrollo, a la doctrina y a la jurisprudencia, los límites impropios no cesan de ser objeto de continuas reformas y actualizaciones legales. El caso más paradigmático se da en se de de las llamadas “servidumbres legales” antes citadas, que regula el Código Civil. Las “servidumbres” que se corresponden, en realidad, con límites del dominio derivadas de las relaciones de vecindad, son objeto de un tratamiento eminentemente doctrinal ( véase comentaristas del 590,591,569, 552 Cc, etcétera). Aquéllas, sin embargo, que se identifican con los límites “impropios” han sido acogidas y desarrolladas por leyes posteriores, convirtiendo el Código Civil en poco menos que letra muerta (Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobada por Decreto Legislativo de 20 de julio de 2001, Decreto 30.11.1961 sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas, Ley de Zonas de Interés para la Defensa Nacional de 12 de marzo de 1975 y su reglamento de 10 de febrero de 1978).

No obstante, y dado que presentan una cierta similitud con los límites, con los que casi se identifican en algunos casos, podríamos calificarlos, sin forzar excesivamente su naturaleza, como límites en sentido impropio o límites impropios.

En definitiva, pues, la clasificación de los límites del dominio quedaría como sigue.

-Límites de Derecho:

A) Comunes con el resto de los derechos subjetivos o por lo menos de los derechos reales.

B) Peculiares del dominio, límites en sentido propio.

- Limitaciones de echo.

A) Límites impropios, clasificables a su vez en atención al ámbito de política legislativa al que pertenecen, y también en atención al grado de intensidad.

B) Restricciones singulares.

Pasemos a exponer brevemente el contenido de esta clasificación.

## PARTE TERCERA: Exposición de los límites del dominio.

### A) Límites de Derecho.

I Límites comunes con el resto de los derechos subjetivos y en particular con el resto de los derechos reales.

En este grupo encontramos la exigencia de que se ejercite el derecho conforme a las exigencias de la buena fe ( artículo 7.1 Código Civil), la proscripción de los actos de abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo ( artículo 7.2 del Código Civil, reforzado por los artículos 127, 128 y 289 del Código Penal, que castigan ciertos casos de destrucción de la cosa o utilización de la misma para cometer delitos), la doctrina de los actos propios, de acuerdo con el cual el que con su conducta ejercitando un derecho genera en otros una expectativa fundada de continuidad, incurre en mala fe si la altera en perjuicio de los terceros que, confiando en aquélla apariencia, hayan realizado actos que comprometan su patrimonio, y la doctrina del “*ius usus inoqui*”, según la cual el propietario no puede, por el mero hecho de serlo, impedir a otros que se aprovechen de la cosa si esto no le causa ningún perjuicio, o el principio de la pérdida del derecho por su no uso, en virtud de la institución de la prescripción adquisitiva usucapión del tercero. Todos estos límites, en cuanto comunes a los derechos subjetivos en general y a los derechos reales en particular, exceden del ámbito de esta ponencia.

#### II. Límites de Derecho específicos del dominio.

a) En este grupo, incluimos en primer lugar los llamados límites derivados de las relaciones de vecindad. Ya hemos visto más arriba ( véase parte primera, punto III) , como el derecho romano establece el principio de que el dueño de un inmueble no tiene derecho a perturbar a sus vecinos introduciendo en su finca fluidos o gases, elementos materialmente dotados de entidad corpórea. Y cómo en la Edad Media, CINO DE PISTOIA, BÁRTOLO Y BALDO , abordando la cuestión desde un punto de vista subjetivo y moral, establecen la regla de que cualquiera puede hacer en su fundo lo que desee, con tal de que no lo haga con la intención de dañar al otro “*dummodo faciat non animo nocendi alteri*”, doctrina que luego es completada por ALCIATO mediante una alteración de la carga de la prueba. Doctrina esta, la medieval, que serviría más tarde para fundar la célebre jurisprudencia francesa de los actos de abuso del derecho, pero que, habiéndose revelado inútil para regular las relaciones de vecindad, hubo de ser sustituida por una versión

modernizada de la vieja institución romana de la *inmisio*, formulada por IHERING, quien procedió a sustituir el viejo concepto romano de inmisión por “*influencia*” para incluir también los imponderables que afectan al fundo vecino sin introducir ninguna sustancia en él. Hecho esto, sienta la regla de que se debe prohibir toda influencia que comienza directamente en el fundo ajeno, y se debe permitir la que comienza en el fundo propio y termina en el ajeno, siempre que no supere los límites de la tolerancia normal.

Este criterio aparece reflejado en los códigos modernos de inspiración alemana.

- El BGB (parágrafo 909, versión Ley 22.12.1959, establece que “*El propietario de una finca no puede impedir la propagación de gases, vapores, olores, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones parecidas procedentes de otra finca, siempre que la inmisión no perjudique, o sólo de modo no esencial al aprovechamiento de su finca.*”

*Se aplica la misma disposición cuando se produce un perjuicio esencial para un aprovechamiento de la otra finca conforme a los usos de la localidad y que no puede impedirse mediante la adopción de medidas exigibles económicamente a quienes tienen un aprovechamiento de esta índole. Si el propietario, en consecuencia, ha de soportar la inmisión, también puede exigir de que disfruta la otra finca una congrua compensación pecuniaria, cuando la inmisión perjudique un aprovechamiento de su finca conforme a los usos de la localidad o si perjudica el rendimiento de aquélla por encima de la medida tolerable”* (Traducción de MARIANO ALONSO).

- El artículo 844 del C.c. Italiano dispone que “*el propietario de un fundo no puede impedir las inmisiones de humo o de calor, las exhalaciones, los ruidos, las trepidaciones y similares propagaciones derivadas del fundo del vecino, si no supera la normal tolerabilidad, teniendo también en cuenta la condición de los lugares.*”

*Al aplicar esta norma, la autoridad judicial debe conciliar las exigencias de la producción con las pretensiones de la propiedad”.*

- El artículo 1346 del C.c. Portugués autoriza al propietario de un inmueble para oponerse a la emisión del humo, vapores, calor o ruidos, así como a la producción de



trepidaciones u otros hechos semejantes provenientes del predio vecino, siempre que tales hechos impliquen un perjuicio sustancial para el uso del inmuebles que no resulte de la utilización normal del predio del que emanan.

En España, como ya se indicó, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER han tratado de fijar un principio similar a partir de preceptos aislados, fundamentalmente el 1908 en relación con el 590 del texto legal.

Indica el primero de ellos que

*“Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:*

*1. Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.*

*2. Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.*

*3. Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.*

*4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen.”*

Por su parte, especifica el 590 Cc que

*“Nadie podrá construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor, o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias, con sujeción, en el modo, a las condiciones que los mismos reglamentos prescriban.*

*A falta de reglamento se tomarán las precauciones que se juzguen necesarias, previo dictamen pericial, a fin de evitar todo daño a las heredades o edificios vecinos.”*

De los preceptos transcritos infieren dichos autores

*“ Si se tiene en cuenta que nada abona el carácter taxativo de tales preceptos, y que en ambos preside el propósito legislativo de vitar inmisiones*

*peligrosas o nocivas o simplemente molestas en la finca del vecino, se llegará a la conclusión de que, aunque con técnica imperfecta y casuística, nuestro Código civil prohíbe toda inmisión que no sea conforme al uso o a los reglamentos o, en último extremo, al criterio de buena vecindad, basado en la buena fe”.*

Por su parte, MARIANO ALONSO (en su obra “*Las relaciones de vecindad*, Anuario de Derecho Civil, 1983, pág. 357 y ss.) entiende también que nuestro código es portador de una regla según la cual están prohibidas “*Las inmisiones que exceden el uso ordinario de la propiedad (STS 28 junio 1913: exceso de humo inmitido desde la propiedad contigua), cuando causen daño a personas y propiedades”*

LACRUZ, por su parte, en su obra citada ( *Elementos de Derecho Civil, Tomo III, Volumen 1º, págs. 337 y ss.*), se suma también a la idea de que el Código Civil español ha incorporado la teoría de la inmisión. Cita al respecto ( al igual que EMILIO PÉREZ PÉREZ en la obra antes indicada) la STS de 12 de Diciembre de 1980, ponente DE CASTRO GARCÍA, en la que, tras invocarse los principios de normalidad en el uso y tolerabilidad de las molestias que reflejan las normas de derecho comparado y el fuero nuevo de Navarra, se afirma que

*“ si bien el Cc. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta sala y la científica entiende que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908, pues regla fundamental es que la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina en palabras de la S. 17 febrero 1968, a lo que cabe añadir disposiciones de otra índole, como son el Reglamento de 30 noviembre 1961, que disciplina las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas”*

A la vista de todo lo cual concluye LACRUZ que

*“...podemos predicar una regla de principio, según la cual la actividad del dueño u ocupante no podrá ser anormalmente molesta para el vecino o los circunstantes, habida cuenta de la naturaleza de la finca, de los vecinos y del entorno”*

Esta regla de principio incluiría también, como quería IHERING, la inmisión de imponderables (ruidos, luces, trepidaciones), y podría venir determinada por acción pero también por omisión (dejar multiplicarse exageradamente las piezas de caza, de manera que causen

daños en la finca del vecino, 1906 Cc) y la sanción sería el surgimiento de una obligación de resarcimiento, que vendría determinada, no por la existencia o no de culpa, sino por la intolerabilidad de la inmisión, es decir, que estaríamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva (según se desprende del 1908 Cc) resarcimiento que comprendería la reparación del daño ya causado y la adopción de medidas conducentes a evitar daños futuros, realizando las modificaciones y obras precisas y, en casos extremos, suprimiendo la actividad. Entiende el autor que, al igual que el BGB alemán, el Cc español permitiría impedir aquéllas instalaciones en proyecto o en ejecución e las que puede suponerse con seguridad que se seguirá una inmisión inadmisibles.

Por lo demás, este cuerpo de doctrina se completa, según el autor, con la idea de que la autorización administrativa para realizar una obra o instalar una industria no coloca al dueño o industrial que la ha obtenido en una situación de privilegio, al margen del régimen de las inmisiones y del artículo 1902 Cc., pues son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo que declaran que la observancia de los reglamentos no exime de responsabilidad cuando el daño hubiera podido evitarse mediante la adopción de medidas adecuadas.

Finalmente, entiende LACRUZ que a la normativa citada hasta ahora debe añadirse, por un lado, los artículos 591 y 592 Cc que establecen que son aplicaciones de la doctrina de la inmisión e indican que

(591 Cc).

*”No se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino a la distancia autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar, y en su defecto, a la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y a la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos o árboles bajos.*

*Todo propietario tiene derecho a pedir que se arranquen los árboles que en adelante se plantaren a menor distancia de su heredad.<sup>2</sup>*

(592 Cc).

*”Si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y, si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad.*

Y asimismo, y para cerrar el régimen de las relaciones de vecindad, deben citarse ciertas norma en materia de prevención del riesgo, como son los artículos 389 y 390 Cc.

**Artículo 389.**

*Si un edificio, pared, columna o cualquiera otra construcción amenazase ruina, el propietario estará obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída.*

*Si no lo verificare el propietario de la obra ruinosa, la Autoridad podrá hacerla demoler a costa del mismo.*

**Artículo 390.**

*Cuando algún árbol corpulento amenazare caerse de modo que pueda causar perjuicio a una finca ajena o a los transeúntes por una vía pública o particular, el dueño del árbol está obligado a arrancarlo y retirarlo; y si no lo verificare, se hará a su costa por mandato de la Autoridad.*

En el ámbito del Derecho Foral, debe destacarse

-Ley 366-1 del Fuero Nuevo de Navarra, que indica que

*“Los propietarios u otros usuarios de inmuebles no pueden causar riesgos a sus vecinos ni más incomodidad que la que pueda resultar del uso razonable de su derecho, habida cuenta de las necesidades de cada finca, del uso del lugar y de la equidad”.*

-La compilación aragonesa regula como “relaciones de vecindad” la inmisión de ramas y raíces y lo que se denomina “régimen normal de luces y vistas”, que concibe, no como una servidumbre, sino como una relación necesaria de fundos vecinos.

-El libro quinto del Código Civil de Cataluña establece que

**Artículo 546-13. Inmisiones ilegítimas.**

*Las inmisiones de humo, ruido, gases, vapores, olor, calor, temblor, ondas electromagnéticas y luz y demás similares producidas por actos ilegítimos de vecinos y que causan daños a la finca o a las personas que habitan en la misma quedan prohibidas y generan responsabilidad por el daño causado.*

### **Artículo 546-14. Inmisiones legítimas.**

1. Los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones provenientes de una finca vecina que son inocuas o que causan perjuicios no sustanciales. En general, se consideran perjuicios sustanciales los que superan los valores límite o indicativos establecidos por las leyes o los reglamentos.

2. Los propietarios de una finca deben tolerar las inmisiones que produzcan perjuicios sustanciales si son consecuencia del uso normal de la finca vecina, según la normativa, y si poner fin a las mismas comporta un gasto económicamente desproporcionado.

3. En el supuesto a que se refiere el apartado 2, los propietarios afectados tienen derecho a recibir una indemnización por los daños producidos en el pasado y una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los que puedan producirse en el futuro si estas inmisiones afectan exageradamente al producto de la finca o al uso normal de esta, según la costumbre local.

4. Según la naturaleza de la inmisión a que se refiere el apartado 2, los propietarios afectados pueden exigir, además de lo establecido por el apartado 3, que esta se haga en el día y el momento menos perjudiciales y pueden adoptar las medidas procedentes para atenuar los daños a cargo de los propietarios vecinos.

5. Las inmisiones sustanciales que provienen de instalaciones autorizadas administrativamente facultan a los propietarios vecinos afectados para solicitar la adopción de las medidas técnicamente posibles y económicamente razonables para evitar las consecuencias dañosas y para solicitar la indemnización por los daños producidos. Si las consecuencias no pueden evitarse de esta forma, los propietarios tienen derecho a una compensación económica, fijada de común acuerdo o judicialmente, por los daños que puedan producirse en el futuro.

6. Ningún propietario o propietaria está obligado a tolerar inmisiones dirigidas especial o artificialmente hacia su propiedad.

7. La pretensión para reclamar la indemnización por daños y perjuicios o la compensación económica a la que se refieren los apartados 3 y 5 prescribe a los tres años, contados a partir del momento en que los propietarios tengan conocimiento de las inmisiones.

Expuesta la normativa básica en materia de relaciones de vecindad, deben citarse el resto de límites específicos del dominio que aparecen repartido por nuestro Código Civil, y que no obedecen directamente a la doctrina de la inmisión, sino a otras situaciones especiales. Serían los siguientes.

b) Vertiente natural de aguas (552 Cc). “

“Los predios inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre, descienden de los predios superiores, así como la tierra o piedra que arrastran en su curso.

*Ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior obras que la agraven.”*

c) Derecho temporal de paso (569 Cc).

*“Si fuere indispensable para construir o reparar algún edificio pasar materiales por predio ajeno, o colocar en él andamios u otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado a consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente al perjuicio que se le irroga.”*

En este caso, es preciso subrayar que estamos ante un límite del dominio en sentido propio a pesar de la idea de indemnización, pues tal indemnización sirve para compensar no la privación de una facultad al dueño del predio que grava, sino los eventuales daños ocasionados por el paso o andamiaje.

d) Luces y vistas (581-584 Cc)

*“Artículo 581.*

*El dueño de una pared no medianera, contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas o huecos para recibir luces a la altura de las carreras, o inmediatos a los techos, y de las dimensiones de 30 centímetros en cuadro, y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre.*

*Sin embargo, el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieren abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería, y no se hubiera pactado lo contrario.*

*También podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana.*

*Artículo 582.*

*No se puede abrir ventanas con vistas rectas, ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad.*

*Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay 60 centímetros de distancia.*

### *Artículo 583.*

*Las distancias de que se habla el artículo anterior se contarán en las vistas rectas desde la línea exterior de la pared en los huecos en que no haya voladizos, desde la línea de éstos donde los haya, y para las oblicuas desde la línea de separación de las dos propiedades.*

### *Artículo 584.*

*Lo dispuesto en el artículo 582 no es aplicable a los edificios separados por una vía pública.”*

e) Desagüe de tejados (586 Cc).

*“El propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo.”*

f) Facultades de deslinde, amojonamiento y cerramiento, artículos 384 a 388.

### *“Artículo 384.*

*Todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad, con citación de los dueños de los predios colindantes.*

*La misma facultad corresponderá a los que tengan derechos reales.*

### *Artículo 385.*

*El deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario, y, a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes.*

### *Artículo 386.*

*Si los títulos no determinasen el límite o área perteneciente a cada propietario, y la cuestión no pudiera resolverse por la posesión o por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales.*

**Artículo 387.**

*Si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente.*

**Artículo 388.**

*Todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquiera otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas.”*

g) Proscripción de hacer obras en los cauces de aguas pluviales que varíe su curso o cuya destrucción pueda perjudicar a tercero (artículo 413 Cc)

**“Artículo 413.**

*El dominio privado de los álveos de aguas pluviales no autoriza para hacer labores u obras que varíen su curso en perjuicio de tercero, ni tampoco aquellas cuya destrucción, por la fuerza de las avenidas, pueda causarlo.”*

h) Limitación materia de construcción de depósito de aguas pluviales ( artículo 416 Cc)

**“Artículo 416.**

*Todo dueño de un predio tiene la facultad de construir dentro de su propiedad depósitos para conservar las aguas pluviales, con tal que no cause perjuicio al público ni a tercero.”*

i) la responsabilidad por daños causados por la caza ( artículo 1906 Cc).

**“ Artículo 1906.**

*El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla.”*

j) La responsabilidad civil por ruina del edificio (1907 Cc.)



## “Artículo 1907.

*El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.”.*

### **B) Limitaciones de hecho.**

#### .I Limitaciones de hecho de carácter general o límites impropios

La variadísima gama y tipología de estas restricciones fácticas de política legislativa dispersas a lo largo y ancho de toda la legislación española, estatal, autonómica y local, permite y obliga a la utilización de diversos criterios de clasificación. De entre todos los disponibles, y tal como antes hemos indicado, creemos que lo más acertado es ceñirse a dos de ellos. El que alude al campo de política legislativa en que se ha dictado la medida, y el que en cambio se centra en el grado o intensidad de la restricción.

A) Limitaciones de hecho por razón del ámbito de política legislativa del que proceden.

#### *.-En materia de inversiones extranjeras*

El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril, de inversiones extranjeras en España, establece en su artículo 21 que pueden ser titulares de inversiones extranjeras en España las personas físicas no residentes en España y las personas jurídicas domiciliadas en el extranjero, así como las entidades públicas de soberanía extranjera, pero establece para ciertos actos, entre ellos adquisición de inmuebles de más de 500 millones de pesetas o su contravalor en euros (o con independencia del precio, si el dinero procede de paraíso fiscal), la obligación de declararlos ante el Registro de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Economía y Hacienda.

#### *.-En materia de protección de la soberanía nacional*

El artículo 589 Cc. Establece que no se podrá edificar ni hacer plantaciones cerca de las plazas fuertes o fortalezas sin sujetarse a las condiciones exigidas por las leyes, ordenanzas y reglamentos particulares de la materia. Esto supone, hoy en día, una remisión a la ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas de interés para la defensa nacional, y su reglamento 689/1978 de 10 de febrero, que delimitan ciertas zonas

geográficas fronterizas e insulares dentro de las cuales los derechos sobre los bienes inmuebles están sometidos a ciertas restricciones, entre las que destaca la necesidad, por parte de los extranjeros no comunitarios (y en ciertas condiciones, también los comunitarios) que deseen adquirir el dominio o un derecho real sobre inmuebles situados en estos territorios, de obtener autorización por parte del Ministerio de Defensa, sin la cual el acto se considerará nulo de pleno derecho.

*.-En materia de protección civil.*

La ley 2/1985 de 21 de enero, sobre protección civil, dispone en su artículo 4.7, que cuando la naturaleza de la emergencia lo haga necesario, las autoridades competentes en la materia podrán proceder a la requisita temporal de todo tipo de bienes, así como a la intervención y ocupación transitoria de los que sean necesarios, teniendo derecho a ser indemnizados quienes, como consecuencia de estas actuaciones, sufran perjuicios en sus bienes.

*.- En materia de Patrimonio Histórico-Artístico.*

La Ley 167/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico-Artístico, establece que, una vez que un monumento haya sido declarado de interés cultural o jardín histórico de interés cultural, no podrá realizarse obra interior ni exterior, que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización del organismo competente, autorización que también será necesaria para colocar en estos bienes o en sus fachadas o cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, publicidad comercial y cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes.

*.-En materia de medio ambiente.*

La Ley 42/2007 de 13 de diciembre del Patrimonio Natural y la Biodiversidad, establece en su artículo 22.2 que, iniciado el procedimiento de aprobación de un Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, y hasta que finalice, no se podrá otorgar ninguna autorización, licencia o concesión que habilite para la realización de actos de transformación de la realidad física, geológica y biológica, sin un informe favorable de la Administración actuante.

Por otro lado, según el artículo 39.1, la declaración de un territorio como espacio natural protegido lleva aparejada a) la declaración de utilidad pública a efectos expropiatorios y de los bienes y derechos afectados, b) la atribución a la Comunidad Autónoma de los derechos

de tanteo y retracto para el caso de actos onerosos intervivos por lo que se constituyan, transmitan, modifiquen o extingan los derechos reales que recaigan sobre los inmuebles situados en su interior.

*.-En materia de vías de comunicación.*

La Ley Estatal de Carreteras de 29 de julio de 1988, desarrollada por el Reglamento General de Carreteras aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, incluye una sección dedicada a las limitaciones a la propiedad, separando tres zonas

i) Zona de dominio público, que es el terreno ocupado por la carretera, más una franja a cada lado de 3 metros en carreteras y 8 metros en autopistas y autovías.

ii) Zona de servidumbre, integrada por dos franjas de terreno, una a cada lado de la vía a partir de donde termina la de dominio público, y que abarca 8 metros en carreteras y 25 en autopistas y autovías. En la zona de servidumbre no podrán realizarse obras ni se permitirán más usos que aquellos que sean compatibles con la seguridad vial, previa autorización, en cualquier caso, del Ministerio de Fomento, sin perjuicio de otras competencias concurrentes.

iii) Zona de afección, integrada por dos franjas de terreno, una a cada lado de la vía a partir de donde termina la zona de servidumbre, de 50 metros para carreteras y 100 para autopistas y autovías. Para ejecutar en la zona de afección cualquier tipo de obras e instalaciones fijas o provisionales, cambiar el uso o destino de las mismas y plantar o talar árboles se requerirá la previa autorización del Ministerio de Fomento.

La línea de edificación se sitúa a 50 metros desde la línea exterior de la calzada para autopistas y autovías, 25 para carreteras y 100 para variantes y circunvalaciones.

No se podrá colocar publicidad comercial que sea visible desde ningún punto de la zona de dominio público.

Además, es preciso citar, en materia de ferrocarriles, que a los mismos les es aplicable, con carácter general, el régimen de las autovías, según resulta de lo dispuesto en el artículo 168.1 de la Ley 16/1987 de Ordenación de Transportes Terrestres, empezando a contar las distancias desde los carriles exteriores de la vía.

Existen también restricciones especiales en la Ley de 10 de Mayo de 1972 de Autovías, y restricciones sobre alturas de construcciones y plantaciones, imposición de luces, ruidos que han de soportarse y paso para auxilio y salvamento en la Ley de 17 de julio de 1945, de Aeropuertos y en la Ley de navegación aérea de 21 de julio de 1960.

*.- Por razón de la protección de telecomunicaciones y suministro de energía eléctrica.*

-La Ley General de Telecomunicaciones de 24 de abril de 1998 las impone en cuanto a altura máxima de los edificios, según la distancia a la que se hallen de las antenas receptoras, y respecto de la distancia mínima para instalar determinados tipos de industrias.

-La Ley de Ordenación de la Edificación, en conexión con el Real Decreto Ley 1/1998 de 27 de febrero, impone la instalación, en las nuevas edificaciones, de infraestructuras que aseguren el acceso a los medios de radiodifusión, televisión, teléfono y, en general, telecomunicaciones.

*.- Por razón de la protección de los minusválidos*

La Ley 15/1995, de 30 de Mayo, y el artículo 24 de la Ley de Arrendamientos urbanos de 24 de noviembre de 1994 permiten que, en los casos en que un minusválido sea ocupante de una finca urbana o esté trabajando en ella, pueda imponer al propietario la realización de obras de adecuación a su minusvalía, en el interior de las fincas o para facilitar la comunicación con el exterior.

*.- Por razón del fomento de las explotaciones mineras.*

La Ley 34/1998 de 7 de octubre, de hidrocarburos y la legislación minera en general prevé que el propietario deba sufrir inmisiones ajenas que tengan por fin el estudio, la investigación y la exploración y el aprovechamiento de recursos mineros, y regula las servidumbres forzosas de oleoducto y gasoducto, siempre con la correspondiente indemnización.

*.- Por razón de la protección de los recursos hidrológicos.*

Establece el Código Civil que

**“ Artículo 553.**

*Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas*

*en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento.”*

Por su parte, la Ley de Aguas, cuyo texto refundido fue aprobado por Decreto Legislativo de 20 de julio de 2001, establece que las márgenes de los ríos están sujetas, en toda su extensión longitudinal,

-A una zona de servidumbre para uso público de 5 metros de anchura, para el paso público peatonal y el desarrollo de los servicios públicos de vigilancia, conservación y salvamento, así como para el varado y amarre ocasional de embarcaciones en caso de necesidad. Los propietarios podrán sembrar y plantar libremente especies no arbóreas siempre que no deterioren el ecosistema fluvial ni impidan el paso. No se podrá realizar ningún tipo de construcción salvo que resulte conveniente o necesaria para el uso, conservación o reparación del dominio público hidráulico.

-A una zona de policía de 100 metros de anchura en la que necesitarán autorización previa a) las alteraciones sustanciales del relieve natural del terreno b) las extracciones de áridos c) las construcciones de todo tipo, definitivo o provisional, d) cualquier otro uso o actividad que suponga un obstáculo para la corriente en régimen de avenidas o que pueda ser causa de degradación o deterioro del dominio público hidráulico.

*.- Por razón de la protección de las costas.*

La Ley de Costas de 28 de julio de 1988 establece las siguientes limitaciones para la protección del dominio público marítimo terrestre.

- Servidumbre de protección (artículo 23 a 26) La servidumbre de protección recaerá sobre una zona de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. La extensión de esta zona podrá ser ampliada hasta un máximo de otros 100 metros, cuando sea necesario para asegurar la efectividad de la servidumbre

En los terrenos comprendidos en esta zona se podrán realizar sin necesidad de autorización cultivos y plantaciones. En los primeros 20 metros de esta zona se podrán depositar temporalmente objetos o materiales arrojados por el mar y realizar operaciones de salvamento marítimo; no podrán llevarse a cabo cerramientos. Los daños que se ocasionen por las ocupaciones a que se refiere el párrafo anterior serán objeto de indemnización con arreglo a la Ley de expropiación forzosa.

En la zona de servidumbre de protección estarán prohibidos:

- a. Las edificaciones destinadas a residencia o habitación.
- b. La construcción o modificación de vías de transporte interurbanas y las de intensidad de tráfico superior a la que se determine reglamentariamente, así como de sus áreas de servicio.
- c. Las actividades que impliquen la destrucción de yacimientos de áridos.
- d. El tendido aéreo de líneas eléctricas de alta tensión.
- e. El vertido de residuos sólidos, escombros y aguas residuales sin depuración.
- f. La publicidad a través de carteles o vallas o por medios acústicos o audiovisuales.

-Servidumbre de tránsito (artículo 27): La servidumbre de tránsito recaerá sobre una franja de 6 metros, medidos tierra adentro a partir del límite interior de la ribera del mar. Esta zona deberá dejarse permanentemente expedita para el paso público peatonal y para los vehículos de vigilancia y salvamento, salvo en espacios especialmente protegidos.

En lugares de tránsito difícil o peligroso dicha anchura podrá ampliarse en lo que resulte necesario, hasta un máximo de 20 metros.

-Servidumbre de acceso al mar (artículo 28): La servidumbre de acceso público y gratuito al mar recaerá sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso.

Para asegurar el uso público del dominio público marítimo-terrestre, los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral establecerán, salvo en espacios calificados como de especial protección, la previsión de suficientes accesos al mar y aparcamientos, fuera del dominio público marítimo-terrestre. A estos efectos, en las zonas urbanas y urbanizables, los de tráfico rodado deberán estar separados entre sí, como máximo, 500 metros, y los peatonales, 200 metros. Todos los accesos deberán estar señalizados y abiertos al uso público a su terminación.

Se declaran de utilidad pública a efectos de la expropiación o de la imposición de la servidumbre de paso por la Administración del Estado, los terrenos necesarios para la realización o modificación de otros accesos públicos al mar y aparcamientos, no incluidos en el apartado anterior.

No se permitirán en ningún caso obras o instalaciones que interrumpen el acceso al mar sin que se proponga por los interesados una solución alternativa que garantice su efectividad en condiciones análogas a las anteriores, a juicio de la Administración del Estado.

-Yacimientos de áridos (artículo 29) : En los tramos finales de los cauces deberá mantenerse la aportación de áridos a sus desembocaduras. Los yacimientos de áridos, emplazados en la zona de influencia, quedarán sujetos al derecho de tanteo y retracto en las operaciones de venta, cesión o cualquier otra forma de transmisión, a favor de la Administración del Estado, para su aportación a las playas. Con esta misma finalidad, dichos yacimientos se declaran de utilidad pública a los efectos de su expropiación, total o parcial en su caso, por el departamento ministerial competente y de la ocupación temporal de los terrenos necesarios.

-Zona de influencia (artículo 30): Es u una zona, cuya anchura se determinará en los instrumentos correspondientes y que será como mínimo de 500 metros a partir del límite interior de la ribera del mar, en la que el planeamiento urbanístico respetará las exigencias de protección del dominio público marítimo-terrestre a través de los siguientes criterios:

- a. En tramos con playa y con acceso de tráfico rodado, se preverán reservas de suelo para aparcamientos de vehículos en cuantía suficiente para garantizar el estacionamiento fuera de la zona de servidumbre de tránsito.
- b. Las construcciones habrán de adaptarse a lo establecido en la legislación urbanística. Se deberá evitar la formación de pantallas arquitectónicas o acumulación de volúmenes, sin que, a estos efectos, la densidad de edificación pueda ser superior a la media del suelo urbanizable programado o apto para urbanizar en el término municipal respectivo.

Para el otorgamiento de las licencias de obra o uso que impliquen la realización de vertidos al dominio público marítimo-terrestre se requerirá la previa obtención de la autorización de vertido correspondiente.

*.-Limitaciones por razón del urbanismo.*

Están recogidos en la actual Ley del Suelo cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio. Se centran sobre todo en garantizar y asegurar el respeto al planeamiento y son muy numerosos. Entre los más importantes podemos destacar los siguientes.

- En el artículo 9 de la Ley establece que el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones, comprende, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes de dedicarlos a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlos en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación. Este deber constituirá el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios, cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, corriendo a cargo de los fondos de ésta las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general.

En el suelo urbanizado a los efectos de esta Ley que tenga atribuida edificabilidad, el deber de uso supone el de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable.

- En el artículo 16 se regulan los deberes derivados de las actuaciones de transformación urbanística, que comportan, según su naturaleza y alcance, los siguientes deberes legales:

- a. Entregar a la Administración competente el suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.
- b. Entregar a la Administración competente, y con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística (sin que pueda ser inferior al 5% ni superior a 115%).



- c. Costear y, en su caso, ejecutar todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho a reintegrarse de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos establecidos en la legislación aplicable.
- d. Entregar a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que se refiere la letra anterior que deban formar parte del dominio público como soporte inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública.
- e. Garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente.
- f. Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

-El artículo 17, por su parte, en cuanto a las parcelaciones, establece que la división o segregación de una finca para dar lugar a dos o más diferentes sólo es posible si cada una de las resultantes reúne las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística. Esta regla es también aplicable a la enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva.

En la autorización de escrituras de segregación o división de fincas, los notarios exigirán, para su testimonio, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El cumplimiento de este requisito será exigido por los registradores para practicar la correspondiente inscripción.

Los notarios y registradores de la propiedad harán constar en la descripción de las fincas, en su caso, su cualidad de indivisibles.

-En materia de obras nuevas, establece el artículo 20 que para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos indicados.

-En materia de expropiaciones, establece el artículo 29.2 que la aprobación de los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística que determine su legislación reguladora conllevará la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los bienes y derechos correspondientes, cuando dichos instrumentos habiliten para su ejecución y ésta deba producirse por expropiación.

*.-Por razón de fomento de la Agricultura.*

Podemos distinguir dos grupos.

-Las que imponen la obligación de realizar las mejoras necesarias para asegurar un cultivo eficiente. En este punto se encuadra la Ley de

fincas manifiestamente mejorables de 23 de noviembre de 1979 que prevé que a los propietarios cuyas fincas de cultivo hayan sido declaradas, por su bajo rendimiento o falta de explotación, como manifiestamente mejorables se les conceda un plazo para la presentación y ejecución de un plan de mejor, bajo la sanción de expropiación de la finca.

-Las que persiguen el mantenimiento de la unidad mínima de cultivo. En ese sentido, la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias, en sus artículos 23 a 26 establece que se entiende por unidad mínima de cultivo, la superficie suficiente que debe tener una finca rústica para que las labores fundamentales de su cultivo, utilizando los medios normales y técnicos de producción, pueda llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio, teniendo en cuenta las características socioeconómicas de la agricultura en la comarca o zona.

La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

Serán nulos y no producirán efecto entre las partes ni con relación a tercero, los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas, contraviniendo esa regla.

*.-Por razón de la protección del patrimonio forestal.*

La Ley de 21 de Noviembre de 2003, de Montes, recoge las siguientes

-El artículo 19 indica que la usucapión o prescripción adquisitiva de los montes patrimoniales sólo se dará mediante la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante 30 años. Se entenderá interrumpida la posesión a efectos de la prescripción por la realización de aprovechamientos forestales, por la iniciación de expedientes sancionadores o por cualquier acto posesorio realizado por la Administración propietaria del monte.

-El artículo 22 indica que toda inmatriculación o inscripción de exceso de cabida en el Registro de la Propiedad de un monte o de una finca colindante con monte demanial o ubicado en un término municipal en el que existan montes demaniales requerirá el previo informe favorable de los titulares de dichos montes y, para los montes catalogados, el del órgano forestal de la comunidad autónoma. Tales informes se entenderán favorables si desde su solicitud por el registrador

de la propiedad transcurre un plazo de tres meses sin que se haya recibido contestación.

-El artículo 25 establece que las comunidades autónomas tendrán derecho de adquisición preferente en los siguientes casos de transmisiones onerosas:

- a. De montes de superficie superior a un límite a fijar por la comunidad autónoma correspondiente.
- b. De montes declarados protectores.

En el caso de fincas o montes enclavados en un monte público o colindantes con él, el derecho de adquisición preferente corresponderá a la Administración titular del monte colindante o que contiene al enclavado. En el caso de montes colindantes con otros pertenecientes a distintas Administraciones públicas, tendrá prioridad en el ejercicio del derecho de adquisición preferente aquella cuyo monte tenga mayor linde común con el monte en cuestión.

No habrá derecho de adquisición preferente cuando se trate de aportación de capital en especie a una sociedad en la que los titulares transmitentes deberán ostentar una participación mayoritaria durante cinco años como mínimo.

Para posibilitar el ejercicio del derecho de adquisición preferente a través de la acción de tanteo, el transmitente deberá notificar fehacientemente a la Administración pública titular de ese derecho los datos relativos al precio y características de la transmisión proyectada, la cual dispondrá de un plazo de tres meses, a partir de dicha notificación, para ejercitar dicho derecho, mediante el abono o consignación de su importe en las referidas condiciones.

Los notarios y registradores no autorizarán ni inscribirán, respectivamente, las correspondientes escrituras sin que se les acredite previamente la práctica de dicha notificación de forma fehaciente.

Si se llevara a efecto la transmisión sin la indicada notificación previa, o sin seguir las condiciones reflejadas en ella, la Administración titular del derecho de adquisición preferente podrá ejercer acción de retracto en el plazo de un año contado desde la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, desde que la Administración hubiera tenido conocimiento oficial de las condiciones reales de dicha transmisión.

El derecho de retracto al que se refiere este artículo es preferente a cualquier otro.

B) Limitaciones de hecho por razón del grado o intensidad de la restricción.

Podríamos distinguir aquí tres grandes grupos. Limitaciones de grado mínimo, medio y máximo.

*.-Limitaciones de grado mínimo.*

Podríamos incluir aquí todos aquéllos casos en los que la restricción legislativa tiene un carácter negativo, esto es, que priva al propietario de sus facultades, y singular, es decir, afecta a algunas facultades concretas, como el gozo o el uso, pero manteniendo su condición de propietario. Aquí podemos incluir las relativas a la protección de los bienes de dominio público en general (aguas, costas, ríos, vías de comunicación, montes)

*.-Limitaciones de grado medio.*

Este grupo lo reservamos para aquéllos casos en los que el legislador incluyo, no sólo restricciones o limitaciones negativas, sino también positivas, de forma que el bien queda afecto al cumplimiento de una determinada finalidad y su propietario, por tanto, queda sujeto a una serie de obligaciones de hacer, como hemos visto que sucede en el caso de la protección del patrimonio histórico-artístico.

*.-Limitaciones de grado máximo.*

Finalmente, entramos de lleno en lo que es probablemente una de las cuestiones más polémicas en la materia de las limitaciones del dominio. Porque en este tercer grupo deben incluirse aquéllos casos en los que la intervención administrativa es tan intensa y tan numerosas las especialidades, que han dado lugar a un sector concreto del ordenamiento presidido por sus propios principios integradores. Tal sucede, hoy día, con el Derecho Urbanístico y el Derecho Agrario, fundamentalmente.

¿Cómo sostener, ante estos supuestos evidentes de intensísima intervención legislativa, que sigue en pie el viejo concepto romano de propiedad? ¿Cómo evitar el hablar aquí de propiedades especiales?.

El Derecho urbanístico sería un caso típico. De acuerdo con sus principios integradores, los límites derivan directamente de las leyes,

y en virtud de ellas del planeamiento; esos límites no confieren a los propietarios derecho a pedir indemnización (artículo 3.1); no necesitan de su inscripción en el Registro de la Propiedad para ser oponibles frente a terceros, salvo que se trate de compromisos particulares entre un propietario y la administración que se refieran a un posible efecto de mutación jurídico real (artículo 19.1 TRLS).

Pero la cuestión no es, ni mucho menos, tan clara. Nótese, en cuanto a las restricciones urbanísticas:

-Que su origen no está en la ciencia del Derecho, no son reclamadas de forma natural por la propia naturaleza del dominio al enfrentarse con el fenómeno del crecimiento masivo de las ciudades.

-Que son esencialmente contingentes y mudables, y que perfectamente podrían sustituirse o intercambiarse con otras medidas que servirían para los mismos fines (como lo prueba la diversidad de regímenes urbanísticos que hoy pueblan nuestras comunidades autónomas)

-Que no contemplan el dominio en abstracto, sino en concreto, en el seno de una relación, y más que una relación, de un procedimiento de ordenación del territorio dirigido, controlado y bajo la potestad de la Administración actuante.

En definitiva, más parece que estamos ante casos en los que el legislador QUIERE que ciertas restricciones operen como límites del dominio, que sean universalmente respetados y reconocidos, pero eso no puede alterar la sustancial naturaleza de las cosas, que es la que es. Estamos, sin duda, ante restricciones fácticas de política legislativa, y así lo reconocen muchos autores.

Así, MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, en su obra citada, rechaza la concepción estatutaria del Derecho Urbanístico y defiende la esencial unidad del dominio. Como dice el autor:

*“Estimamos, no obstante, que persistió antes y persiste ahora la substancial unidad de la naturaleza y régimen del derecho de propiedad. Los llamados “derechos urbanísticos” que el propietario puede tener o no tener y perder y, más concretamente, el derecho a edificar, no constituyen situaciones disociadas del derecho de propiedad. Esos llamados “derechos urbanísticos” son ordinariamente simples modalidades de las facultades que siguen integrando el dominio. Por esto, esos pretendidos derechos no se adquieren con independencia de la propiedad; no son transmisibles o embargables separadamente; no prescriben*

*separadamente. El planeamiento o las licencias administrativas no crean “ex novo” las facultades; todo lo contrario, presuponen que esas facultades integran el contenido posible del derecho de propiedad, y el planeamiento y las licencias constituyen sólo condicionamientos de su ejercicio”.*

En efecto, el derecho urbanístico, como el agrario, son manifestaciones hipertrofiadas de un mismo fenómeno de dirigismo administrativo, perfectamente legítimo, pero que no crea un estatuto jurídico nuevo de la propiedad. Simplemente, regulan todo un cauce estrecho de ejercicio, un molde formado por normas, no dispersas, sino trabadas y presididas por principios integradores, pero que siguen siendo una restricción externa de una serie de facultades que se le presuponen al dueño. La propiedad, inevitablemente, sigue siendo en estos casos la más plena pertenencia personal posible de las cosas.

## .II Limitaciones de hecho de carácter singular.

Obviamente no nos referimos aquí a aquéllas restricciones a las que pueda quedar sujeta una finca por razón de un acuerdo entre particulares o un título singular. Eso pertenece al inabarcable universo de la autonomía de la voluntad.

Más bien nos referimos, como hemos indicado más arriba, a las restricciones que, teniendo su origen en la voluntad de los poderes públicos, permiten a un propietario o a la administración llevar a cabo un acto expropiatorio de las facultades de otro, previa la correspondiente indemnización.

El Código Civil nos ofrece abundantes ejemplos de esta posibilidad, mezclándolas, como hemos visto, con los límites del dominio en sentido estricto. Así, podemos citar

### *“Artículo 553.2 y 3*

*Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial.*

*Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, precederá la correspondiente indemnización.*

### **Artículo 554.**

*Cuando para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo, o para*

*el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas, fuere necesario establecer una presa, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas, o terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer la servidumbre de estribo de presa, previa la indemnización correspondiente.*

#### **Artículo 555.**

*Las servidumbres forzosas de saca de agua y de abrevadero solamente podrán imponerse por causa de utilidad pública en favor de alguna población o caserío, previa la correspondiente indemnización.*

#### **Artículo 556.**

*Las servidumbres de saca de agua y de abrevadero llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso a personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse aquéllas, debiendo ser extensiva a este servicio la indemnización.*

#### **Artículo 562.**

El que para dar riego a su heredad o mejorarla, necesite construir parada o partididor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen de la nueva servidumbre a dichos dueños y a los demás regantes.”

Todos estos preceptos (la mayoría de los cuales han sido objeto del correspondiente desarrollo por la legislación especial en materia de Aguas), no establecen directamente la limitación. Habilitan al propietario afectado o a la administración para que pueda, mediante un acto contractual, si hay acuerdo, o unilateral (judicial o administrativo) si no lo hay, imponer la existencia del gravamen, aprovechándose de una facultad de coacción que le concede el ordenamiento por motivos de interés público.

Pero junto a estos casos, destaca MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS (obra citada, págs. 318 y ss.), aquellos otros en los que esta misma técnica su utiliza, no para imponer un gravamen, sino para imponer todo un estatuto jurídico distinto a la propiedad. Es decir, que por un acto unilateral, normalmente administrativo, la finca queda sujeta a un régimen jurídico distinto. Así sucede, dice, con la calificación administrativa de las Viviendas de Protección Oficial y o con la inclusión de las fincas en el Registro de Explotaciones Agrarias Prioritarias.



Tanto en uno como en otro caso, efectivamente, la modificación del dominio no deriva automáticamente de la Ley, sino que es consecuencia de un acto administrativo de afectación. Y necesita de la inscripción en el Registro de la Propiedad para afectar a tercero, pues evidentemente lo que la Ley establece es sólo una posibilidad de que determinados bienes se sujeten a ese régimen, pero no basta la publicidad legal si no consta fehacientemente el acto administrativo del que resulta el nacimiento de la vinculación.

A mi juicio, la distinción quizá resulte un tanto forzada. Es cierto que en estos dos casos hay un acto administrativo esencial, pero también lo hay en el caso del derecho urbanístico a través del planeamiento, cuya naturaleza normativa no le libra de ser un acto de voluntad de la Administración orientado hacia una concreta unidad de ejecución.

Entiendo, por tanto, que se trata simplemente de casos de limitaciones en sentido impropio, en los que la subsunción de la cosa en el supuesto de hecho de la norma no la determina la propia naturaleza del bien, sino que precisa y previo trámite administrativo.

Por lo demás, y en cuanto a las Viviendas de Protección Oficial, se debe indicar con carácter general que

-En cuanto al goce, deben dedicarse a residencia habitual y permanente de forma exclusiva.

-En cuanto a la disposición, están sometidas a precios máximos de venta y renta cuya infracción, no obstante, se considera, hasta ahora, como una mera infracción administrativa que no genera la nulidad del contrato (STS 3.9.1992).

-En caso de financiación cualificada se somete a prohibiciones de disponer, de descalificación voluntaria y a derechos de tanteo y retracto a favor de la comunidad autónoma competente.

Y en cuanto a las Explotaciones Agrarias, fincas formadas por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario o su equivalente autonómico y entregadas a los particulares para su explotación, se distinguen dos fases en su régimen, la de concesión y la de propiedad

-En la fase de concesión, se aplican las reglas de esta institución jurídica, lo que supone una vinculación especial entre la Administración concedente y el concesionario, y la transmisión intervivos queda sujeta a normas muy restrictivas, pues sólo se permite a favor del hijo,

descendiente, ascendiente o hermano que, aparte otras exigencias, sean agricultores profesionales. Se establecen además normas especiales de sucesión mortis causa, para asegurar el concesionario-explotador único.

-En la fase de propiedad, que se inicia cuando, cumplidas una serie de obligaciones, la administración otorga a favor del concesionario la escritura pública de transferencia de la propiedad, y en la que se vuelve al Derecho Civil como base del régimen de la propiedad, pero requiriéndose autorización administrativa para afectar a la explotación nuevos elementos inmobiliarios, para desafectarlos, agrupar o dividir la explotación, transmitir o gravar los elementos inmobiliarios, o transmitir inter vivos la explotación. Cesa esa restricción transcurridos ocho años desde la escritura pública de transferencia de propiedad del concedente, siempre que para entonces se haya satisfecho plenamente el precio de la adjudicación. La sucesión mortis causa se rige por las reglas ordinarias, pero sin posibilidad de división de la explotación.

#### **PARTE CUARTA:** La problemática registral.

La compleja situación doctrinal expuesta en las páginas que preceden tiene una indudable trascendencia en relación con el tratamiento registral de los límites del dominio. La confusión reinante en la materia y la tendencia de la Administración a configurar lo que son limitaciones fácticas de política legislativa en disposiciones generales oponibles erga omnes, que forman parte de la propiedad, de forma que, una vez inscrita ésta, se consideran publicitadas también aquéllas y no precisan por tanto de publicidad especial, ha producido el efecto pernicioso de generar una clandestinidad natural de estas restricciones, sobre todo de las que ocupan esa posición ambigua que hemos dado en llamar “limitaciones impropias”.

Un ejemplo, clásico por lo demás, lo tenemos en el caso de las prohibiciones de disponer.

Disponen los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria que

*“Artículo 26.*

*Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro*

de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:

1. *Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.*
2. *Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.*
3. *Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.*

### **Artículo 27.**

*Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.”*

De acuerdo con ello, aquéllas restricciones que consistan en prohibición de disponer, por el mero hecho de tener su origen en la Ley, no necesitan inscripción separada y especial. Se entiende, repito, que inscrita la propiedad, están inscritos todos sus componentes y elementos, y siendo la prohibición una limitación legal, esto es, un elemento que configura el régimen “normal” del derecho, está incluido en la inscripción aunque no se mencione.

Lo mismo se puede argumentar de todo el variadísimo elenco de restricciones que, según hemos visto, puebla nuestro ordenamiento.

Parecería reiterativo, en ese sentido, una reproducción de todos los argumentos expuestos hasta aquí. Entendemos que la propuesta doctrinal realizada, de circunscribir el concepto de límites del dominio únicamente a los que la ciencia jurídica determina como tales, por venir reclamados necesariamente por la propia naturaleza del Derecho, supondría un principio de solución.

En efecto, restringida la idea de límites a los que lo son en sentido propio, todos los límites de hecho, como tales hechos externos al dominio, necesitaría de acuerdo con los principios fundamentales del sistema hipotecaria, de una inscripción separada y especial para ser

oponibles frente a terceros. Sólo de esa manera podría obtenerse la plena seguridad jurídica que constituyen la aspiración básica de los principios de exactitud y legitimación registrales.

Por lo demás, parece que el legislador es cada vez más consciente de esa necesidad, y aspira de forma progresiva a la publicidad registral de las limitaciones del dominio aunque estas vengan determinadas por la Ley. Ejemplos de esa tendencia cada vez más fuerte en nuestro ordenamiento son:

-La “publicidad noticia” de la situación urbanística a que pueda quedar sujeta una finca concreta, de conformidad con los artículos 73 y ss. del RD 1093/97 de 4 de Julio, y 51 y 53 del texto refundido de la Ley del Suelo, que indican que

*“Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad:*

.....

*Las condiciones especiales a que se sujeten los actos de conformidad, aprobación o autorización administrativas, en los términos previstos por las leyes.*

*Los actos de transferencia y gravamen del aprovechamiento urbanístico.*

.....

- 1. Cualquier otro acto administrativo que, en desarrollo de los instrumentos de ordenación o ejecución urbanísticos modifique, desde luego o en el futuro, el dominio o cualquier otro derecho real sobre fincas determinadas o la descripción de éstas.*

**Artículo 53.** *Clases de asientos.*

- 1. Se harán constar mediante inscripción los actos y acuerdos a que se refieren los apartados 1, 2, 7 y 8 del artículo 51, así como la superficie ocupada a favor de la Administración, por tratarse de terrenos destinados a dotaciones públicas por la ordenación territorial y urbanística.*
- 2. Se harán constar mediante anotación preventiva los actos*

*de los apartados 3 y 6 del artículo 51. Tales anotaciones caducarán a los cuatro años y podrán ser prorrogadas a instancia del órgano urbanístico actuante o resolución del órgano jurisdiccional, respectivamente.*

3. Se harán constar mediante nota marginal los demás actos y acuerdos a que se refiere el artículo 51. Salvo que otra cosa se establezca expresamente, las notas marginales tendrán vigencia indefinida, pero no producirán otro efecto que dar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiere el título que las originara.”

Los precedentes artículos constituyen lo que se ha dado en llamar “publicidad noticia”, por contraposición a la “publicidad registral” de la que son predicables todos los efectos propios del Registro de Derechos (ofensivos, defensivos, translativos y legitimadores) sirviendo únicamente la publicidad noticia para desvirtuar la buena fe del adquirente, impidiéndole que quede protegido por la fe pública registral.

-El establecimiento de cauces de colaboración entre el Registro y la administración, a fin de velar por el cumplimiento de tales normas. Esta es sin duda la medida más frecuente, y se da en multitud de materias. Desde luego, urbanismo (artículos 17.2 y 20 texto refundido de la Ley del suelo, y todo el amplio elenco de ejemplos que ofrece el RD 1093/97 de 4 de Julio), en materia de tanteos y retractos legales (Montes, Arrendamientos rústicos y urbanos), en la protección del dominio público (notificación del artículo 37 Ley de patrimonio de las Administraciones Públicas, solicitud de informe favorable del artículo 22 de la Ley de Montes), en materia de división de fincas rústicas y urbanas (solicitud de licencia) y unidad mínima de cultivo.....

No obstante, entendemos que falta un decidido y claro cambio de criterio en el tratamiento de las restricciones que la legislación moderna impone al derecho de propiedad. Su configuración, de una vez por todas, como restricciones fácticas cuya publicidad legal no las libra de su condición de elementos externos al dominio y por tanto necesitados de publicidad resolvería lo que hoy por hoy constituye una de las principales lagunas de los sistemas registrales modernos.

## (RESEÑA PARA USAR EN EL CONGRESO).

### Limitaciones del Dominio, una propuesta doctrinal.

Partiendo de la complicada evolución del concepto de propiedad, marcada por las modas doctrinales de todos los tiempos y determinada por la fuerte carga política del concepto, se llega a la conclusión de que el vulgarismo jurídico que ha caracterizado el pasado siglo y la confusión de conceptos sociológicos con los propiamente jurídicos ha provocado una perturbación en la teoría de los límites del dominio que básicamente se puede describir como una confusión de los límites jurídicos que determina la naturaleza del derecho, con los límites fácticos que impone la Administración en el ejercicio de sus prerrogativas. Eso ha generado un problema no menor de proliferación de cargas clandestinas que, sin constar inscritas, resultan oponibles frente a terceros por razón de su origen legal.

Se propugna, en este sentido, una vuelta a un concepto “clásico” de límite del dominio, y la consecuente atribución a las limitaciones de política legislativa de una naturaleza “fáctica” y ajena al régimen normal de ejercicio del derecho, concluyendo que es necesario imponer su publicidad registral plena a fin de evitar lo que hoy por hoy es una auténtica laguna en el principio de seguridad del tráfico.



# ANÁLISIS DE LA REPERCUSIÓN QUE TIENE PARA LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDOR LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DE CONSEJO DE 12-12-2006 RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR.

*Ramiro Losada Gómez*

Licenciado en Derecho. Abogado. Máster en Economía y Derecho del Consumo

## SUMARIO

1. MARCO JURÍDICO.
  - 1.1. ¿Cuál es el objetivo de la Directiva?
  - 1.2. ¿Cuál es su ámbito de aplicación?
  - 1.3. ¿Qué medidas prevé la Directiva de servicios?
2. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA.
3. ANÁLISIS GENERAL DEL IMPACTO DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHO DEL CONSUMIDOR.
  - 3.1. Marco jurídico del consumidor o usuario.
  - 3.2. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.
  - 3.3. Fomento del asociacionismo.
  - 3.4. El derecho comunitario y el derecho de los consumidores.
4. ESTUDIO DE LA INCIDENCIA SECTORIAL DE LA DIRECTIVA “BOLKENSTEIN”: SECTORES CRÍTICOS Y SENSIBLES DE MAYOR REPERCUSIÓN.
5. CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PUBLICAS DE CONSUMO; MECANISMOS, RECURSOS Y SERVICIOS PRESTADOS A LOS CONSUMIDORES.
6. INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE Castilla-La Mancha.



- 6.1. Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.
  - 6.1.1. Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha.
  - 6.1.2. Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.
  - 6.1.3. Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha
  - 6.1.4. Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha.
  - 6.1.5. Ley 2/1997, de 30 de mayo, de Actividades FERIALES de Castilla-La Mancha.
  - 6.1.6. Ley 4/1999, de 31 de marzo, del Juego de Castilla-La Mancha.
- 6.2. Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha.
- 6.3. Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha.
7. VALORACIÓN PERSONAL DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL/ PROFESIONAL.
  - 7.1. ¿Cómo afectará todo ello a las empresas españolas?
  - 7.2. ¿Cuándo se apreciarán los efectos de la Directiva?
  - 7.3. Efectos positivos de la Directiva Bolkenstein
8. BIBLIOGRAFÍA.

## EXTRACTO

En el presente artículo el autor aborda el significado que ha tenido la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo, denominada “Bolkstein”, que persigue simplificar procedimientos y eliminar trabas legales y administrativas siendo sustituidas por alternativas menos gravosas para los prestadores de dichos servicios y así conseguir un mercado único de servicios en todo el territorio de la Unión Europea que

no sea discriminatorio y cumpla con los requisitos de proporcionalidad y necesidad y, del mismo modo se analizan las consecuencias de su trasposición al Ordenamiento Jurídico Español con mención a las novedades legislativas en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y las modificaciones en materia de consumo acaecidas por dicha Directiva.

**Palabras clave:** Unión Europea. Comercio. Consumo. Servicios. Libertad. Ventanilla Única. Simplificación Administrativa

## SUMMARY

1. LEGAL FRAMEWORK.
  - 1.1. What is the purpose of the Directive?
  - 1.2. What is its scope?
  - 1.3. What measures foresees the Services Directive?
2. TRANSPOSING THE DIRECTIVE IN SPAIN
3. GENERAL ANALYSIS OF THE IMPACT OF THE IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE ON THE PROTECTION OF CONSUMER RIGHTS.
  - 3.1. Legal framework for the consumer or the user.
  - 3.2. Basic rights for consumers and users.
  - 3.3. Promotion of associations.
  - 3.4. Community law and consumers' law.
4. STUDY OF THE SECTORIAL IMPACT OF DIRECTIVE "BOLKENSTEIN": CRITICAL AREAS AND SENSITIVE GREATEST IMPACT.
5. CONCLUSIONS RELATED TO CONSUMPTION PUBLIC POLICIES, MECHANISMS, RESOURCES AND SERVICES PROVIDED TO CONSUMERS.
6. IMPACT ON THE Castilla-La Mancha NORMATIVE BODY.
  - 6.1. Lay 7/2009, 17<sup>th</sup> December for the amendment of legislation for transposing the Directive 2006/123/EC 12<sup>th</sup> December, of the European Parliament and the Council on Services in the Internal Market.
    - 6.1.1. Law 7/2007, 15<sup>th</sup> March, Agrifood Quality of Castilla-La Mancha.
    - 6.1.2. Law 3/2008, 12<sup>th</sup> June, Forestry and Sustainable

Forest Management of Castilla-La Mancha.

6.1.3. Law 9/2003, 20<sup>th</sup> March, Royal Ways of Castilla-La Mancha.

6.1.4. Lay 8/1999, 26<sup>th</sup> May, Tourism Management in Castilla-La Mancha.

6.1.5. Law 2/1997. 30<sup>th</sup> May, on Trade Fair Activities in Castilla-La Mancha.

6.1.6. Law 4/1999, 31<sup>st</sup> March, Game of Castilla-La Mancha.

6.2. Law 2/2010, 13<sup>th</sup> May, Commerce of Castilla-La Mancha.

6.3. Law 7/2011, 21<sup>st</sup> March, public entertainment, recreation and public establishments in Castilla-La Mancha.

## 7. PERSONAL OPINION ABOUT THE IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE FROM THE WORK/PROFESSIONAL POINT OF VIEW.

7.1 How will all that affect Spanish companies?

7.2 When will be appreciated the effects of the Directive?

7.3 Positive effects of the Bolkenstein Directive.

## 8. BIBLIOGRAPHY.

## EXTRACT

In this article the author analyzes the meaning the Directive 2006/123/EC of the Parliament and the Council, named “Bolkstein”, which pretends to simplify procedures and delete legal and administrative obstacles to be replaced by alternatives less harmful for services providers and achieve a single market of services all over the European Union non-discriminatory and comply with the requirements of proportionality and necessity and, in the same way, analyze the consequences of its transposition to the Spanish Law, mentioning the legislative news in Castilla-La Mancha and the changes occurred in the consumers’ law by the Directive

**Keywords:** European Union. Trade. Consumers. Services. Freedom. Point of Single Contact

## 1. MARCO JURÍDICO.

El 28 de diciembre 2009 concluyó el plazo otorgado a los Estados Miembros de la Unión Europea para la “Incorporación al Derecho interno” (transposición) de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (art. 44), más conocida como la Directiva de Servicios o *Directiva Bolkestein*. Esta norma comunitaria pretende llevar a la práctica el proyecto de creación de un mercado único europeo en materia de servicios, que, aunque enunciado en los Tratados constitutivos, todavía no ha llegado a materializarse en su plenitud, y que se ha venido a denominar como uno de los pilares estratégicos de la Unión Europea tal como quedo reflejado en la “estrategia de Lisboa” del año 2000.

Como bien expone el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el Estado del Mercado Interior de Servicios, la falta de consecución de ese mercado único tiene, entre sus principales motivos, la pervivencia de barreras de entrada, muchas de ellas administrativas, que dificultan la implantación de los prestadores de servicios.

La Directiva gira en torno a tres ejes fundamentales:

(a) la consagración del derecho de *libertad de establecimiento* de los prestadores de servicios, como principio rector para retirar los obstáculos que impiden la entrada a los prestadores de servicios ajenos al mercado doméstico y que, por consiguiente, restringen la competencia;

(b) el aseguramiento de la *libertad de circulación* de los servicios entre los distintos Estados miembros, como forma de propiciar la competencia entre operadores de servicios y, de este modo, favorecer el dinamismo y el progreso económico; y

(c) la necesidad de llevar a cabo un *proceso de simplificación administrativa* integral que ponga fin a las trabas burocráticas que históricamente han explicado la mayor parte de las barreras que afectan a la libertad de establecimiento.

Los objetivos fijados por la Directiva, tan ambiciosos como la *Agenda de Lisboa* que sirve de referencia a la norma comunitaria, están suponiendo un importante reto para los Estados miembros, en la medida en que éstos se están viendo obligados a acometer profundas reformas en sus respectivos ordenamientos jurídicos, tanto a nivel normativo

como a nivel de procedimientos administrativos. Se trata, en definitiva, de apartar todo obstáculo que impida o dificulte el libre establecimiento de un prestador de servicios en el mercado comunitario. Sólo en España, se estima que el proceso de armonización acabará afectando a más de siete mil procedimientos administrativos y normas de diverso rango, dentro de los que se encuentran unas doscientas leyes y reglamentos, tanto estatales como autonómicos, que regulan el comercio. Estas cifras, teniendo en cuenta la compleja organización administrativa y legislativa propia del Estado autonómico, ilustran la magnitud de la tarea de transposición, así como lo costoso que puede resultar la adopción de dichas medidas.

Sin lugar a dudas, uno de los sectores claves que más puede verse afectado por el influjo liberalizador de la Directiva es el del comercio, por ser este campo de la actividad económica aquel donde residen la mayor parte de las trabas y restricciones administrativas para la implantación de nuevos operadores. No en vano, mientras en otros ámbitos la transposición de la Directiva está siendo laboriosa pero pacífica, como en lo referente al reconocimiento del derecho de un prestador de servicios extranjero a establecerse en cualquier Estado miembro, o lo relativo a la necesidad de simplificar todos los trámites administrativos a través de la implantación de las conocidas como “*ventanillas únicas*”, el importante cambio cualitativo que imprimirá la Directiva en la normativa y en la práctica comercial ha generado una importante controversia.

Por otra parte, el modelo español de Estado en el que las competencias en materia de ordenación comercial corresponden a las Comunidades Autónomas y a los entes locales, representa una dificultad añadida para la implantación de grandes superficies comerciales. Los operadores se ven sometidos a legislaciones distintas y a trámites administrativos múltiples y complejos, que responden a las diferentes sensibilidades legislativas de las Comunidades Autónomas, muchas veces contrapuestas a los posicionamientos del Estado.

### 1.1. ¿Cuál es el objetivo de la Directiva?

El objetivo de la Directiva de servicios (art. 1) es alcanzar un auténtico mercado único de servicios en la Unión Europea a través de la eliminación de barreras legales y administrativas que actualmente limitan el desarrollo de actividades de servicios entre Estados miembros, sin menoscabo de la seguridad jurídica y protección de servicios de interés económico general y respetando, en todo caso un desarrollo

armonioso, equilibrado, sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre hombre y mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y calidad de vida, la cohesión social económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros, y en aras de ofrecer a los consumidores más posibilidades de elección de unos servicios a precio más competitivo y sin vulnerar los derechos adquiridos por éstos, y en particular la transparencia e información.

### 1.2. ¿Cuál es su ámbito de aplicación?

La Directiva no se aplica (art. 2) a los servicios que quedan explícitamente excluidos de su ámbito de aplicación. Así, algunos grandes sectores de servicios: todos los servicios financieros (tales como los servicios bancarios, de crédito, de seguros, de valores, de fondos de inversión); los servicios de telecomunicaciones (por ejemplo, servicios de telefonía y servicios de conexión a Internet); servicios de transporte; servicios sanitarios (quedan excluidos de la Directiva los servicios médicos y farmacéuticos destinados al cuidado de la salud de las personas y reservados a las profesiones reguladas, pero no otros servicios tales como los de veterinaria o los no reservados a las profesiones reguladas); juegos de azar (tales como juegos de lotería, casinos, apuestas deportivas); los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas, proporcionados por el Estado por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; servicios de seguridad privados y los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante acto oficial de la Administración.

Por el contrario, y sin ánimo exhaustivo, cabe citar los siguientes ejemplos de servicios que sí entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios:

- Distribución comercial
- Actividades de profesiones reguladas (ej.: los asesores jurídicos, arquitectos) - Servicios de construcción y los oficios (artesanía)

- Servicios a empresas (mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad y de contratación de personal)
- Servicios en el ámbito del turismo (agencias de viaje)
- Servicios recreativos
- Servicios de instalación y mantenimiento de equipos
- Servicios de información
- Servicios de hostelería y restauración
- Servicios de formación y educación
- Servicios inmobiliarios
- Servicios de ayuda doméstica (servicios de limpieza, de cuidado de niños o de jardinería).

### **1.3. ¿Qué medidas prevé la Directiva de servicios?**

1. La eliminación de barreras para facilitar la realización de actividades económicas con establecimiento fijo y durante un periodo indeterminado.

Esta medida implica la reforma de la normativa vigente para eliminar las barreras que restringen injustificadamente la puesta en marcha de actividades de servicios e impiden o retrasan los nuevos proyectos emprendedores y la creación de empleo.

Se eliminarán aquellas autorizaciones administrativas que no estén justificadas por razones imperiosas de interés general o sean innecesarias para atender esos fines. Esto supone que, en general, se sustituirán procedimientos de autorización administrativa previa por declaraciones responsables o por comunicaciones.

Se suprimirán los requisitos discriminatorios o desproporcionados para el fin que persiguen. Se reducirán otras cargas administrativas para los prestadores y prestadoras de servicios: inscripciones en registros, renovación de autorizaciones, duplicación de trámites para la apertura de nuevos establecimientos y se generalizará el principio de que cualquier prestador establecido en el Estado miembro, que ejerza legalmente una

actividad de servicios, podrá ejercerla en todo el territorio nacional de dicho Estado.

2. La eliminación de barreras para facilitar prestaciones que impliquen ausencia de participación estable y continua en la vida económica en un Estado miembro. La Directiva recoge un catálogo de requisitos que no se podrán exigir en los casos de prestación transfronteriza de servicios, esto es, en los supuestos en los que la persona que presta el servicio no se encuentre establecida en el Estado miembro en el que presta sus servicios.

### 3. Simplificación administrativa.

La Directiva de servicios recoge también el mandato de que cuando los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio, no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán.

La Directiva de servicios establece un programa de simplificación administrativa que incluye la introducción de procedimientos electrónicos y el establecimiento de un sistema de ventanilla única para las personas prestadoras y destinatarias de los servicios. La ventanilla única constituye un punto de tramitación integral por vía electrónica. Su implantación supondrá que los prestadores y prestadoras de servicios podrán realizar todos los procedimientos y trámites a distancia y por vía electrónica, y a todos los niveles administrativos (europeo, nacional, autonómico y local). Así como punto de información sobre condiciones de acceso a dicho Estado miembro.

Se prevé que se cree por parte de la Comisión, formularios armonizados a nivel comunitarios que faciliten esta función.

### 4. Cooperación administrativa.

La Directiva de Servicios establece una obligación general para los Estados miembros de prestación de asistencia recíproca. El Estado de establecimiento procederá a las comprobaciones e inspecciones que le solicite otro Estado y le informará de los resultados sobre todos los extremos relacionados con el servicio de los que tenga conocimiento. A estos efectos se crea el sistema de información del Mercado Interior o sistema IMI, que constituye el soporte técnico que posibilita la cooperación inter-administrativa en el mercado interior, al permitir la comunicación directa por vía electrónica entre autoridades competentes de todas las Administraciones Públicas y de diferentes Estados miembros.



## 5. Calidad de los servicios y protección de los consumidores.

La Directiva de servicios trata de garantizar que cualquier persona usuaria de servicios tenga acceso a los servicios ofertados por cualquier prestador o prestadora de la UE, en condiciones no discriminatorias.

Obliga a las personas que prestan el servicio a actuar con transparencia, debiendo poner a disposición de los usuarios información sobre sí mismas (nombre, forma jurídica, dirección, y en su caso, inscripción en registros o autoridad competente que otorgó la autorización, entre otros) y sobre las condiciones de la prestación (características del servicio ofrecido, precio, garantías)

Las Administraciones deberán informar y asistir a los usuarios y usuarias de servicios para que puedan realizar reclamaciones ante las autoridades competentes en caso de litigios con las personas que presten servicios, independientemente del país en que se ubiquen.

## 2. TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA EN ESPAÑA.

El proceso de transposición de la Directiva de Servicios se presenta para España como una oportunidad para reducir trabas injustificadas o desproporcionadas al acceso y ejercicio de la actividad en determinados sectores, contribuyendo así a un ambicioso programa de simplificación administrativa y de incremento de la transparencia y reducción de los costes administrativos que tiene que soportar el administrado.

La transposición de la Directiva de Servicios no se va a efectuar mediante una sola norma que lleve a cabo su incorporación completa al derecho interno, sino en diversas fases o niveles:

En primer lugar, las Cortes Generales aprobaron el 29 de octubre de 2009 la *Ley 17/2009* (conocida como “Ley Paraguas”), sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo objeto es establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios; constituyendo una especie de ley horizontal que incorpora los principios generales de la Directiva, estableciendo un nuevo marco regulatorio en el que, a partir del 28 de diciembre de 2009, operen las personas que

prestan servicios sobre la base del principio de libre acceso y ejercicio a las actividades de servicios.

En un segundo nivel, la Administración General del Estado, al igual que el resto de Administraciones Públicas, está trabajando en acomodar su normativa sectorial al contenido de la Directiva y de la citada Ley 17/2009 sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En este segundo nivel se deben mencionar las reformas que se operarán en:- *Ley 25/2009*, de 22 de diciembre, (BOE núm.308, de 23 de diciembre) de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio. Esta norma aborda la modificación de un total de 47 normas estatales con rango de ley, con el fin de adaptarlas a la Directiva de Servicios, por esta ley se modifican las siguientes leyes: ley de bases, ley del procedimiento administrativo común, ley de acceso electrónico a los servicios públicos, ley de defensa de los consumidores, ley de colegios profesionales, ley de las sociedades profesionales, ley de las medidas urgentes de la administración, ley de PRL, ley de inspección de trabajo, ley de medidas fiscales, ley de metrología, ley de patentes, ley de industria, ley de la ordenación de la edificación, ley de la subcontratación de la construcción, ley de minas, ley del sector eléctrico, ley de hidrocarburos, ley de navegación aérea, ley de la ordenación de los transportes terrestres, ley de tráfico, ley de puertos, ley del sector ferroviario, ley de servicios postales, ley de las telecomunicaciones, ley de las vías pecuarias, ley de residuos, ley de aguas, ley de montes, ley de parques nacionales, ley de patrimonio natural, ley de pesca marítima, ley de sanidad animal y ley de semillas.

- *Ley 1/2010*, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, con el fin de adaptar la regulación comercial minorista a la nueva normativa comunitaria.

- Numerosas normas reglamentarias, conforme se acordó en el Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009.

La coordinación de las reformas normativas derivadas de la transposición de la Directiva la está asumiendo a nivel nacional el Ministerio de Economía y Hacienda, en tanto que la puesta en marcha de la Ventanilla Única la asume el Ministerio de la Presidencia y del Sistema de Cooperación Administrativa entre Estados la asume el Ministerio de Política Territorial.

Del mismo modo no podemos obviar que esta directiva afecta no solo al ámbito legislativo nacional, sino a las legislaciones autonómicas y las regulaciones normativas locales, en este sentido muchas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos están desarrollando en los últimos meses modificaciones legislativas en aquellos sectores afectados por la directiva y que son ámbito de su competencia territorial, entre las que cabe destacar las regulaciones de ferias, servicios turísticos, servicios comerciales, servicios profesionales, trámites administrativos locales y autonómicos, laboratorios y centros de análisis y pruebas de calidad sobre productos y bienes de consumo, Servicios Medioambientales, Espectáculos y juego, Carreteras, Centros educativos, Mediación familiar, Sanidad animal, Sanidad y salud pública, Seguridad Industrial, Servicios sociales.

La pluralidad de legislaciones autonómicas e incluso el intercambio y la cooperación interadministrativa (ya sea a nivel autonómico o nacional) puede conllevar la problemática de pluralidad de licencias y concesiones administrativas diferentes entre Comunidades Autónomas que puede suponer una mayor dificultad para el prestador de servicios implantarse en otra Comunidad Autónoma de la que está originariamente ubicado que implantarse en otro Estado miembro de la Unión Europea, empero de que la propia Directiva prevea la creación de un documento armonizado para la tramitación de concesiones y licencias administrativas que afecte a todo el territorio de la Unión. Ello supondría un trabajo comparativo más exhaustivo y detallado de las distintas transposiciones autonómicas de la Directiva objeto de estudio, para analizar la incidencia, similitudes y diferencias existentes entre las distintas Comunidades Autónomas.

### **3. ANÁLISIS GENERAL DEL IMPACTO DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHO DEL CONSUMIDOR.**

#### **3.1. Marco jurídico del consumidor o usuario.**

Según el artículo 51 de la Constitución Española: “1º los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”

*“2º los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.”*

*“3º en el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos industriales.”*

Luego, siendo la Constitución la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, desde la misma se encomienda a los poderes públicos la defensa, la seguridad, la salud y la protección de nuestros intereses económicos.

También se les encomienda el deber de tenerles informados, formados y poderse agrupar para defender los derechos o actuar en todo lo que afecte. Relevante es también el hecho de que la Constitución indique que han de ser escuchados a la hora de legislar.

**La Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, (RD legislativo 1/2007, en adelante LGDCU) en su artículo 1. Principios Generales establece:“**

1. En desarrollo del art. 51.1 y 2 CE, esta ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios, lo que, de acuerdo con el art. 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico. En todo caso la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los arts. 38 y 128 CE y con sujeción a lo establecido en el art. 139.

2. A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.”

**Resulta por tanto que la Administración debe proteger a los consumidores la cual se hace efectiva a diferentes niveles: Unión Europea, Administración del Estado, Administración Autónoma, Administración Local, las cuales deberán coordinarse e integrar sus medidas en un sistema que desarrolle la política de consumo a través de**

planes estratégicos de protección al consumidor, cuyos ejes fundamentales son un desarrollo legislativo adecuado, control del funcionamiento del mercado, fomento del asociacionismo, favorecer información y educación tanto de consumidores como profesionales y garantizar la cooperación institucional.

Esta norma coexiste con diferentes reglamentos que con rango de Real Decreto regulan los distintos productos que podemos encontrar en el mercado y que marcan las condiciones mínimas que deben observar los mismos, tanto industriales como alimenticios, y los diversos servicios objeto de tal regulación. Por ello, recogen principalmente los siguientes deberes generales, a saber:

- a) No perjudicar ni poner en peligro la salud y seguridad de los consumidores.
- b) Respetar los intereses económicos y sociales de los consumidores.
- c) Informar sobre las características fundamentales de los bienes o servicios ofertados.

### 3.2. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

En el artículo 8 de la LGDCU se recogen los derechos básicos de los consumidores y usuarios, los cuales son:

**a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.**

Considerado como regla general, toda vez que los empresarios tienen prohibido poner en el mercado productos que conlleven riesgos para la salud o seguridad de consumidores o usuarios.

La regla tiene una excepción lógica y son aquellos “*riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas*” (art. 11.2 LGDCU)

**b) Protección de los intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.**

Hay que respetarlos en todo momento, tanto la oferta como la promoción y la publicidad, condiciones que serán exigibles aunque no

figuren en el contrato de compraventa o prestación de servicios.

**c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.**

Los consumidores o usuarios tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo o la utilización de bienes o servicios les ocasionen, la indemnización tiene la finalidad de eliminar el daño causado, siempre que la persona que lo cause sea responsable.

**d) Derecho a la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.**

Tiene como finalidad que las decisiones de compra se tomen con mayor libertad y racionalidad, se comprenda la información suministrada al consumidor, se difundan los derechos y deberes de los consumidores o usuarios y cómo se pueden ejercer, prevenir los riesgos que se puedan derivar del consumo, fomentar el consumo sostenible y formar a profesionales de este campo.

**e) Derecho de audiencia, participación y representación.**

Este derecho se materializa “escuchando” a las asociaciones de consumidores y usuarios y consultándolas cuando se estén redactando normas que afecten directamente a los consumidores o usuarios.

**f) Derecho a la protección en casos de subordinación o indefensión.**

Para ello las Administraciones Públicas deben adoptar medidas que equilibren las relaciones entre las empresas que ofertan sus productos al mercado y los demandantes, eliminando abusos o situaciones de inferioridad que se puedan producir respecto a los consumidores.

**3.3. Fomento del asociacionismo.**

Conforme al artículo 23 LGDCU establece que las asociaciones de consumidores sirven para garantizar una protección eficaz.

Para ello deben promover y reforzar el movimiento **consumerista**. Este movimiento contribuye no solo a defender los intereses de los

consumidores sino también a generar transparencia y competitividad real en el mercado.

### 3.4. El derecho comunitario y el derecho de los consumidores.

Con la creación de la actual Unión Europea en el Tratado de Roma de 1950 no se establecía una protección global de los consumidores (perspectiva “productivista” y liberalista del sistema económico) puesto que se pretendía la creación de un amplio mercado interior, libre competencia de las empresas y el favorecimiento de la expansión económica que servirían por sí solas para proteger al consumidor a través de una mayor disponibilidad de bienes y servicios, de una disminución de precios y de una mejor calidad de vida.

Lo cierto es que la realidad se encargó de demostrar lo contrario y así, pese a alguna mera referencias en el artículo 39, 85 y 86 entre otros del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 25 de marzo de 1957, a nivel internacional se adoptó una postura favorable a la protección de los consumidores, que comienza en Inglaterra con el informe Molony, corriendo la iniciativa a nivel comunitario a cargo del Consejo de Europa que en su resolución 521 de 16 de mayo de 1972 señaló como objetivos legislar protegiendo a los consumidores, así como proteger a éstos de prácticas comerciales desleales o abusivas y de toda forma de explotación.

Fruto de lo anterior fue la promulgación de la Carta de Protección del Consumidor, aprobada por resolución 543 de la Asamblea consultiva de 17 de mayo de 1973 estableciendo los derechos de los consumidores a la información, a la educación, a la representación, a la consulta y a la protección de asistencia tanto contra los perjuicios materiales originados por productos peligrosos como contra los atentados referidos a los intereses puramente económicos.

En ese mismo año se adoptó la Decisión 73/306 de la Comisión de 25 de septiembre de 1973 que dispuso, utilizando como fundamentación el art. 2 del Tratado y la conferencia de los Jefes de Estado o de Gobierno de París en octubre de 1972, la creación de un Comité Consultivo de los Consumidores cuya función sería *“representar los intereses de los consumidores ante la comisión y dictaminar a la Comisión sobre todos los problemas relativos a la concepción y ejecución de la política y de las acciones en materia de protección y de información de los consumidores, bien sea a instancia de la Comisión, bien por propia iniciativa”*.

Con posterioridad se adoptó la Resolución del Consejo de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores que “*subrayó la necesidad de una política coherente y eficaz de protección de los consumidores siendo necesario efectuar una política comunitaria que se ocupara de proteger a los consumidores y que afirmara el interés de la Comunidad por la mejora cualitativa de las condiciones de vida de sus nacionales*”. Para ello estableció que los intereses del consumidor podían agruparse en cinco categorías de derechos fundamentales:

- a) *derecho a la protección de su salud y de su seguridad.*
- b) *derecho a la protección de sus intereses económicos,*
- c) *derecho a la reparación de los daños,*
- d) *derecho a la información y a la educación,*
- e) *derecho a la representación (derecho a ser escuchado).*

Asimismo, el Programa Preliminar señalaba como objetivos de la política comunitaria con respecto de los consumidores *una protección eficaz contra los riesgos capaces de afectar a la salud y a la seguridad de los consumidores; perjudicar los intereses económicos de los mismos; facilitarles medios apropiados de asesoramiento, asistencia, reparación de los daños; informarlos y educarlos; y consulta y representación de los consumidores cuando se preparen decisiones que les afecten*

Si bien el Programa Preliminar no respondió a las esperanzas y expectativas que había originado debido a la crisis económica y la resistencia de los empresarios así como la dificultad de llegar a acuerdos por unanimidad en esta materia.

Como consecuencia se promulgó la Resolución de 23 de junio de 1986 en relación con la orientación futura de las políticas europeas para la protección y el fomento de los intereses de los consumidores, cuyos principios eran similares a los que se recogían en el Programa Preliminar. Ese mismo año el Consejo adoptó la Resolución de 15 de diciembre de 1986 como consecuencia de la comunicación de la Comisión sobre “integración de la política de consumo en las demás políticas comunes” en la que se establecían entre otros los programas de coordinación interna, estudio de mercados de forma que los productos estén al alcance de los consumidores, se tome en consideración el criterio de las asociaciones de consumidores, que no alcanzaron los resultados propuestos.



La adopción del Acta Única por la que se modifican los Tratados Europeos abrió una nueva vía en la política de defensa de los consumidores, a través de planes trienales de acción en el que se reseñaban cuatro aspectos prioritarios: la representación del consumidor, su información, su seguridad y sus transacciones.

La aprobación de esta Directiva Comunitaria no resultó sencilla, por las diversas tradiciones jurídicas de los países CEE, pero ello no obstó para que el Derecho comunitario contractual tratara de mantener un equilibrio razonable y dinámico entre dos principios esenciales comunitarios cuales son el de libertad económica contractual y el principio de defensa de los consumidores, en cuyos orígenes fue complicado pero que con los años ha superado esos primeros estadios evolucionando hacia una mejor protección de los derechos de los consumidores, y cuyo fruto han sido, por su importancia, la siguientes Directivas:

- Directiva 79/112/CEE, de 18 de diciembre de 1978, sobre etiquetado de productos alimenticios.
- Directiva 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a publicidad engañosa.
- Directiva 85/374/CEE, de 25 julio de 1985, sobre la protección de los consumidores en el caso de contratos nacidos fuera de los establecimientos comerciales.
- Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986, relativa al crédito al consumo, modificado por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.
- Directiva 87/357/CEE, de 25 de junio de 1987, sobre productos de apariencia engañosa que ponen en peligro la salud o la seguridad de los consumidores.
- Directiva 88/378/CEE, de 3 de mayo de 1988, referente a seguridad de los juguetes.
- Directiva 88/315/CEE, de 7 de junio de 1988, que modifica la 79/581/CEE, sobre protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos alimenticios.
- Directiva 88/314/CEE, de 7 de junio de 1988, sobre protección de los consumidores en materia de indicación de los precios de los productos no alimenticios.

- Directiva 89/552/CEE, de 3 de octubre de 1989, relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.
- Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, sobre los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.
- Directiva 90/496/CEE, de 24 de septiembre de 1990, referida al etiquetado de propiedades nutritivas de los productos alimenticios.

No todas éstas Directivas han sido desarrolladas por el Estado Español, sin embargo le vinculan, bien por formar parte del “acervo comunitario”, bien transcurrido el plazo de transposición.

La Directiva sobre publicidad engañosa fue objeto de Transposición por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, la de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales por la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles.

La normativa sobre etiquetado de productos alimenticios fue desarrollada en parte por el Real Decreto 1.468/1988, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de etiquetado, presentación y publicidad de los productos industriales destinados a su venta directa a los consumidores y usuarios.

En lo referente a productos de apariencia engañosa el Real Decreto 820/1990, de 22 de junio, ha prohibido la fabricación y comercialización de los productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud o seguridad de los consumidores.

La Directiva sobre seguridad en los juguetes fue objeto de transposición por el Real Decreto 880/1990, de 29 de julio, que estableció normas de seguridad de los juguetes.

En materia de crédito al consumo se ha dictado la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones y la Circular del Banco de España de 7 de septiembre de 1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de Entidades de Crédito. En nuestra opinión estas disposiciones no tienen rango ni cobertura suficiente, por lo que se hace preciso dictar una normativa, no pudiendo estimarse cumplida la obligación de transposición de la Directiva.

Tampoco han sido objeto de transposición las Directivas sobre indicación de precios; responsabilidad por daños causados por productos defectuosos; radiodifusión televisiva; viajes, vacaciones y circuitos combinados y etiquetados de propiedades nutritivas.

Se encuentra en trámite de elaboración Directivas sobre publicidad comparativa y cláusulas abusivas.

GARCÍA AMIGO pone de relieve que las vías actuales se *“debe contemplar por supuesto la defensa del consumidor y usuario, pero también su promoción. Y ello en una doble dirección: de un lado, buscando la autodefensa de los propios consumidores mediante su integración en poderosas Asociaciones de Consumidores y Usuarios que contrarresten las fuertes posiciones de las Empresas y sus Organizaciones; y, de otro lado, potenciando al máximo el sistema de libre Empresa que haga posible la competencia viva en el marco de una economía de mercado, lo que tendrá seguramente como consecuencia la mejora de la vida en calidad y cantidad, lo cual se consigue obviamente con mejores bienes y servicios y más abundantes, puestos por las Empresas al alcance del mayor número posible de ciudadanos, ahora consumidores y usuarios. En esta perspectiva, el tema de la defensa de los consumidores desborda al Derecho civil, incluso al Derecho privado; pero al Derecho privado le corresponde un papel fundamental en orden a la defensa y promoción de aquéllos. Quiérase o no, la Libertad contractual, traducción jurídica de la Libertad de Empresa, ha sido el motor de esa sociedad de consumo, de la promoción de los consumidores; pero esa misma libertad comporta riesgos para los ciudadanos y también abusos frente al consumidor, al ciudadano, a la persona en definitiva”*.

Con referencia a España se hace precisa una rápida transposición y desarrollo de las Directivas comunitarias, un cambio jurisprudencial y un mayor protagonismo del prudente arbitrio judicial.

Actualmente, por tanto, podemos concluir que, en la Unión Europea, la política de protección de los consumidores constituye una prioridad y favorece la transparencia de los mercados y la libre concurrencia permaneciendo ambas en estrecha ligazón, que si bien el legislador no puede hacer una previsión de todos los instrumentos legislativos necesarios para la protección de los consumidores, el papel de éste se encuentra reforzado con un plus de garantía cuales son tanto la propia negociación contractual, el arbitraje de consumo y en última instancia a los Jueces que pueden y deben restaurar el equilibrio contractual aplicando la buena fe con carácter integrador, que desempeñan de manera efectiva su función creadora judicial, si bien se

requiere una necesaria simplificación de los procedimientos judiciales dado que no se puede olvidar que en última instancia la protección del consumidor depende de la amplitud del poder judicial.

#### **4. ESTUDIO DE LA INCIDENCIA SECTORIAL DE LA DIRECTIVA “BOLKENSTEIN”: SECTORES CRÍTICOS Y SENSIBLES DE MAYOR REPERCUSIÓN.**

Esta Directiva se centra en la liberalización de los servicios en el mercado interior y es una muestra del reconocimiento de la importancia de la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales, pilar del desarrollo armónico de las actividades económicas de los Estados miembros, como fruto del Mercado Común evolucionado desde el Tratado Constitutivo de la CEE de 1957, y posteriormente en el Acta Única Europea de 1986 y en el Tratado de Maastricht de 1992, y el resto de Tratados hasta el actual Tratado de Lisboa.

Dejando a un lado la transposición de esta Directiva por el Estado en el marco de sus competencias, llevada a cabo mediante la Ley Paraguas y Ley Ómnibus, ya aprobadas, nos centramos en la transposición que corresponde a los servicios que las Comunidades Autónomas viene estableciendo al tener competencias normativas sobre aquellos servicios en lo que la Directiva tiene una especial incidencia en economías basadas en una considerable presencia en actividades financieras, servicios a empresas, transporte y comercio.

Tal y como recoge el texto legal, los objetivos principales de son:

- Introducir una serie de medidas liberalizadoras para las empresas de los sectores de actividad de turismo, comercio, venta ambulante, juego y protección de los consumidores.
- Modificar los plazos en los procedimientos administrativos agilizándolos, favoreciendo los derechos de los ciudadanos, de las empresas y de las organizaciones sociales.

- Liberalizar otros sectores de la economía como colegios profesionales, servicios sociales, sanitarios, medioambientales, espectáculos públicos, actividades recreativas y de patrimonio histórico.

La Ley siguiendo la línea marcada por la Directiva, tiene la función de eliminar los obstáculos existentes a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros garantizando la seguridad jurídica necesaria.

## 5. CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON LAS POLÍTICAS PUBLICAS DE CONSUMO; MECANISMOS, RECURSOS Y SERVICIOS PRESTADOS A LOS CONSUMIDORES.

La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva Bolkenstein se ha llevado a cabo principalmente a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como hemos venido señalando repetidamente. Dicha ley establece en su **artículo 4** la modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

En particular se añaden dos nuevos apartados al artículo 21, con la siguiente redacción:

*“3. En todo caso, y con pleno respeto a lo dispuesto en los apartados precedentes, los prestadores de servicios pondrán a disposición de los consumidores y usuarios información sobre la dirección postal, número de teléfono y número de fax o dirección de correo electrónico en la que el consumidor o usuario, cualquiera que sea su lugar de residencia, pueda interponer sus quejas y reclamaciones o solicitar información sobre el servicio ofertado o contratado. Los prestadores comunicarán su dirección legal si ésta no coincide con su dirección habitual para la correspondencia. Los prestadores de servicios deberán dar respuesta a las reclamaciones recibidas en el plazo más breve posible y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde*

*la presentación de la reclamación. En caso de que en dicho plazo ésta no hubiera sido resuelta satisfactoriamente, los prestadores de servicios adheridos a un sistema extrajudicial de resolución de conflictos facilitarán al usuario el acceso al mismo cuando éste reúna los requisitos previstos en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión, de 30 de marzo relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo y en la Recomendación 2001/310/CE de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo o normativa que resulte de aplicación y, como tales, hayan sido notificados a la red comunitaria de órganos nacionales de la solución extrajudicial de litigios en materia de consumo.*

4. *Los empresarios a que se refiere el apartado anterior y aquellos que estén adheridos a códigos de conducta, incluidos los elaborados a escala comunitaria, o sean miembros de asociaciones u organismos profesionales que ofrezcan sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos que reúnan los requisitos previstos en el apartado anterior, indicarán en las ofertas comerciales que presenten de forma detallada sus servicios, el sistema extrajudicial de resolución de conflictos que ofrecen a los consumidores y usuarios, el modo de obtener información sobre sus características y la forma de acceder a dicho sistema extrajudicial”.*

De igual modo se añade al artículo 49.1 una nueva letra k), pasando el actual contenido de ésta a la letra l):

- “k) La negativa a satisfacer las demandas del consumidor o usuario, cualquiera que sea su nacionalidad o lugar de residencia, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del empresario, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos”.*

Y por último se añade al artículo 60.2, una nueva letra h), que queda redactada en los siguientes términos:

*“h) La dirección completa en la que el consumidor o usuario puede presentar sus quejas y reclamaciones, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4”.*

De esta modificación apreciamos que se da cumplimiento de lo dispuesto principalmente en los artículos 19 a 22 de la Directiva 2006/123/CE, sobre todo en lo relativo a la información general sobre vías de recursos disponibles, prohibición de discriminación a los nacionales de terceros Estados puesta a disposición por los prestadores de los servicios a los consumidores de sus datos, así como sometimiento a códigos de conducta o sistemas de resolución extrajudicial de conflictos de consumo, y otras que ya el propio TRLGDCU ya contemplaba anteriormente tales como garantías postventa, seguros, cláusulas generales y contractuales utilizadas por el prestador, características del servicio, etc. Es más, el legislador nacional otorga a los prestadores de servicios el plazo máximo de un mes para contestar a las reclamaciones presentadas por los consumidores, sin perjuicio de otros plazos más breves que la legislación sectorial tuviere o adoptare (caso de las telecomunicaciones). Por tanto se da pleno cumplimiento de los objetivos de información a los consumidores pretendidos por la directiva.

No obstante lo anterior, siguen existiendo numerosas lagunas a las que aún el legislador nacional no ha dado respuesta, entre las que cabría plantear las causas que no han llevado al legislador a aprovechar la reforma practicada para delimitar con mayor claridad y exactitud las competencias de los diversos mecanismos de arbitraje de consumo (local, autonómico, estatal) existentes, dado que la Directiva comunitaria se refiere a la red de Centros Europeos de los Consumidores y a las denominadas ventanillas únicas y ODR, etc.

## **6. INCIDENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE CASTILLA-LA MANCHA.**

La Directiva 2006/123/CE pretende simplificar los procedimientos y eliminar las trabas legales y administrativas esto es, reducción de las cargas administrativas y la excesiva burocracia que impiden a las empresas ofrecer servicios transfronterizos o instalarse en otros Estados miembros, sustituyéndolas por alternativas menos gravosas para los

prestadores con el fin de conseguir un mercado único de servicios en todo el territorio de la Unión Europea que no sea discriminatorio y cumpla con los requisitos de proporcionalidad y necesidad, para ello establece un sistema de **ventanilla única** que posibilita a los prestadores de servicios conseguir información sobre los requisitos exigidos para el ejercicio de su actividad.

En España se incorpora al ordenamiento jurídico mediante Ley 17/2009, estableciendo en su art. 18 **que las autoridades competentes – Administraciones Públicas y Colegios Profesionales – deben garantizar que los prestadores de servicios puedan, a través de la ventanilla única la cual tiene como funciones la de:**

- Obtener toda la información y formularios necesarios para el acceso y ejercicio de su actividad.
- Presentar toda la documentación y solicitudes necesarias.
- Conocer el estado de tramitación de los procedimientos en que tenga la condición de interesado, y recibir la correspondiente notificación de los actos de trámite preceptivos y la resolución de los mismos por el órgano administrativo competente.
- También, se facilitará que los prestadores y los destinatarios puedan obtener a través de las ventanillas únicas de otros Estados miembros de la UE, el acceso a esta misma información y procedimientos en dichos países.

La filosofía de la Directiva es que los particulares puedan prestar actividades de servicios con libertad competitiva y ausencia de discriminación, sin interferencias administrativas, pero cuando estén en juego intereses públicos que reclamen sistemas de control, éstos en principio han de tener la intensidad mínima para conseguir el objetivo perseguido. Así se establece en el artículo 9 un régimen de autorización que impone a los Estados miembros tres requisitos: 1. no ha de ser discriminatoria para el prestador de que se trata; 2. ha de resultar necesaria por razones imperiosas de interés general; 3. ha de resultar proporcionada, lo que significa que el objetivo de interés general no pueda ser conseguido mediante una medida menos restrictiva de tal forma que sólo por causas tasadas se podrá limitar la duración de la autorización (artículos 10.2 y 11.1, respectivamente).



En Estados descentralizados como el nuestro, cada Administración Pública territorial debe adoptar medidas legislativas en virtud del reparto competencial de los artículos 148 y 149 de la Constitución.

Por otro lado la protección a los consumidores y ciudadanos debe convertirse en un elemento característico en la elaboración de los correspondientes actos legislativos de la UE situando a la ciudadanía europea en el centro de la elaboración de sus políticas, primando así la calidad en la protección a los consumidores y ciudadanos en el sector de los servicios, en particular en lo que respecta a los aspectos de control y supervisión por los Estados Miembros garantizando la seguridad e integridad de los ciudadanos-usuarios sin menoscabar los principios de libre prestación de servicios y libre circulación de personas,.

Por otro lado, es conveniente señalar la advertencia recogida en el “Informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios. Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor”, donde se indica que “la transposición de la Directiva relativa a los servicios no puede servir de pretexto para la desregulación o la privatización en los Estados miembros. Si un Gobierno quiere llevar a cabo una desregulación, también tiene que asumir la responsabilidad de sus propias acciones”. De lo que resulta que:

1. Las Administración Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalente o comparables, por su finalidad a aquellos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro.
2. Todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios:
  - a) No ser discriminatorios.
  - b) Estar justificados por una razón imperiosa de interés general.
  - c) Ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general.
  - d) Ser claros e inequívocos.
  - e) Ser objetivos.

- f) Ser hechos públicos con antelación
  - g) Ser transparentes y accesibles.
3. El acceso a una actividad o su ejercicio se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación.”

Por todo lo anteriormente mencionado, y por lo que a Castilla-La Mancha se refiere, la transposición de la Directiva se plasma en:

**6.1. Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior.**

Con pleno respeto de la legislación básica estatal para su transposición, que también habrá de ser tenida en cuenta cuando afecte a sectores de actividad en los que la Comunidad Autónoma no tiene competencias exclusivas por el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (Ley Orgánica 9/1982, de 10 de agosto).

**Las leyes que se modifican por la Ley 7/2009 son:**

- Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha: Arts. 29; 31.
- Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal sostenible de Castilla-La Mancha: Art. 8.
- Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha: arts. 32 (añade párrafo); 41. 3. j) (añade) 41. 3. k) (añade).
- Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha: Arts. 3. d) y e); 9; 10. 5 (añade); 11. d); 13; 25; 27; 32; Título VI (suprime); 49; 50. 1; 61. 3; 62. 1, 2, 3 y 10(suprime); 63.1; 63. 5 (añade); 65; 66.1; 69 a) y b).
- Ley 2/1997, de 30 de mayo, de Actividades FERIALES de Castilla-La Mancha: Arts. 1; Capítulo II; art. 5; 7; 8 (suprime); 9. 1; 15; 17 b); 18; 19.

La Ley 7/2009 responde a la necesidad de que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de adaptar sus normas con rango de ley a la Directiva. Consta de cinco artículos, dos disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales:

- a) La disposición adicional segunda se refiere al sistema de notificación a la Comisión Europea de proyectos de normas que puedan estar afectados por la Directiva.
- b) La disposición transitoria tercera establece la obligación para los órganos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que gestionen registros de prestadores de servicios, de adoptar las medidas necesarias para adecuar sus inscripciones a las prescripciones de esta Ley.
- c) La disposición derogatoria única deja sin vigor cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la Ley.
- d) La disposición final primera contiene una habilitación normativa al Consejo de Gobierno para adaptar la normativa vigente de rango reglamentario afectada por la modificación de las leyes que en este momento se aborda.
- e) Por último, la disposición final segunda dispone la entrada en vigor de la presente Ley el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

Las modificaciones que hace en las diferentes leyes que antes se dicen podemos sintetizarlas en las siguientes:

*6.1.1. Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha.*

Suprime el procedimiento administrativo de autorización de los órganos de gestión para la representación, defensa y promoción de las figuras de calidad agroalimentarias, entendiéndose que estos órganos son las agrupaciones de productores o transformadores, o la persona física o jurídica que soliciten el reconocimiento de la figura de calidad agroalimentaria.

Dichos órganos de gestión serán preceptivos en las siguientes figuras de calidad:

- a) Las denominaciones de origen e indicaciones geográficas protegidas.
- b) Los vinos de calidad producidos en regiones determinadas, excepto los vinos de pago con menos de 5 operadores.
- c) Las bebidas espirituosas con indicación geográfica.

Excepcionalmente, cuando no exista órgano de gestión, corresponderá a la Consejería competente en materia agroalimentaria realizar las funciones de dichos órganos, excepto en el caso de los vinos de calidad que corresponderá al Comité de Gestión del Instituto de la Vid y el Vino de Castilla-La Mancha (IVICAM).

#### *6.1.2. Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.*

Regula la aplicación de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia a los procedimientos de concesión y autorización para actividades de servicios que vayan a realizarse en montes demaniales. Asimismo, introduce la limitación de la duración de estas concesiones y autorizaciones, sin que se dé lugar a renovaciones automáticas ni a ventajas a favor del anterior titular o personas especialmente vinculadas con él. Sustituye la autorización para la ocupación de instalaciones desmontables vinculadas a una actividad de servicios que sean necesarias para el ejercicio de las actividades complementarias.

#### *6.1.3. Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha.*

Introduce la declaración responsable, reduciendo con ello las cargas administrativas al quedar eliminado el expediente de ocupación correspondiente a dichas instalaciones.

La declaración responsable deberá presentarse con un periodo mínimo de antelación de quince días, para que la Consejería competente en la materia pueda comprobar la compatibilidad de la instalación desmontable con lo establecido en el artículo 4 de esta Ley.

Añade la sanción por la no presentación de declaración responsable o el incumplimiento de las previsiones contenidas en la declaración responsable para el ejercicio de una determinada actividad o de las condiciones impuestas por la administración para el ejercicio de la misma. Así como la inexactitud, falsedad u omisión de los datos, manifestaciones o documentos que se incorporen o acompañen a la declaración responsable.

*6.1.4. Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha.*

Elimina la previa autorización administrativa para el ejercicio de actividades turísticas, que impliquen la instalación de establecimientos, sustituyéndola por una declaración responsable que reúna todos los requisitos legales y reglamentarios para el ejercicio de la actividad, constituyendo un instrumento para el control a posteriori de la administración en su labor inspectora. Se establece la obligación de comunicar previamente las modificaciones y reformas que afecten a la clasificación de los establecimientos y cambios de titularidad de la actividad.

Las particularidades más significativas podemos citar la del:

- *Artículo 13.* relativo al Registro de Empresas y Establecimientos Turísticos, estableciendo que el registro tiene naturaleza administrativa y de carácter público y servirá para disponer de un censo de las empresas y actividades turísticas que ejerzan su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.
- *Artículo 27* regula el Registro de Profesiones Turísticas el que se inscribirán los guías de turismo y otras profesiones reguladas previa habilitación administrativa, en los términos que se establezcan reglamentariamente. La inscripción constituirá prueba fehaciente de la habilitación administrativa preceptiva”.
- *Artículo 32*, define al usuario turístico que será cualquier persona física o jurídica, que utilice o desee utilizar un servicio que ofrezcan las empresas turísticas o los profesionales turísticos.
- *Artículo 50*, establece que serán sujetos responsables de

- las infracciones administrativas a) Las personas físicas o jurídicas titulares de las empresas, establecimientos, actividades o profesiones turísticas, a cuyo nombre figure la declaración responsable, la autorización, título o habilitación administrativos que resulten, en su caso, preceptivos para el ejercicio de la actividad, o conste en el registro correspondiente. b) Las personas físicas o jurídicas que, no habiendo presentado la declaración responsable, careciendo de autorización, título, habilitación o inscripción, realicen cualquier clase de actividad turística que los requiera.
- Establece nuevas tipificaciones de las infracciones en el *artículo 62*, así como los tipos de sanciones administrativas en el *artículo 65* que serán:
    - Apercibimiento.
    - Multa.
    - Suspensión del ejercicio de la profesión o actividad turística.
    - Clausura del establecimiento turístico, temporal o definitivo.
    - Privación de validez y eficacia de la declaración responsable.
    - Revocación de la habilitación administrativa para el ejercicio de la actividad turística y de la autorización administrativa de los Centros Recreativos Turísticos.”

Estableciendo el catálogo de sanciones en el *artículo 66*:

- a) Las infracciones leves:
- b) Apercibimiento.
- c) Multa hasta 600 euros.

6.1.5. *Ley 2/1997, de 30 de mayo, de Actividades FERIALES de Castilla-La Mancha.*

Suprime la autorización previa para organizar ferias de carácter comercial y la sustituye por comunicación previa a la celebración de cualquier actividad ferial.

Se recoge en el *artículo 5*:

1. La comunicación previa a la fecha en que pretenda realizarse.
2. La duración de las actividades feriales de carácter comercial no podrá exceder de quince días naturales consecutivos, ni ser su periodicidad inferior a un año, salvo que concurran motivos de especial interés económico o social.
3. Mediante Orden de la Consejería competente en materia de comercio interior se establecerá el modelo de comunicación, en donde se identifique la entidad organizadora y los datos de la actividad ferial: nombre, fechas de celebración de la actividad, sector comercial, lugar de celebración y, en su caso, realización o no de venta directa”.

El *artículo 15* determina que son sujetos responsables aquellos que por acción u omisión hubieren participado en la comisión de las mismas

El *artículo 18* establece como Infracciones graves.

- a) La falta de veracidad en los datos y documentos comunicados a la administración para la calificación de la actividad ferial.
- b) El uso indebido de la denominación “feria comercial oficial” para muestras carentes de tal carácter.
- c) La celebración de actividades feriales en recintos o instalaciones que no cumplan los requisitos establecidos en la presente Ley y disposiciones que la desarrollen.
- d) No atender a los requerimientos efectuados por la administración en orden a la subsanación de defectos observados en la celebración de la actividad ferial.

- e) La obstrucción a la labor inspectora.
- f) Las que supongan un incumplimiento de las prescripciones establecidas en esta Ley o en las disposiciones que la desarrollen, siempre que de aquél se derive un perjuicio de carácter económico y no puedan ser calificadas como muy graves.
- g) La reincidencia en la comisión de infracciones leves en el período de dos años”.

1. Como infracciones muy graves señala el artículo 19 como tales:

- a) La exclusión injustificada de expositores en una feria.
- b) Las que supongan incumplimiento de las prescripciones establecidas en esta Ley o en las disposiciones que la desarrollen, siempre que de aquél se deriven alteraciones de orden público o un considerable perjuicio para el interés general.
- c) La reincidencia en la comisión de infracciones graves en el periodo de un año”.

#### *6.1.6. Ley 4/1999, de 31 de marzo, del Juego de Castilla-La Mancha.*

En los juegos de suerte, envite o azar, elimina el actual régimen de autorizaciones administrativas previas para la organización y celebración de combinaciones aleatorias gratuitas con fines publicitarios, las máquinas de tipo A o recreativas y los salones recreativos.

#### **6.2. Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha.**

Dada la extensión de esta ley tan solo hemos de fijarnos en su la Exposición de Motivos que se dice que:

El artículo 31.1.11<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 3/1997, atribuye competencia exclusiva a la Comunidad Autónoma en materia de comercio, ferias y mercados interiores. Paralelamente, el artículo 32.6 del mencionado Estatuto, otorga a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y



ejecución en materia de defensa del consumidor y usuario, debiendo realizarse el ejercicio de estas competencias conforme a las bases fijadas por el Estado para la planificación de la actividad económica general, en aras de un desarrollo regional y sectorial equilibrado y armónico, en los términos establecidos, por la Constitución Española en sus artículos 131, y 149.1.1ª, 13ª y 18ª. Por otro lado, es preciso señalar que la competencia exclusiva autonómica en materia de comercio cohabita con la competencia exclusiva del Estado en lo que se refiere a la legislación mercantil y civil, de acuerdo con lo establecido por la Constitución Española en su artículo 149.1 reglas 6ª y 8ª.

Por ello, el desarrollo normativo que constituye la nueva Ley de Comercio de Castilla-La Mancha, estará determinado por la existencia de una pluralidad de títulos competenciales concurrentes con el de comercio interior y por la normativa a que ha de ajustarse su regulación, recogida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y conforme a la interpretación recogida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista sienta las bases para una armonizada legislación que permita a todos los actores de este sector concurrir en condiciones de libertad y lealtad al mercado, tal y como establece nuestro texto constitucional en sus artículos 38 y 139.2, garantizando siempre los derechos de los consumidores y usuarios conforme al artículo 51 CE.

Es preciso señalar que la forma jurídica de este instrumento normativo viene determinada por el principio de reserva de ley que establece la Constitución para el ejercicio de la libertad de empresa y para la regulación del comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Sobre esta base jurídica, las Cortes Regionales aprobaron la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha, que ha constituido hasta la fecha el marco jurídico regulador de la actividad comercial minorista en Castilla-La Mancha, adaptado éste al ámbito territorial, marco estatutario, estructura organizativa y competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, objeto modificaciones, a través de la Ley 13/2000, de 26 de diciembre, y de la Ley 1/2004, de 1 de abril, que incorporaban las modificaciones operadas en la legislación básica estatal y los cambios operados por el dinamismo de la actividad y la evolución de las prácticas y usos comerciales.

En este mismo sentido, es preciso señalar el establecimiento

del nuevo marco jurídico comunitario, resultado de la aprobación de la Directiva 2006/123/CE que contiene una serie de disposiciones que obligan a los estados miembros a identificar y remover, con carácter general, de toda su legislación, todos aquellos requisitos y formalidades excesivamente gravosos que obstaculicen la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en el ámbito del mercado interior. Esta circunstancia afecta particularmente al régimen de autorizaciones administrativas, de manera que dicha autorización se reserva exclusivamente a los supuestos en que esté justificada por una “razón imperiosa de interés general”, y el objetivo perseguido no pueda ser logrado mediante una medida menos restrictiva.

Por otro lado, la ley, también, responde a una necesidad desde el punto de vista macro y microeconómico. La promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico, así como la atención a la modernización de los diferentes sectores económicos son responsabilidades constitucionalmente atribuidas a los poderes públicos. La norma suprema también reconoce en su artículo 38 la libertad de empresa y la obligación de los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio. Teniendo en cuenta estas circunstancias, no pueden ser desatendidos el diagnóstico y las recomendaciones de diversos organismos internacionales, como el Fondo Monetario Internacional (FMI) o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que señalan las numerosas barreras a la competencia existentes. En este mismo sentido, la Comisión Europea, a través de sus informes anuales de evaluación del plan nacional de reformas español en el marco de la Estrategia de Lisboa, ha instado a las autoridades de nuestro país a centrarse en el objetivo de incrementar la competencia de los mercados minoristas. Por último, el Banco de España, en su reciente documento de trabajo sobre la evolución de la regulación del comercio minorista en España, se ha referido a la numerosa literatura económica que ha puesto de manifiesto el impacto que las restricciones impuestas por la normativa comercial tienen sobre distintas variables económicas como el empleo, los salarios, la productividad del sector, o incluso los precios.

Castilla-La Mancha, al igual que en el resto de España, ha experimentado a lo largo de los últimos años un notable desarrollo del comercio en general y del comercio minorista en particular lo que supone un incremento en los niveles de consumo y por ello se requiere fortalecer la economía de la región, de su sociedad, y que la labor que desempeñan los comerciantes se encuentre regulada dentro de unas normas claras y precisas que permitan a todos concurrir en igualdad al mercado conforme al principio de la leal y libre competencia, recojan los cambios que se han

producido en nuestra sociedad y se anticipe a las necesidades futuras del sector y a las innovaciones que vayan demandando los consumidores y usuarios.

Por todo ello la nueva Ley tiene por objeto el establecimiento de un nuevo marco jurídico para el desarrollo de la actividad comercial en Castilla-La Mancha, con el fin de contribuir a la modernización de los procesos, infraestructuras, equipamientos, prácticas y estrategias comerciales que fomente una oferta comercial vertebrada, amplia, diversa y evolutiva, capaz de adaptarse a la dinámica y cambiante realidad que impone una economía abierta y global y al empleo creciente de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, al mismo tiempo que busca corregir los desequilibrios que pudieran existir entre los diferentes actores del sector.

Se busca garantizar que las necesidades de los consumidores sean satisfechas adecuadamente y se minimicen los potenciales impactos negativos que, sobre el territorio, el patrimonio histórico-artístico y el medioambiente, pueda suponer la implantación de una gran superficie comercial; para ello se plantea la exigencia de un informe autonómico comercial que analice estos proyectos asegurando que sistemas de distribución, buenas prácticas comerciales, en un escenario de libre competencia, presten el mejor servicio, en las mejores condiciones al consumidor (precios, de la calidad de los productos, de la atención y servicio, etc.).

Para lograr los objetivos marcados, la ley contempla la simplificación de diversos procedimientos y suprime aquellas trabas administrativas que se han considerado redundantes o innecesarias, buscando reducir la carga administrativa

En cuanto al contenido propiamente dicho, la ley se articula a través de seis títulos. En el *Título I* se delimita el objeto de esta Ley, la regulación administrativa del comercio, así como su ámbito de aplicación, con exclusión de aquellas actividades comerciales sometidas a legislaciones específicas, y se realiza la definición normativa de varios conceptos relativos al sector, como son la actividad comercial, minorista y mayorista, y los establecimientos comerciales.

Asimismo, se pretende potenciar la colaboración de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con entidades públicas y privadas para la consecución de la reforma, modernización, mejora de la competitividad, racionalización y creación de empleo en el sector.

En el *Título II* se define el concepto de gran establecimiento comercial y el informe preceptivo vinculante que emite en materia de comercio la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para su instalación, ampliación o traslado.

En cumplimiento de la citada Directiva de Servicios y de lo previsto en el artículo 6.1 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que tiene carácter básico, queda justificada la participación preventiva de la Administración Autonómica, a través de un informe preceptivo y vinculante integrado en un único procedimiento, para la apertura, traslado o, en su caso ampliación de aquellos establecimientos comerciales que dispongan de una superficie útil para la exposición y la venta superior a 2.500 m<sup>2</sup>, y ello es así, porque desde un punto de vista científico a partir de dicho umbral estos establecimientos comerciales tiene un efecto supramunicipal y generan impacto ambiental y territorial por su irreversibilidad que debe ser objeto de evaluación por la Consejería competente en materia de comercio.

Por ello se ha introducido la creación de un órgano multidisciplinar en el que se integren representantes de las Consejerías con competencia sustantiva en materia del territorio, patrimonio histórico-artístico, medio ambiente y medio natural, capacitado para pronunciarse sobre las “razones imperiosas de interés general” y que presentan un interés supramunicipal que trasciende las posibilidades de control del correspondiente ayuntamiento y evitar o reducir su potencial impacto desfavorable en su ámbito de influencia.

En el *Título III* se regula el régimen de horarios comerciales, manteniéndose a grandes rasgos la regulación sustantiva establecida, en la Ley 10/2005, de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha, dada la amplia aceptación de la misma por los sectores implicados y la experiencia positiva que ha supuesto su aplicación.

En el *Título IV* se regulan las denominadas ventas promocionales, definidas en el Capítulo I, como son: las rebajas, los saldos, las liquidaciones y las ventas con precio reducido o prima, introduciendo algunos aspectos para dar mayor seguridad jurídica a los actores intervinientes, e incidiendo especialmente, en la protección del consumidor y su derecho a la información, considerando que una información veraz y correcta es imprescindible para el conocimiento exacto del alcance y características del bien, producto o servicio que se contrata.

En el *Título V* se regulan una serie de modalidades de venta o prácticas comerciales efectuadas fuera de establecimientos comerciales

que se denominan ventas especiales. Se elimina la exigencia de autorización y se sustituye por el sistema de comunicación posterior al inicio de la actividad y mediante un solo acto.

En consonancia con lo anterior, se simplifica y actualiza la regulación de las ventas a distancia y su comunicación al registro de ventas a distancia establecido en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con lo declarado en la sentencia 124/2003, de 19 de junio, del Tribunal Constitucional.

Asimismo se regula el régimen de franquicias y la coordinación con el registro constituido a tal efecto en la Administración General del Estado. En todo caso, se sustituye la inscripción en dichos registros por una obligación de comunicación a posteriori de la actividad que se realiza.

Es necesario señalar que la regulación de las diversas modalidades especiales de venta, tanto las ventas celebradas fuera de establecimiento como las promocionales, no supone configurar modalidades contractuales distintas del contrato de compraventa contemplado en las leyes civiles o mercantiles, pues en nada afecta a los elementos estructurales básicos ni introducen ningún tipo de modificación, sustancial o accidental, al citado contrato de compraventa.

Dentro de este Título, el capítulo VI se dedica al comercio ambulante, que por su importancia y por tratarse de una actividad que ha continuado creciendo y diversificándose a lo largo de estos años, hace necesario abordar una nueva regulación adaptada a las exigencias de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006. El ejercicio del comercio ambulante, por su propia naturaleza, se desarrolla en suelo público, por lo que será necesario disponer de la previa autorización de los ayuntamientos en cuyo término se vaya a llevar a cabo esta actividad por razones de orden público, protección de los consumidores, protección civil, salud pública, protección de los destinatarios de los servicios, del medio ambiente y del entorno urbano. Respetando el principio de subsidiariedad, la potestad para otorgar la autorización se atribuye al propio municipio, y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, la autorización no se podrá otorgar por tiempo indefinido.

Por último, en el *Título VI*, se regula el régimen sancionador en materia de comercio minorista, se introducen algunas modificaciones respecto de la anterior regulación, con el objeto de garantizar de una manera más eficiente el cumplimiento de las disposiciones que se

contienen en la presente Ley. De este modo se incrementa el importe de las sanciones, con la finalidad de buscar una mayor consonancia con la actual realidad económica, y lograr que este tipo de sanciones tengan un efecto disuasorio. Además, se introducen criterios de graduación para la imposición de las sanciones; concretamente se incluye como nuevo criterio la capacidad o solvencia de la empresa, lo que permitirá sin duda tener en cuenta la situación de la empresa a la hora de graduar la sanción correspondiente.

### **6.3. Ley 7/2011, de 21 de marzo, de Espectáculos Públicos, Actividades Recreativas y Establecimientos Públicos de Castilla-La Mancha.**

En la Exposición de Motivos señala la competencia exclusiva de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha sobre los espectáculos públicos y la adecuada utilización del ocio y actividades recreativas fijando las condiciones y requisitos que deben reunir los establecimientos públicos donde se celebren o realicen, que ante la generalización y diversificación de las actividades relacionadas con el ocio, requiere un tratamiento normativo adaptado a la realidad de la sociedad actual, de modo que permita conciliar su legítimo ejercicio y desarrollo con la evolución constante de sus manifestaciones y la creciente sensibilidad de la población en materias, asimismo recogidas en nuestro Estatuto de Autonomía, como la salud (artículo 32.3), la defensa de consumidores y usuarios (artículo 32.6), los ruidos y la conservación del medio ambiente (artículo 32.7), el patrimonio cultural y artístico (artículo 31.1.16<sup>a</sup>), así como los aspectos relativos a movilidad y accesibilidad (artículo 31.1 20<sup>a</sup>), cuestiones todas ellas de interés general que han de ser consideradas y valoradas suficientemente para una adecuada regulación de la materia.

La Ley se adapta a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los Servicios en el Mercado Interior; a lo establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del Comercio Minorista, así como a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por tratarse de legislación básica dictada por el Estado para la transposición de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior.

Establece que para la celebración o desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como la apertura de los establecimientos públicos en que se llevan a cabo, es necesario formular declaración responsable, cumpliendo así con la regulación de libertad de establecimiento del artículo 4 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Asimismo, la ley limita la aplicación del régimen de licencia o autorización municipal y autorización de la Junta de Comunidades en determinados casos, cuando el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, como es la declaración responsable, dado que el control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz cuando se precise por concurrir razones imperiosas de interés general que contempla la Directiva de Servicios, en su artículo 9.1.b), de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que son orden público, seguridad pública, protección civil, salud pública, protección de los consumidores, de los destinatarios de los servicios y de los trabajadores, protección del medio ambiente y del entorno urbano y la conservación del patrimonio histórico y artístico.

De este modo, el artículo 7 de la Ley establece que para la celebración o desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas, así como para la apertura de los establecimientos públicos bastará formular una declaración responsable delimitando los supuestos que precisan licencia o autorización previa por la superación de un determinado aforo y otros criterios de seguridad para las personas y los bienes, cuestiones esenciales a tener en cuenta en esta materia. Se contempla también la exención de licencia municipal en determinados supuestos en que concurre alguna de las circunstancias siguientes: organización por el Ayuntamiento con motivo de fiestas y verbenas populares, espectáculos públicos y actividades recreativas de interés artístico o cultural con un aforo reducido o cuando el establecimiento público sea de titularidad del propio Ayuntamiento.

La Ley regula el régimen jurídico aplicable basándose en criterios que delimitan el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes, para eludir la arbitrariedad, caracterizándose por no ser discriminatorios, estar justificados por razones imperiosas de interés general, ser proporcionados al objetivo de interés general perseguido, ser claros, inequívocos, objetivos, ser hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles. La autorización deberá concederse una vez se haya determinado, a la vista de un examen adecuado, que se cumplen las condiciones para obtenerla. De conformidad con el artículo 6 de

la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, referido a los procedimientos de autorización, se contempla un régimen de silencio positivo en el artículo 10.2.

La Ley consta de 56 artículos, agrupados en cinco títulos, cuatro disposiciones transitorias y cuatro disposiciones finales, además de un anexo en el que se recoge el Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

El *Título Preliminar Disposiciones Generales*, establece el objeto de la ley incorporando definiciones de los tres conceptos básicos a efectos de la misma: espectáculo público, actividad recreativa y establecimiento público, así como el ámbito de aplicación y exclusiones, la incorporación de un catálogo de carácter no exhaustivo como anexo y las prohibiciones.

El *Título I Declaraciones responsables, autorizaciones y licencias*, consta de cinco capítulos, destinados a regular el régimen competencial delimitando las competencias entre la Comunidad Autónoma y los Ayuntamientos de la región y las correspondientes relaciones de cooperación y colaboración en el primero de ellos; el régimen general de declaraciones responsables, autorizaciones y licencias, la obligación de resolver y su plazo, las autorizaciones y licencias en edificios de valor cultural cuyas características arquitectónicas no permitan el pleno cumplimiento de las condiciones técnicas establecidas con carácter general, otras licencias, la publicidad de las declaraciones responsables, licencias y autorizaciones y el derecho de información en el Capítulo segundo; la declaración responsable para los establecimientos públicos sometidos a ella en el Capítulo tercero; el régimen de licencia para los establecimientos públicos sujetos a ella y su procedimiento en el cuarto; las instalaciones eventuales, los espacios abiertos y la vía pública se contemplan en el quinto.

El *Título II Organización y desarrollo de espectáculos públicos y actividades recreativas*, consta de cinco capítulos:

El primero sobre condiciones y requisitos de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos así como los seguros y las obligaciones de vigilancia y control de acceso; el segundo relativo a los organizadores, su registro y las obligaciones correspondientes; los artistas son objeto de regulación diferenciada en el tercer Capítulo; la protección de consumidores y usuarios relacionando los derechos de espectadores y asistentes así como sus obligaciones, la regulación del derecho de admisión y la protección de los menores constituyen el cuarto Capítulo; siendo objeto del quinto Capítulo las



cuestiones propias de la celebración de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, mediante el establecimiento de un régimen de horarios, la regulación de la publicidad, de las entradas y su venta.

El *Título III referido a la Comisión Regional de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de Castilla-La Mancha*, versa sobre la creación, funciones, composición, organización y funcionamiento de este órgano consultivo de estudio, coordinación y asesoramiento en cuyo seno se encuentran representados todos los sectores sociales, económicos y administrativos afectados.

El *Título IV regula la materia de vigilancia, inspección y régimen sancionador*, y consta de dos capítulos, dedicando el primero a la actividad inspectora, las actas de inspección, las multas coercitivas, las medidas provisionales previas a la apertura del expediente y las medidas provisionales inmediatas; el segundo regula el régimen sancionador y dedica la sección primera a la tipificación de las infracciones administrativas, clasificadas en muy graves, graves y leves, determinando igualmente la responsabilidad en la comisión de las mismas. La sección segunda establece las sanciones correspondientes, diferenciando entre sanciones pecuniarias y no pecuniarias, así como su graduación.

La prescripción tanto de infracciones como de sanciones es objeto de la sección tercera, quedando para la sección cuarta la delimitación de la competencia para el ejercicio de la potestad sancionadora, donde además se establece el procedimiento sancionador, la suspensión del mismo en caso de infracciones penales y la regulación de las medidas provisionales.

La disposición transitoria primera establece un régimen transitorio de aplicación. La disposición transitoria segunda se refiere a las licencias y autorizaciones en tramitación. La disposición transitoria tercera trata de la aplicación de la ley a los prestadores de servicios ya autorizados o habilitados con anterioridad a su entrada en vigor. La disposición transitoria cuarta está referida a los expedientes sancionadores abiertos. La disposición final primera habilita para el desarrollo y aplicación de la ley. En la disposición final segunda se establece el plazo para realizar el desarrollo reglamentario. En la disposición final tercera se prevé la posibilidad de actualizar las cuantías de las sanciones. En la disposición final cuarta se establece que la entrada en vigor de la ley se produce a los veinte días siguientes al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

Finalmente se incorpora un anexo con el Catálogo de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos.

Podemos resaltar de esta ley entre otros los siguientes artículos:

El *Artículo 14* sobre obtención de información por los interesados de las Administraciones Públicas sobre la viabilidad y requisitos de las declaraciones responsables, licencias y autorizaciones que resulten necesarias para el desarrollo de las actividades que pretendan realizar, extendiéndose a la comunicación de los datos de contacto de las autoridades competentes, los medios y condiciones de acceso a registros y bases de datos, las vías de recurso que procedan y los datos de asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los organizadores de espectáculos públicos o actividades recreativas pueden dirigirse para obtener ayuda práctica.

El Capítulo II, artículos 23 y 24 relativo a los organizadores de espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos: organizadores, registro y obligaciones

*Artículo 23. Organizador* de espectáculos públicos y actividades recreativas serán las personas físicas o jurídicas inscritos en el registro que de forma habitual u ocasional asuman frente a la Administración y el público las responsabilidades y obligaciones señaladas en esta Ley y en las disposiciones reglamentarias de desarrollo.

*Artículo 24. Registro de organizadores y establecimientos* de espectáculos públicos o actividades recreativas en los Ayuntamientos manifestando:

a) Las personas físicas o jurídicas que organicen espectáculos públicos o actividades recreativas.

b) Los establecimientos a los que se haya otorgado licencia, o sobre los que se haya recibido declaración responsable, con mención, al menos, de sus titulares, denominación, emplazamiento, actividad y aforo, así como las fechas de otorgamiento de la licencia o de inicio de actividad, según corresponda.

Los Ayuntamientos comunicarán al órgano de la Administración de la Comunidad Autónoma competente los asientos que practiquen en el registro debiendo fijarse por Reglamento los requisitos formales de la notificación y plazos para realizar la misma, creándose para ello el Registro Autonómico de Organizadores y Establecimientos Públicos.

El Capítulo IV regula la Protección de consumidores y usuarios, fijando en el *artículo 27* un listado de derechos de espectadores y asistentes sin perjuicio del Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU) siendo éstos:

- a) Derecho a que el espectáculo o la actividad recreativa se desarrolle en su integridad, en la forma y condiciones que hayan sido anunciadas por la empresa.
- b) Derecho a la devolución de las cantidades pagadas, en los casos de modificación o suspensión del espectáculo o actividad recreativa anunciada, a tenor de las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan, sin perjuicio de lo previsto en la normativa de aplicación a cada espectáculo o actividad recreativa.
- c) Derecho a que la empresa les facilite las hojas de reclamaciones para hacer constar en ellas la reclamación que estimen pertinente.
- d) Derecho a ser admitido en el establecimiento público en las mismas condiciones objetivas que cualquier otro usuario, dentro de las limitaciones que tenga establecidas la empresa en el ejercicio del derecho de admisión, siempre que la capacidad del aforo lo permita y no concurra alguna de las causas de exclusión que por razones de seguridad o alteración del orden se determinen reglamentariamente.
- e) Derecho a ser informado, en el acceso, sobre las condiciones de admisión.
- f) Derecho a recibir un trato respetuoso y no arbitrario ni discriminatorio.
- g) Derecho a ser informado sobre las vías de evacuación que determine el Plan de Autoprotección, si procede, o las que se determinen en aplicación de la legislación y normativa vigentes para situaciones de emergencia, en su caso.

Y por otra parte regulando las obligaciones de espectadores y

asistentes en el *artículo 28*, y el derecho de admisión en el *artículo 29*, a saber:

*Artículo 28. Obligaciones de espectadores y asistentes*

1. Los espectadores o asistentes a los espectáculos y actividades recreativas, así como los clientes de los establecimientos públicos, tienen las siguientes obligaciones:

- a) Ocupar sus localidades o permanecer en las zonas que, en cada caso, la empresa señale para el público, sin invadir las zonas destinadas a otros fines.
- b) Respetar la prohibición de fumar en los establecimientos dedicados a espectáculos y actividades recreativas en los términos previstos en la normativa vigente al respecto.
- c) Abstenerse de portar armas, otros objetos que puedan usarse como tales o material pirotécnico, así como exhibir símbolos, prendas u objetos que inciten a la violencia o supongan apología de actividades contrarias a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y, en particular, que inciten al racismo, la xenofobia o la discriminación.
- d) Cumplir los requisitos o normas de acceso y admisión establecidos con carácter general por el organizador dentro de los límites marcados por la ley.
- e) Abstenerse de acceder al escenario o lugar de actuación de ejecutantes o artistas, salvo que esté previsto por el desarrollo del propio espectáculo.
- f) Cumplir las instrucciones y normas particulares establecidas por la empresa para el desarrollo del espectáculo o actividad.
- g) Respetar el horario de cierre.
- h) Respetar las instrucciones que reciban y actuar de conformidad con las mismas en situaciones de emergencia, si estas se produjesen.

2. Asimismo, el público tendrá la obligación de evitar cualquier tipo de acciones que puedan crear situaciones de peligro o incomodidad para el resto del público o del personal de la empresa o dificulten el desarrollo del espectáculo o actividad.

3. La empresa podrá adoptar sus propias medidas preventivas para, en el marco de los derechos constitucionales, asegurar el correcto desarrollo del espectáculo, actividad recreativa o uso del servicio que se ofrece en los términos establecidos en esta Ley. Cuando la empresa observe el incumplimiento de las obligaciones expuestas, solicitará el auxilio de los agentes de la autoridad, quienes podrán disponer, en su caso, el desalojo de los infractores, sin perjuicio del ejercicio de las acciones legales que pudieran corresponder.

#### *Artículo 29. Derecho de admisión*

1. Los titulares de los establecimientos destinados a la realización de espectáculos públicos y actividades recreativas podrán establecer condiciones objetivas de admisión que, en ningún caso, deberán ser contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución Española y las leyes, implicar algún tipo de discriminación o situar al usuario en condiciones de inferioridad, indefensión o agravio comparativo.

2. Asimismo, dichas condiciones deberán figurar en lugar visible en los accesos de los establecimientos públicos y, en su caso, en las taquillas y en todos los puntos de venta de entradas o localidades. También deberán figurar, de forma fácilmente legible, en la publicidad o propaganda del espectáculo o actividad recreativa de que se trate. En las correspondientes localidades o entradas se incluirá la siguiente frase: “Reservado el derecho de admisión”.

Por último es de destacar el *artículo 30* que contempla un régimen de protección del menor fijando limitaciones para el acceso y permanencia de los menores de dieciocho años en espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos sobre juego, discotecas y asimilados sin autorización para sesiones “light” o para menores mayores de catorce años, y entrada en bares especiales, con la prohibición, en todo caso de venderles o suministrarles bebidas alcohólicas o tabaco debiendo velar por dicho cumplimiento el personal responsable del mismo y del mismo modo, que dichos espectáculos no pongan en riesgo la integridad física, psíquica o moral de los menores de edad.

## 7. VALORACIÓN PERSONAL DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA LABORAL/ PROFESIONAL.

Los principios y objetivos perseguido por la Directiva 2006/123/CE se recogen en la exposición de motivos de la misma. La libre circulación de servicios, la libertad de establecimiento como uno de los puntos a desarrollar dentro del marco de la “estrategia Lisboa”, tal como ha sido objetivo de la Unión Europea desde su creación, allá por 1950 con el Tratado de Roma, y que ha sido objeto de cuantiosa jurisprudencia por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Asunto Cassis de Dijon, Kraus, Papillon etc.) eliminando las barreras que impiden el logro de esos objetivo, sin perder el horizonte de forjar una Europa equilibrada, respetuosa con el desarrollo sostenible, la no discriminación, igualdad entre sexos, el pleno empleo y la mejora del nivel de vida, la cohesión económica y la solidaridad entre los Estados Miembros.

No ha de perderse de vista que Europa está constituida en su inmensa mayoría de pequeñas y medianas empresas (PYMES) y que los servicios representan el 70% del PIB europeo, así como que, muchos Estados Miembros impiden la competitividad de éstas en el mercado comunitario debido a los excesivos y costosos trámites administrativos que permitan a este tipo de empresas captar mercados más allá de sus fronteras nacionales. Así, la competitividad entre empresas, o al menos este es el propósito buscado, permitirá a los consumidores un mayor acceso a servicios, más posibilidades de elección a precios, a priori, más bajos.

Se persigue no sólo competitividad a nivel europeo, sino también frente a las grandes potencias, y de manera muy significativa al mercado chino que se ha ido introduciendo en nuestros propios países y que es más competitivo, ofertando bienes y servicios de prestaciones similares a las europeas pero a precio significativamente menor.

Todos ello, en todo caso, se llevará a cabo respetando y preservando los servicios públicos, derechos sociales y laborales internos de cada Estado. Por ello, la apertura de los mercados no va a suponer una merma de los derechos adquiridos y que entre Estados pudieran diferir, circunstancia esta última que creo que es merecedora, aunque breve, de un pequeño comentario, toda vez que estuvo muy a la orden del día y recibió numerosas protestas principalmente en países como Bélgica, donde al igual que España la semana laboral tiene un número máximo

de horas (en particular 40 horas en nuestro país), mientras que por el contrario, otros países europeos, caso de Polonia, no tenían restricciones laborales, pudiéndose generar la denominada competencia desleal que se plasmó con la figura gráfica del “fontanero polaco”; lo que no es otra cosa que el temor actual existente a que los países europeos del este, herederos de una dictadura soviética, pudieran acceder a los mercados de terceros Estados miembros en circunstancias más beneficiosas. Ello ha sido en reiteradas ocasiones desmentido puesto que el establecimiento de las empresas en otro Estado no permite al operador que se establece de forma permanente para prestar servicios en otro Estado regirse por la leyes y normas sociales de su país de origen, sino que ha de respetar y cumplir con la normativa interna del país en que se instala, por ser un principio básico del mercado interior.

Todavía ahora mucha información se refiere erróneamente a esa directiva sin tener en cuenta que sólo se aplica a las empresas que presten servicios sin establecimiento permanente. Aunque también contenga disposiciones que faciliten esa instalación, en ese caso está claro que la legislación que se aplica es la del país de destino.

Para lograr estos propósitos, la Directiva incide sobre la simplificación de procedimientos, la eliminación de obstáculos a las actividades de servicios y la promoción de la confianza recíproca entre los Estados miembros y entre los prestadores y consumidores europeos. En consecuencia, el proceso de trasposición, no sólo implica la adopción de reformas legislativas concretas, sino que también conlleva la aplicación de medidas prácticas de tipo administrativo como, por ejemplo, la tramitación electrónica de procedimientos, o la creación de ventanillas únicas para los prestadores de servicios. Iniciativas que, en último extremo, contribuyen también a acelerar la modernización de la Administración, reduciendo sus costes y facilitando el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y ciudadanos en general.

Por lo que se refiere al punto de vista profesional, la Directiva a través de su transposición al Ordenamiento Jurídico Español ha obligado a una reestructuración de los Colegios Profesionales, y en particular a los Colegios de Abogados y de Procuradores, puesto que la libertad de establecimiento y servicios, así como la supresión de trámites administrativos innecesarios está dando como resultado un abaratamiento de las cuotas de colegiación de los mismos, pero igualmente se está infundiendo el temor de que los Colegios Profesionales pierdan la autonomía de la que hasta ahora gozaban como consecuencia de dicha directiva.

Todo ello, supone la necesidad de un cambio de mentalidad, una apertura de miras hacia un horizonte quizá, cada vez más extranjero – comunitario, esto es, la necesidad de captar mercado fuera del territorio nacional, lo que supondrá el esfuerzo por parte de los que somos juristas de tener que aprender otros derechos más allá del español y hasta del comunitario si queremos ampliar mercados, aunque muy a nuestro pesar, los profesionales del Derecho de toda la Unión Europea, somos, aquí también me incluyo, muy reacios a tener que ponernos a estudiar la legislación de terceros Estados, con la dificultad añadida de tener que aprender además el idioma de dicho Estado, lo que, si bien se nos va a permitir el ejercicio profesional en mercados como Polonia, Alemania, Francia o Bélgica, del mismo modo ello va a conllevar conocer los distintos matices existentes entre los ordenamientos jurídicos de dichos Estados y el español y por otra parte, el profesional español que vaya a querer ejercer en dichos Estados va a tener que conocer el idioma, alemán, polaco, francés, etc., pero no tanto a nivel usuario, que también, sino a nivel profesional y, en el caso enunciado, desde el punto de vista jurídico.

La Directiva igualmente propone la mejora de la calidad de los servicios, protegiendo y reforzando los derechos de los consumidores y usuarios, eliminando requisitos y trámites que se compensará con una monitorización más próxima por parte de las autoridades de la prestación de servicios que realizan las empresas y de las evaluaciones independientes (por ejemplo a través de normas de *soft law*, como las que lleva a cabo los diferentes órganos de la UE, que formulan recomendaciones a empresas bajo el principio de cumplir o explicar).

La información y la transparencia también están llamadas a jugar un papel más visible. En este sentido, los ciudadanos podrán acceder, a través de la ventanilla única, a información sobre los prestadores (nombre, forma jurídica, dirección y, en su caso, autorización), vías de reclamación, autoridades competentes, asociaciones de consumidores, etc., Además, los prestadores deberán dar respuesta a las reclamaciones presentadas en el plazo máximo de un mes.

### **7.1. ¿Cómo afectará todo ello a las empresas españolas?**

Todas las medidas anteriores representan para las empresas españolas de servicios nuevas facilidades legales y administrativas para su establecimiento en la Unión Europea, lo que se traduce en oportunidades de inversión, ya sea inversión española en el extranjero con la intención



de promover y exportar servicios, o inversión extranjera en España.

De esta medida se prevé que los principales beneficiarios sean las pequeñas y medianas empresas, debido a varios factores entre los que cabría destacar su menor escala.

## 7.2. ¿Cuándo se apreciarán los efectos de la Directiva?

Si bien las modificaciones legales y administrativas se percibirán a corto plazo, los impactos positivos tendrán lugar, previsiblemente, en el medio y largo plazo ya que la transposición en cada Estado miembro ampliará el tamaño de su mercado de servicios.

## 7.3. Efectos positivos de la Directiva Bolkenstein.

- 1.- Posibilidad para las agencias de viajes españolas de establecerse en otros países de la Unión Europea.
- 2.- Eliminación de trámites administrativos innecesarios
- 3.- Creación de Ventanilla Única: recogería los requisitos necesarios para la prestación de servicios en cualquier país de la Unión.

## 8. BIBLIOGRAFÍA.

- **BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano:** *La ordenación del mercado interior. El modelo económico en la Constitución española.* Volumen colectivo: Estudios dirigidos por Fernando Garrido Falla. Tomo I. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, pág. 289.

- **BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto:** *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil.* Volumen colectivo. Lecturas sobre la Constitución española. Tomo II coordinado por Tomás R. Fernández-Rodríguez. Facultad de Derecho. UNED, 1ª Edición, Madrid, 1978, págs. 18 y 19. Ahora también recogido en Bercovitz Alberto y Bercovitz Rodrigo: Estudios jurídicos sobre la

protección de los consumidores. Tecnos, 1987, pág. 29.

- **CAZORLA PRIETO, L.M.:** *Comentarios a la Constitución:* Volumen dirigido por Fernando Garrido Falla. Editorial Cívitas, S.A.- 2ª Edición, 1985, págs. 856-857.

- **DE LA QUADRASALCEDO Y FERNANDEZ DEL CASTILLO, T.:** <<La directiva de servicios y la libertad de empresa>> *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009, pp. 46-61.

- **FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón:** <<Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo>>, *REDE* núm. 22, 2007.

- **FUGARDO ESTIVILL, Josep M.ª:** *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.*

- **GARCÍA AMIGO, Manuel:** <<El contrato en la perspectiva comunitaria>>, *Actualidad Civil*, Nº 4; 1992-1, pág. 38.

- **GÓMEZ SEGADE, José Antonio:** <<Notas sobre el derecho de información del consumidor>>. *Revista Jurídica de Cataluña*. Nº 3, Julio-Septiembre 1980, pág. 704.

- **LÓPEZ GARRIDO, Diego:** *Código de la Comunidad Europea II. Derecho derivado.* Sentencias del Tribunal de Justicia, Madrid 1992, pág. 1214 y ss.

- **MARTÍNEZ LAGE, Santiago:** *La libre circulación de mercancías: Las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas.* Volumen Colectivo: Tratado de Derecho Comunitario Europeo.- Estudio sistemático del Derecho español.- Tomo II dirigido por Eduardo García de Enterría, Julio D. González Campos y Santiago Muñoz Machado, Edit. Cívitas, 1986, pág. 87-88.

- **NOGUEIRALÓPEZ, Alba:** *Simplificación administrativa y régimen de Control previo administrativo de actividades de Prestación de servicios. ¿Hay espacio para los Derechos lingüísticos?*

- **PAREJO ALFONSO, L.:** <<La Directiva Bolkenstein y la Ley paraguas>>. *REDE* núm. 32, 2009.

- **PARRA LUCAN, M<sup>a</sup> Ángeles:** *Daños por productos y protección del consumidor*. Editorial Bosch, Barcelona, 1990, pág. 29.

- **PEDREIRA ANDRADE, Antonio:** <<Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios. Diversas vías de actuación>>. Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990, Insalud. 1992, págs. 199 y ss. Cfr.: Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección a la salud.- *Revista Actualidad Administrativa*, N<sup>o</sup> 10 - Semana 9-15 marzo 1992, págs. 101 y ss.

- **QUINTANA CARLO, Ignacio:** <<La protección del consumidor en España. Aspecto comparativo con la CEE>>. *Actualidad Civil*. N<sup>o</sup> 13. Semana 23-29-3-1987, pág. 803.

- **QUINTELA GONÍALVES, M<sup>a</sup> Teresa:** *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*, cit. pág. 82.

- **QUINTELA CONÍALVES, M<sup>a</sup> Teresa:** *La protección de los consumidores y usuarios y la Constitución española de 1978*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional del Consumo. Madrid, 1986, págs. 81 y 82.

- **RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio:** <<El impacto de la Directiva de servicios>>. *Revista Jurídica de Navarra*. Enero-Junio 2010. N<sup>o</sup> 49.

- **RUÍZ RICO, Juan José:** *Comentarios al art. 51 de la Constitución española. Defensa de los consumidores y usuarios*. Comentarios a las Leyes Políticas dirigido por Oscar Alzaga Villaamil. Constitución española 1978, Tomo IV, Edersa, 1984, pág. 417.

- **SARAZA JIMENA, R:** El derecho del consumo. *Revista Jueces para la Democracia*, N<sup>o</sup> 14; 3/1991, pág. 44.

- **VELASCO CABALLERO, F.,** <<Procedimiento administrativo español para la aplicación del derecho comunitario>>, *REDE* núm. 28, 2008.

- La Comunidad Europea y la protección del consumidor. Documentos Europeos. Comisión de las Comunidades Europeas. Noviembre 1990, 14/90.

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del acervo en materia de consumidores” Bruselas, 29 de abril de 2010. Ponente: Jorge Pegado Liz.



# DICTÁMENES



# DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE MEDIDAS COMPLEMENTARIAS PARA LA APLICACIÓN DEL PLAN DE GARANTÍAS DE SERVICIOS SOCIALES

## RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

**Primero. Informe del Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica.-** Con fecha 14 de diciembre de 2011 la Jefa de Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas suscribió un informe relativo a un primer borrador de anteproyecto de Ley de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en el que comenzaba recogiendo su estructura y señalaba que las medidas se ejecutarán mediante la modificación de la legislación que afecta a materias de empleo público, como son horario de trabajo y retribuciones, tanto del personal funcionario como laboral; otras específicas para el personal de los sectores educativo y sanitario. Asimismo, señalaba que sería necesaria la reforma de la Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, así como de la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha.

Terminaba señalando la necesidad de que, tras la toma en consideración por el Consejo de Gobierno, fuera remitido a las Consejerías afectadas para la emisión de propuestas e informes encaminados a la adopción de las medidas que favorezcan la implementación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

**Segundo. Primera reunión de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos.-** Consta en el expediente copia del acta de la sesión de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos celebrada el 14 de diciembre de 2011, en cuyo orden del día figuraba el *“Borrador del Proyecto de Ley de Medidas complementarias del Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos”*. La sesión se dio por finalizada por falta de quórum al levantarse de la sesión UGT, CC OO y CSI-FA.



**Tercero. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.-**

El Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha, en su sesión celebrada el día 15 de diciembre de 2011, tomó en consideración un primer borrador del anteproyecto de Ley de medidas complementarias del Plan de Garantías de los Servicios Sociales, acordando solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha con carácter de urgencia.

**Cuarto. Segunda reunión de la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos.-** En el expediente figura copia del acta de la sesión celebrada, por la Mesa General de Negociación de los Empleados Públicos, el día 16 de diciembre de 2011, en la cual fue tratado también, al estar incluido en su orden del día, el *“Borrador del Proyecto de Ley de Medidas complementarias del Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos”*.

**Quinto. Informe de la Comisión de Coordinación del Empleo Público de la Comunidad Autónoma.-** La Comisión de Coordinación del Empleo Público de la Comunidad Autónoma, en su sesión celebrada el día 19 de diciembre de 2011, informó favorablemente el *“Proyecto de Ley de medidas Complementarias para la aplicación del Plan de garantías de Servicios Sociales”*.

**Sexto. Informe del Gabinete Jurídico.-** Con fecha 21 de diciembre de 2011 el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades emitió informe, suscrito por su Directora, pronunciándose favorablemente sobre el anteproyecto de Ley sometido a su consulta.

**Séptimo. Segundo informe del Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica.-** Con fecha 23 de diciembre de 2011, la Jefa de Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas suscribió un nuevo informe relativo al segundo borrador del anteproyecto de Ley de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, en el mismo sentido que el anterior.

**Octavo. Texto definitivo del anteproyecto de Ley.-** El Consejo de Gobierno, en sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2011, acordó tomar en consideración el anteproyecto de Ley de medidas complementarias del Plan de Garantías de los Servicios Sociales y solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo con carácter de urgencia.

El borrador definitivo sometido a la consideración de este Consejo, de fecha 22 de diciembre de 2011, consta de una Exposición de Motivos,

35 artículos agrupados en dos Títulos divididos en Capítulos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, dos disposiciones finales y una derogatoria.

En la Exposición de Motivos se señalan el objeto y justificación de la iniciativa que se impulsa, el contenido de la regulación que presenta la norma y la descripción de su estructura. La justificación de la iniciativa gira en torno a la necesidad de cumplir los objetivos de déficit, la recuperación económica y la creación de empleo en Castilla-La Mancha en una situación como la actual de grave crisis económica.

El Título I, bajo el enunciado de “*Medidas en materia de jornada, horario de trabajo y retribuciones*”, contiene cuatro Capítulos que se refieren a las normas relativas a la organización, empleo y retribuciones del personal al servicio de la Administración autonómica.

El Capítulo I, denominado “*Medidas aplicables al personal al servicio de la Administración Pública de Castilla-La Mancha*”, comprende los artículos 1 a 7.

El Capítulo II, rubricado “*Medidas específicas aplicables al sector de la educación*”, contiene el artículo 8.

El Capítulo III, relativo a “*Medidas específicas aplicables al personal al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha*”, engloba los artículos 9 a 19.

El Capítulo IV, se refiere a la “*Modificación de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha*”, integrando los artículos 20 y 21.

El Título II engloba tres Capítulos, que contienen los artículos 22 al 35, referidos a la modificación de varias normas: Ley 6/1985, de 13 de noviembre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha; Ley 3/2011, de 24 de febrero, de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha; Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha; Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y de protección a las mujeres maltratadas; Ley 3/2003, de 13 de febrero, de Cooperación Internacional para el Desarrollo; Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha; Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las Familias Numerosas de Castilla-La Mancha y de la

Maternidad; Ley 6/2010, de 24 de junio, de creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones; y Ley 24/2002, de 5 de septiembre, de garantías en la atención sanitaria especializada. Además se introducen preceptos referidos a medidas en materia de contratación de personal del sector público y de universidades.

La disposición adicional primera señala que las referencias hechas en la presente Ley a la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, se entenderán realizadas a las normas que la sustituyan o deroguen.

La disposición adicional segunda establece la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en las materias aquí reguladas, cuando se obtengan facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales.

La disposición adicional tercera define el sector público de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha a los efectos de la presente Ley.

La disposición transitoria única figura sin contenido.

La disposición final primera autoriza al Consejo de Gobierno a dictar normas de desarrollo y ejecución de la presente Ley.

La disposición final segunda fija la entrada en vigor de la norma el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha.

La disposición derogatoria única contiene una cláusula general de derogación, para posteriormente derogar, total o parcialmente, la Ley 1/2011, de 10 de febrero, de Garantías en el Acceso a la Vivienda en Castilla-La Mancha, y una serie de Decretos, dejando sin efecto y suspendiendo varios acuerdos autonómicos relacionados con las materias que se modifican.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 23 de diciembre de 2011.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

# CONSIDERACIONES

## I

**Carácter del dictamen.-** Se somete al Consejo Consultivo el anteproyecto de Ley de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales.

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

De acuerdo con dicho precepto se emite el presente dictamen con carácter preceptivo.

## II

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

Los genéricos términos en que se halla formulado tal precepto, dejan 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 quienes corresponde apreciar la suficiencia o carencia de los mismos.

En el expediente sometido a consulta ha quedado acreditado que, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, el Consejo de Gobierno, en su reunión de 22 de diciembre de 2011, ha tomado en consideración el anteproyecto de Ley de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de los Servicios Sociales, acordando solicitar con carácter de urgencia el dictamen de este Consejo Consultivo.

Como actuaciones previas y antecedentes se incluyen sendos informes de la Secretaria General de Presidencia en virtud de lo previsto en el artículo 5.2.b) del Decreto 279/2011, de 2 de septiembre, de modificación del Decreto 121/2011, de 7 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha; sendos informes del Servicio de Planificación y Coordinación Jurídica de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas; actas de la Mesa General de Negociación de los empleados públicos en las que se refleja el proceso negociador sustanciado entre la Administración y los representantes del personal de la Administración de la Junta en relación a las medidas que les afectan contenidas en el anteproyecto; acta de la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Castilla-La Mancha en la que se recoge el informe favorable de dicho órgano, actuación que se sustenta en lo previsto en el artículo 163.a) de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha; e informe de la Directora del Gabinete Jurídico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha según exigen los artículos 4.1.d), de la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y el artículo 11.a) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, sobre Organización y Funcionamiento de dicho órgano.

Para conformar adecuadamente el expediente se han acompañado a los trámites anteriores los dos borradores de la norma que se han redactado durante la tramitación, los cuales, aunque se han ordenado cronológicamente, carecen de fecha de elaboración.

Sin perjuicio de lo expuesto y tras el análisis de las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento, se hace preciso poner de manifiesto, en primer término, que no se acompaña al expediente el informe del Consejo Regional de Municipios pese a que varias de las modificaciones a la Ley de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha afectan a sus competencias e imponen obligaciones a dichas entidades locales. El anteproyecto de esta última Ley fue informado por dicho

órgano con base a lo previsto en el artículo 77.a) de la Ley 3/1991, de 14 de marzo, de Entidades Locales de Castilla-La Mancha, que le encomienda la función de *“Emitir informe preceptivo sobre los proyectos de Ley y reglamentos que afecten al régimen local”*.

Asimismo, es necesario observar que no figura en el expediente el informe del Consejo Asesor de Servicios Sociales, el cual es preceptivo según lo establecido en el artículo 70.e) de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, que encomienda a dicho órgano la función de *“Informar con carácter preceptivo sobre los proyectos de normativa sobre servicios sociales que tengan, como mínimo, rango de Decreto”*. Tal omisión se entiende justificada pues hasta la fecha dicho órgano no se ha constituido, y las razones de urgencia expuestas en la propia solicitud de dictamen a este Consejo desaconsejarían esperar a la constitución y desarrollo reglamentario de ese órgano.

Por último hay que significar que, pese a contemplar el anteproyecto la modificación de varias normas legales, no se han incorporado al expediente los informes de los departamentos de la Administración regional a que se hace referencia en el antecedente primero.

Falta igualmente el informe de impacto de género exigido por el artículo 6.3 de la Ley 12/1010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, que dice que *“Todos los anteproyectos de ley, disposiciones de carácter general y planes que se sometan a la aprobación del Consejo de Gobierno de Castilla-La Mancha deberán incorporar un informe sobre impacto por razón de género que analice los posibles efectos negativos sobre las mujeres y los hombres y establezca medidas que desarrollen el principio de igualdad”*.

Sin perjuicio de las observaciones expresadas es preciso reiterar, en consonancia con lo manifestado por este Consejo en numerosas ocasiones (baste por todos el dictamen 135/2002, de 20 de noviembre), que no corresponde al órgano consultivo decidir sobre la determinación de lo que han de considerarse *“antecedentes necesarios”* en la elaboración de proyectos de ley, siendo en última instancia la Cámara Legislativa Regional, tal como ha manifestado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 108/1986, de 29 de julio, quien deba denunciar la omisión o insuficiencia de antecedentes en el caso de apreciar la ausencia de alguna actuación o la práctica deficiente de un determinado trámite, si estima que ello le priva de un elemento de juicio necesario para tomar la decisión que le corresponde en relación a la aprobación de la norma.

### III

**Marco normativo y competencial.-** Pasando al examen del marco competencial y normativo en que se inserta el anteproyecto de Ley sometido a dictamen, cabe significar, primeramente, que, como ya se desprende de su título “*Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales*”, se trata de una ley multisectorial o de contenido heterogéneo. En la Exposición de Motivos del anteproyecto únicamente se hace referencia a la habilitación por los títulos competenciales contenidos en los artículos 31.1.1ª y 39.Tres del Estatuto de Autonomía, pero dado el ámbito y contenido de la norma que se pretende remitir para su aprobación a las Cortes regionales, la misma también se encuentra afectada por otros títulos competenciales.

El anteproyecto de Ley se estructura en dos títulos. En el primero se regulan las medidas en materia de jornada, horario de trabajo y retribuciones y el segundo, que no tiene título, contiene un conglomerado de normas sectoriales, que incluyen la modificación parcial de varias leyes autonómicas.

El Título I contiene diversas medidas referentes al empleo público, integrando el primer Capítulo las medidas que pretende sean de aplicación generalizada a todos los empleados públicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el segundo y el tercero las normas específicas de aplicación al personal docente no universitario y al personal al servicio de las instituciones sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM). Finalmente, en el Capítulo cuarto recoge las modificaciones de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

Respecto al marco normativo en el que se insert

Con fundamento en las competencias estatales referidas, el legislador nacional aprobó la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

Igualmente, con fundamento en la habilitación constitucional contenida en el artículo 149.1.18ª, el legislador nacional aprobó la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprobó el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

En ejecución de la competencia que la Junta de Comunidades ostenta en materia de función pública, las Cortes regionales aprobaron la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, y la Ley 6/2010, de 24 de junio, de creación de las categorías de personal estatutario de inspección y evaluación de servicios sanitarios y prestaciones, las cuales son objeto de modificación parcial por el anteproyecto que se dictamina. También se contienen referencias a los empleados públicos en las diversas Leyes de Presupuestos aprobadas por la Asamblea regional y en la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, si bien circunscritas, en esta última norma, al personal que presta sus servicios en las instituciones sanitarias.

Por lo que se refiere al ámbito competencial para dictar la normativa contenida en el Título II del anteproyecto de Ley, el mismo es diverso, dado el carácter multisectorial que presenta. El marco normativo de cada una de las Leyes que se modifican ya quedó expuesto en los dictámenes de este Consejo emitidos respecto de cada uno de sus anteproyectos. Es por ello que no procede su reiteración, considerando suficiente una breve exposición de la competencia que la Comunidad Autónoma tiene al respecto.

Así, la habilitación competencial para regular las materias referentes al patrimonio y contratación a que se refieren los Capítulos primero y segundo se encuentra en el citado artículo 39. Tres del Estatuto de Autonomía, si bien en ella ha de tenerse en cuenta la legislación básica dictada por el Estado en estas materias, la cual está contenida, principalmente, en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La regulación que se efectúa en materia educativa, modificando la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación, se fundamenta en la previsión contenida en el artículo 37.1 del Estatuto de Autonomía, según el cual *“Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía”*. Entre las leyes orgánicas a que se refiere el anterior precepto es de resaltar la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.



En materia de bibliotecas, la habilitación legislativa se encuentra en el artículo 31.1.15<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, que atribuye a la Junta de Comunidades competencia exclusiva sobre las bibliotecas de interés para la región que no sean de titularidad estatal. De la misma forma ostenta competencia exclusiva en materia de fomento de la cultura, al amparo del artículo 31.1.17<sup>a</sup> del mencionado Estatuto de Autonomía. Y todo ello sin perjuicio de la función ejecutiva que el artículo 33.5 de dicho cuerpo legal le atribuye sobre la gestión de las bibliotecas de titularidad estatal que no se reserve el Estado.

Respecto a la modificación de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha, y la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de prevención de malos tratos y protección a las mujeres maltratadas, el análisis del marco competencial en el que se desenvuelve esta materia ha de partir del artículo 4.Tres del Estatuto de Autonomía que prevé que *“La Junta de Comunidades propiciará la efectiva igualdad del hombre y la mujer, promoviendo la plena incorporación de ésta a la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica o política”*. Por su parte, el artículo 31.1.20<sup>a</sup> establece que la Junta de Comunidades asume la competencia exclusiva en materia de *“Asistencia social y servicios sociales. Promoción y ayuda a menores, jóvenes, tercera edad, emigrantes, minusválidos y demás grupos sociales necesitados de especial atención, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación”*, todo ello con respecto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

La habilitación competencial a que hace referencia el citado artículo 31.1.20<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía, es también de aplicación en la modificación de la Ley 3/2003, de 13 de febrero, de Cooperación Internacional para el Desarrollo, de la Ley 17/2010, de 29 de diciembre, de las familias numerosas de Castilla-La Mancha, y de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha, teniendo en cuenta de forma especial, en esta última, el mandato conferido por el artículo 4.Dos del Estatuto de Autonomía, según el cual *“Corresponde a los poderes públicos regionales promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social de la Región”*.

La modificación de la Ley 24/2002, de 5 de septiembre, de garantías en la atención sanitaria especializada, encuentra su fundamento competencial en la previsión estatutaria contenida en el artículo 32.3, según el cual, *“En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, es competencia de la Junta de Comunidades el desarrollo legislativo y la ejecución en las materias siguientes: [...] 3. Sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud. Coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social”*. Al tratarse de una competencia de desarrollo legislativo, la misma ha de ser ejercida con sujeción a lo previsto en las siguientes leyes estatales: Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud; Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo; y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Es de reseñar también la competencia de carácter exclusivo asumida por el artículo 31.1.12<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía, de *“Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha”*, la cual está presente en gran parte de las normas que se contienen en el anteproyecto de Ley de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales.

## IV

**Sobre la sistemática de la Ley.-** La singularidad del contenido normativo del anteproyecto objeto de dictamen, en su condición de disposición multidisciplinar que incide sobre diversos ámbitos normativos y afecta a una amplia variedad de disposiciones legales o reglamentarias precedentes, lleva a significar que este tipo de instrumentos normativos de contenido heterogéneo no resultan, *a priori*, el medio más adecuado para introducir modificaciones en el ordenamiento jurídico. Esta hipotética falta de idoneidad está en la fundamentación de las trabas planteadas a su empleo en sede constitucional, aduciéndose objeciones tales como su efecto desorganizativo sobre el sistema de fuentes preexistente, las mayores dificultades surgidas en su toma de conocimiento por parte de los

operadores jurídicos o el consiguiente riesgo de afectación del principio de seguridad jurídica. Así, estos u otros extremos han sido ponderados en diversas ocasiones por el Tribunal Constitucional, declarándose la inconveniencia de incluir determinadas medidas en las correspondientes Leyes anuales de Presupuestos, cuando su objeto se encontrara desligado de las vicisitudes propias del ciclo de ejecución presupuestaria, o analizando la viabilidad de las Leyes de medidas de diverso género a las que se ha recurrido en considerables ocasiones, tanto por el legislador estatal como por las asambleas legislativas autonómicas -como ejemplo reciente de estos criterios doctrinales pueden consultarse las Sentencias del Tribunal Constitucional 136/2011, de 13 de septiembre (Ar. RTC 2011,136), o 176/2011, de 8 noviembre (Ar. JUR 2011 414971)-.

Dada la controversia que rodea el uso de esta clase de vehículos normativos transversales, resulta especialmente importante en su concepción y estructuración adoptar un adecuado planteamiento desde el punto de vista de la sistemática normativa y de la coherencia interna de la propia norma, para cuya consecución es particularmente recomendable observar las directrices de técnica normativa generalmente imperantes, tomando como referente, en la actualidad, las implantadas en el ámbito de la Administración Estatal, plasmadas en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 -publicadas por Resolución de 28 de julio de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia-.

1.- Entrando así en el análisis de esta materia, a la que por su importancia se dedica de forma separada la presente consideración, conviene comenzar con un examen sobre el grado de precisión mostrado en la diferenciación del ámbito de aplicación de los diversos bloques de medidas en materia de personal que han sido previstas en el Título I del anteproyecto, al que debe conferirse una singular trascendencia.

El artículo 9, que en la última versión del anteproyecto viene a clarificar cuál es el ámbito de aplicación de las medidas incluidas en el Capítulo III del Título I, relativo al personal al servicio de las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), pretende lograr esa delimitación mediante una referencia al personal estatutario cuyo régimen retributivo se encuentra establecido en el Real Decreto-Ley 3/1987, de 11 de septiembre. Seguidamente, en los artículos 10 al 17 se desgranán diversas medidas sobre jornadas aplicables, definición de los turnos de trabajo, la programación funcional de los centros, el devengo del concepto retributivo denominado productividad variable anual, el importe del complemento de atención continuada, la exención de guardias para empleados mayores de 55 años, el modo de

determinación de los índices de dispersión geográfica de los equipos de atención primaria y la remuneración aplicable a las sustituciones para el personal de atención primaria.

Posteriormente, el artículo 18 vuelve a incidir sobre el ámbito de aplicación de las medidas, procurando identificar negativamente a todos aquellos empleados que pudiesen quedar al margen de las comprendidas en el referido Capítulo III, de suerte que, en su defecto, quedaran sujetos a las reglas de reducción salarial instauradas con carácter general en el artículo 5 -minoración del 10 % del complemento específico, con el límite del 3 % del salario bruto individual-, que, en principio, cabría considerar aplicables a la generalidad del personal estatutario, dado que la expresión “*personal funcionario*” recogida en su apartado 1 no resulta necesariamente excluyente de ese colectivo.

Ahora bien, la formulación dada a dicho artículo 18 resulta equívoca, al indicarse textualmente que “*el resto del personal estatutario o que preste sus servicios dependiente de las Instituciones Sanitarias del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, al que no les sea de aplicación alguna o la totalidad de las medidas establecidas en el articulado del presente Capítulo, se regirán por lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley*”; habida cuenta de que la fórmula disyuntiva mencionada, aludiendo indistintamente a alguna o a la totalidad de las medidas previamente contempladas, adolece de una defectuosa lógica semántica, pues los empleados que hubiesen quedado excluidos de alguna de las medidas referidas cumplirían simultáneamente la condición de no resultar sometidos a su totalidad, haciendo innecesaria, por tanto, esa formulación dual. Percibiéndose que el objeto de esta disposición es trazar una línea divisoria entre colectivos, de modo que el personal estatutario que ocupe una plaza en los servicios de salud del SESCAM que conlleve la percepción de haberes conforme al citado Real Decreto-ley 3/1987, de 11 de septiembre, quede afectado sólo por el bloque de medidas contempladas en el Capítulo III -que son principalmente retributivas o de jornada-, pero no por aquellas previstas en el artículo 5, una formulación más correcta debería hacer referencia a que esa reconducción a las disposiciones “*ordinarias*” del artículo 5 prevista en dicho artículo 18 corresponderá a aquellos empleados públicos a los que no les sea de aplicación “*ninguna*” de las medidas establecidas en dicho Capítulo III, previamente relacionadas.

En todo caso, debe insistirse en que el texto de la Ley no aclara de modo inequívoco la incógnita suscitada relativa a si la reducción del 10 % del importe del complemento específico prevista en el artículo 5.1, con la garantía del 3 % del salario bruto individual, es de aplicación o

no al personal estatutario del SESCAM, que es el integrado dentro del ámbito de aplicación del Capítulo III y el aparentemente excluido del conjunto de medidas del artículo 5 por virtud de una interpretación *a sensu contrario* del artículo 18.

El mantenimiento de este margen de inconcreción sobre el alcance subjetivo de las medidas de reducción salarial contempladas en el artículo 5, además de plantear dificultades en la aplicación de la norma, podría ser conceptualizado como una vulneración del principio de seguridad jurídica enunciado en el artículo 9.3 de la CE.

2.- Puesta en relación de las previsiones atinentes a la entrada en vigor de la Ley con las disposiciones de la misma cuya eficacia temporal se asocia al día 1 de enero de 2012 y la **posible retroactividad de las determinaciones de la norma**.

En la Disposición Final Segunda del anteproyecto se establece que la Ley entrará en vigor “*al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma*”, siendo evidente en el momento de emisión del presente dictamen que su fecha de entrada en vigor será posterior al día 1 de enero de 2012. Sin embargo, en el articulado del anteproyecto abundan las determinaciones, casi todas de naturaleza retributiva, cuya aplicabilidad inicial queda ligada a un periodo de tiempo para el que se fija como fecha de comienzo el día 1 de enero de 2012 -por ejemplo, los artículos 5.1, 6.1, 10.1, 14.1 y 14.2 o 17.1-.

Ante esta aparente confrontación de mandatos, surge una insoslayable incógnita de orden interpretativo respecto del alcance que pueden cobrar esas diversas medidas acogidas en los preceptos mencionados, cuya acotación temporal se ha realizado recurriendo a la expresión: “*desde el 1 de enero y durante todo el ejercicio 2012*”.

El examen de esta problemática debe hacerse poniendo una especial atención en la incidencia del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales proclamado por el artículo 9.3 de la Constitución, así como en la doctrina emanada del Tribunal Constitucional respecto a su operatividad obstativa frente a normas que pretendan una eficacia retroactiva de medidas de naturaleza retributiva o con proyección en el ámbito prestacional de los sistemas de protección social.

Para ello conviene señalar, primeramente y de modo ejemplificador, que el régimen retributivo aplicable al personal funcionario se caracteriza desde tiempos ya lejanos por la aplicación de una regla general según la

cual las retribuciones básicas y complementarias que se devenguen con carácter fijo y periodicidad mensual se harán efectivas por mensualidades completas y de acuerdo con la situación y derechos del funcionario referidos al primer día hábil del mes a que correspondan -esta formulación procede del contenido del artículo 34 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988-. No siendo cuestionable la pervivencia de esta norma estatal, ni su continuada y pacífica aplicabilidad en la Comunidad Autónoma, como denota la remisión que a la misma se hace en el artículo 26.1.b) de la vigente Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma -Ley 16/2010, de 22 de diciembre-, se advierte que el día 1 de enero de 2012 los funcionarios en servicio activo de la Administración regional sometidos a la misma generarán el derecho a ir percibiendo sus retribuciones conforme a dichas previsiones por cada día de servicio sucesivamente transcurrido, de suerte que la ulterior entrada en vigor de la Ley proyectada, imponiendo minoraciones en el importe del complemento específico previamente asignado al puesto, tendría unos efectos económicos retroactivos con incidencia sobre derechos retributivos ya devengados por el empleado.

Esta potencial retroactividad de las previsiones del anteproyecto de Ley en el ámbito de los haberes del personal objeto de análisis, se pone igualmente de manifiesto, con particular claridad, al ponderar el alcance de las medidas relativas a la reducción de los importes del valor hora del complemento de atención continuada acogidas en su artículo 14, toda vez que los derechos económicos inherentes a la realización de los actividades complementarias a las que se vincula la percepción de ese complemento -las denominadas guardias- podrían resultar afectados restrictivamente y de forma sobrevenida, al reducirse su cuantía en un momento posterior a aquel en el que se dieron todas las condiciones precisas para su devengo y exacta cuantificación conforme a las reglas vigentes en el momento de realización de la actividad.

Ambos ejemplos son particularmente ilustrativos al objeto de sopesar adecuadamente la aplicabilidad de la doctrina enunciada por el Tribunal Constitucional respecto a la viabilidad de este tipo de medidas bajo los parámetros de constitucionalidad establecidos por el artículo 9.3 de la C.E. con el propósito de impedir la eficacia retroactiva de normas jurídicas que produzcan efectos restrictivos o limitativos de derechos individuales, enteramente consolidados por la concurrencia de sus elementos configuradores.

Sobre este particular constituye un singular referente doctrinal el contenido de la Sentencia del Alto Tribunal del 24 de mayo de

1990 (Ar. RTC 1990,97), dictada con motivo de las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas contra la eficacia retroactiva prevista en la disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 3/1983, de 20 de abril, por las que se modificó con efectos de uno de enero anterior el sistema de cálculo de la base de cotización de los empleados de la extinta Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local. De las argumentaciones en que se fundamenta dicho pronunciamiento cabe destacar las consideraciones atinentes a la imposibilidad de alterar de forma sobrevenida dicha base de cotización, a causa de su trascendencia retroactiva sobre prestaciones eventualmente generadas durante el periodo de transición, a cuyo efecto se significaba: *“La eficacia retroactiva al 1 de enero tanto del Real Decreto-ley 3/1983, como de la Ley 9/1983, responden a un propósito legítimo de dar a los reajustes y revisiones retributivas y de las prestaciones de Seguridad Social la vigencia propia de la Ley de Presupuestos, a partir del comienzo del año. Esta eficacia retroactiva no es impedida por el art. 9.3 C. E. en lo que se refiere a la mejora de las retribuciones o de las prestaciones de Seguridad Social, pero el precepto constitucional no permite vigencias retroactivas que produzca resultados restrictivos o limitativos de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior vigente en el momento de adquisición del derecho, aunque sustituida luego con efecto retroactivo por la norma posterior. [ ] Hasta el 23 de abril de 1983 estuvo en vigor el art. 13.4 de la Ley 11/1960. En virtud del mismo para establecer la base de cálculo de la pensión correspondiente había de añadirse a la cuantía del sueldo consolidado una sexta parte del mismo. La modificación de ese art. 13.4 por la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/1983, no podía eliminar, sin contradecir la prohibición establecida en el art. 9.3 C. E., la posibilidad de aplicación entre el 1 de enero y el 23 de abril de una regla legal que había tenido efectivamente vigencia hasta el momento de publicación de la norma legal que la sustituye, en lo que de limitativo o restrictivo de derechos respecto a la norma anterior podía suponer la Ley posterior, como era el caso de la no toma en cuenta de esa sexta parte adicional del sueldo consolidado. No es constitucionalmente legítimo el establecer una eficacia retroactiva de la modificación de la Ley 11/1960 en cuanto resulte restrictiva de los derechos adquiridos y consolidados entre el 1 de enero y el 23 de abril de 1983, período en el que el art. 13.4 de la Ley 11/1960, había tenido efectivamente vigencia, que trata de negarle mediante la imputación de efectos retroactivos la Disposición adicional segunda que lo modifica. [ ] En consecuencia han de declararse inconstitucionales, por contradicción con la interdicción de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales del art. 9.3 C. E., la Disposición adicional segunda, apartado a), del Real Decreto-ley 3/1983, y la Disposición adicional segunda de la Ley 9/1983, en cuanto que las mismas excluyen para el cálculo de las pensiones producidas entre el 1 de enero y el 23 de abril de 1983 el cómputo de la sexta parte del sueldo consolidado previsto en el art. 13.4 de la Ley 11/1960”.*

Atendiendo a las consideraciones precedentes, estima el Consejo que el mencionado referente doctrinal resulta perfectamente extrapolable a los supuestos que han sido previamente descritos -a modo de ejemplo-, así como a aquellos otros en que la realización de la actividad profesional con arreglo a unas previas reglas de devengo y cuantificación genere el derecho a la percepción de unas determinadas remuneraciones consolidadas, en tanto que liquidables conforme a la normativa vigente y aplicable en el momento del desempeño.

En virtud de todo lo anterior, debe concluirse que la incertidumbre planteada por la confrontación que puede surgir entre las previsiones de la Ley en materia de eficacia temporal de sus medidas retributivas y la relativa a su fecha de entrada en vigor -Disposición Final Segunda-comportarían un margen de inseguridad jurídica -igualmente afectado por el principio enunciado en el artículo 9.3 de la Constitución-, de potencial conflictividad, que habría de ser eludido mediante una adecuada puesta en común del contenido de la Ley y la alteración o inserción de las correspondientes determinaciones, bien en los citados preceptos, bien en la referida disposición final segunda o bien en la disposición transitoria cuyo contenido ha quedado sin redactar; todo ello en términos que sean enteramente compatibles con una adecuada observancia de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales proclamados en el tan citado precepto constitucional.

Igualmente, conviene llamar la atención respecto a la incidencia que la fecha -futura e incierta- de entrada en vigor de la Ley vaya a tener sobre las medidas de incremento de jornada contempladas en varios artículos del anteproyecto, especialmente en relación con las cuantificadas en cómputo anual acogidas en su artículo 10, dado que pueden suscitarse dudas sobre su potencial carácter retroactivo, que convendría solventar y esclarecer mediante la aplicación de criterios similares a los ponderados en los párrafos precedentes.

3.- Tratamiento de las **disposiciones modificativas** incluidas en los artículos 20 y 21, y en los Capítulos I y III del Título II -que carece de titulación-.

Aunque el encuadramiento de las disposiciones modificativas -entendiendo por tales, las que introducen cambios textuales en el derecho vigente mediante la formulación de una nueva redacción-, podría efectuarse mediante la inserción de disposiciones finales, conforme prevén los apartados 42.a) y 59 de las citadas Directrices de Técnica



Normativa del Estado de 2005, dado su elevado número y el carácter mixto que en este aspecto presenta el anteproyecto, en tanto que alberga normas ordinarias y normas modificativas, puede considerarse admisible la escisión del articulado en dos o más Títulos, distinguiendo a través de este modo de división si alojan una u otra clase de preceptos.

Sin embargo, la ubicación de las referidas disposiciones modificativas se ha producido en el cuerpo del anteproyecto de una forma un tanto asistemática, quedando separadas en el Capítulo IV del Título I y en los Capítulos I y III del Título II. Además, este último Capítulo -el III del Título II- ha terminado por acoger un artículo -el 34, sobre “*Universidades*”, cuya numeración está duplicada -que no tiene el citado carácter modificativo, a pesar de que la titulación de dicho Capítulo III hace referencia a “*MODIFICACIÓN LEGISLATIVA*” y se compone de otros nueve artículos -del 26 al 34- que se ocupan todos ellos y sucesivamente de la modificación de sendos textos legales.

De no aceptar la observación que más adelante se efectúa al artículo 20, este artículo, junto al 21, deberían incluirse en un único precepto, titulado “*Modificaciones de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha*”, con dos apartados, uno para modificar el artículo 20 y otro para modificar el artículo 21.

Por otra parte, existen tres artículos con el mismo título “*Oferta de empleo público*” el 7, el 19 y el 20. Es conveniente buscar una titulación más adecuada al contenido de cada artículo. Así, el artículo 7 se puede titular “*Oferta de empleo público durante el año 2010*”; el artículo 19 “*Anulación de la oferta de empleo público de 2010*” y respecto al 20, lo ya dicho anteriormente.

Además, debe recomendarse una revisión general del contenido de los preceptos de esta naturaleza, previamente identificados, al objeto de lograr una mayor uniformidad compositiva de sus contenidos, en sintonía con las determinaciones de los apartados 50 al 62 de las ya citadas Directrices. En tal sentido, cabe destacar que el artículo 28, relativo a la modificación de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, ni se adecua a las pautas de composición fijadas en dichas recomendaciones, ni a los criterios seguidos en la mayoría de los artículos de su mismo Capítulo, pues la identificación numérica de los apartados que lo conforman se ha hecho empleando cardinales arábigos en cifra -en contra de lo señalado en la Directriz 57-. Igualmente, dicho artículo se ha dejado desprovisto de texto marco.

Por otro lado, no se advierte la necesidad de utilizar un solo identificador numérico de división de contenido -“1” o “Uno”- en los artículos 22 y 33, dado que únicamente constan de un apartado.

Asimismo, debe señalarse que la ordenación del articulado integrado en el referido Capítulo III del Título II no se acomoda a la recomendación enunciada en el apartado 60 de las mencionadas Directrices de Técnica Normativa, toda vez que no se ha seguido el orden cronológico de aprobación de las disposiciones afectadas.

4.- **Remisiones internas erróneas:** En el apartado 6 del artículo 15 se incluye una mención a dos Acuerdos con incidencia sobre la materia tratada en el mismo -presumiblemente, los adoptados sobre la exención de guardias con fecha 23 de julio de 1997 y 25 de marzo de 2003-, pero la referencia a estos se ha hecho mediante la remisión a sendos apartados de una disposición adicional que en el texto definitivo remitido para dictamen no guarda relación alguna con el asunto. Ahora bien, un examen del contenido de las disposiciones incorporadas al término de su articulado lleva a suponer que las referencias aludidas se corresponden en dicho texto definitivo con los epígrafes c) y d) del apartado 6 de la disposición derogatoria única.

De tal modo, convendría someter el texto proyectado a un repaso general, al objeto de depurarlo de posibles irregularidades derivadas de la inclusión de remisiones internas que hayan podido verse afectadas por los cambios sobrevenidos durante su tramitación.

Igual recomendación cabe efectuar respecto al contenido de la Exposición de Motivos, donde se aprecia que varias referencias a la extensión del articulado de la Ley -antes de 33 artículos y ahora de 35- o a la de alguna de sus partes -como el Título I-, ya no resultan acordes con el texto finalmente sometido a dictamen.

5.- Examinando el contenido de la **Disposición Derogatoria única**, se advierte que lo ubicado en sus apartados 3 y 6, sobre afectación sobrevenida de pactos o acuerdos ya firmados -por virtud de las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 38.10 del EBEP y 153.6 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, sería perfectamente aglutinable en un mismo apartado o disposición.

De tal modo, desde el punto de vista de la sistemática normativa, para su mejor encuadramiento y localización en el cuerpo de la Ley, se sugiere reagrupar su contenido y configurar con él una sola disposición, que podría conformar una disposición derogatoria segunda.

## V

**Materias afectantes al convenio colectivo laboral.**- Según se ha expuesto en la consideración dedicada a examinar el marco normativo y competencial, la Comunidad está habilitada para regular el régimen jurídico de sus funcionarios y del personal estatutario. En cambio, por lo que respecta al personal laboral, la habilitación competencial contenida en el Estatuto de Autonomía se reduce, según se dice en su artículo 33, a la gestión, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que dicte el Estado, toda vez que conforme se expresa en el número 11 de dicho precepto estatutario, la competencia sobre la legislación laboral queda reservada al Estado.

Lo expuesto anteriormente tiene su reflejo en el EBEP, cuya Exposición de Motivos establece que *“El Estatuto Básico del Empleado Público contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio”*, añadiendo posteriormente que, en desarrollo del mismo, los legisladores de las Comunidades Autónomas *“habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración local, respetando en este último caso la autonomía organizativa de las entidades locales. [...] Por lo que se refiere al personal laboral, en lo no dispuesto por el Estatuto Básico, que regula las especialidades del empleo público de esta naturaleza, habrá de aplicarse la legislación laboral común”*.

Como dijo este Consejo en su dictamen 256/2010, de 17 de noviembre, emitido sobre el anteproyecto de Ley del Empleo Público de Castilla-La Mancha, *“Lo dispuesto en el bloque constitucional a que se ha hecho referencia no supone que la Comunidad Autónoma no pueda legislar respecto de materias que tengan incidencia en el personal laboral a su servicio, sino que habrán de tenerse en cuenta los títulos competenciales de aplicación a cada caso para determinar la existencia o inexistencia competencial y si, en los mismos, prima el régimen jurídico de las Administraciones públicas sobre la naturaleza de la relación que une a los empleados públicos con la Administración; pues, en la regulación del empleo público, existen materias que están afectadas, no por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 103 de la Constitución, sino en el 1 del mismo artículo, en el que se dice que “La Administración sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”*. Este apartado fue el tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 178/1989, de 2 de octubre, respecto de la regulación que se

*efectuaba en materia de incompatibilidades, al establecer que la referencia que en el artículo 103.3 se contiene al “sistema de incompatibilidades” es aplicable exclusivamente a los funcionarios en sentido estricto. Pero de ahí no cabe deducir que el legislador no pueda establecer un régimen común de incompatibilidades para todos los empleados públicos, con independencia de la naturaleza jurídica de la relación que éstos tengan con el ente al que sirvan en cada caso. Bien entendido que en el supuesto de los empleados públicos sometidos al régimen laboral ... la fundamentación constitucional del régimen de incompatibilidades aplicable a los mismos -al margen de que coincida o no con el de los funcionarios públicos en sentido estricto- no está en el art. 103.3 de la Carta fundamental, sino en el art. 103.1 del mismo texto, que al referirse a los principios que deben presidir la actividad -y la organización para llevarla a cabo- entre los que se halla el de eficacia, alude sólo a la Administración Pública y no al régimen jurídico que rige las relaciones de quienes están a su servicio”. En consecuencia, la competencia de la Comunidad Autónoma también alcanza a regular materias de organización y funcionamiento de la Administración, como son la configuración de la naturaleza del empleo público, su planificación y estructuración o el régimen de acceso al empleo público, aunque afecten a todos los empleados públicos. En cambio, la Comunidad Autónoma carece de competencia para regular el régimen jurídico de aplicación a la relación entre el personal laboral y la Administración, como son los derechos y deberes laborales no afectados por los principios constitucionales de aplicación, así como a la clasificación del personal laboral, promoción, negociación colectiva, jornada y horarios, retribuciones y régimen disciplinario”.*

Respecto a las cuestiones que inciden en el régimen de seguridad social que resulta de aplicación al personal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, es de señalar que el artículo 149.1.17<sup>a</sup> atribuye al Estado la competencia para dictar la “*Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas*”, lo que implica que corresponde al Estado la determinación de los regímenes de seguridad social que resultan de aplicación al personal que preste sus servicios en la Administración de la Junta de Comunidades, sin perjuicio de la competencia que tiene la Comunidad Autónoma para el establecimiento de las mejoras voluntarias de la acción protectora del Régimen General, a las que se refiere la Sección 1<sup>a</sup> del Capítulo X del Título II del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

En la Exposición de Motivos del anteproyecto de Ley se señala como norma habilitante de la competencia para regular las medidas referentes al personal el artículo 31.1.1<sup>a</sup> y el 39.Tres del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha. Mediante el primero, se atribuye a la

Junta de Comunidades competencia exclusiva en la “*Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno*”. Esta competencia habilita a la Comunidad Autónoma para crear, modificar y suprimir órganos, determinando al mismo tiempo el régimen de funcionamiento de los mismos, pero no para establecer el régimen jurídico del personal que pueda prestar servicios en el ámbito de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En materia de empleo público, y respetando lo que pueda determinar la legislación básica del Estado, faculta para establecer la clase de personal que vaya a prestar servicio en la Administración autonómica, pero una vez que el legislador autonómico decide la naturaleza de su personal, el régimen jurídico de aplicación es aquel que corresponda a su naturaleza, esto es, al personal funcionario le es de aplicación la normativa funcionarial y al personal laboral la normativa laboral, que en esencia es la misma que la que resulta de aplicación a las empresas privadas, con las particularidades que para el sector público se contienen en el Estatuto de los Trabajadores y en el EBEP.

Por lo que se refiere al artículo 39.Tres del Estatuto de Autonomía, en el mismo se dice que “*Asimismo, en el ejercicio de la competencia de organización, régimen y funcionamiento prevista en el artículo 32.1.1ª del presente Estatuto y, de acuerdo con la legislación del Estado (se entiende la básica) corresponde a la Comunidad Autónoma, entre otras materias, el establecimiento del régimen estatutario de sus funcionarios*”. Como se desprende de su literalidad, mediante este precepto la Comunidad Autónoma asume competencia para regular el régimen jurídico del personal funcionario, entre los que se encuentra el personal estatutario, pero no para la regulación del régimen jurídico del personal laboral.

En consecuencia, los preceptos estatutarios citados en la Exposición de Motivos no habilitan para establecer normas que afecten al régimen jurídico de todos los empleados públicos de la Comunidad Autónoma, dado que respecto del personal laboral la Administración tiene la misma condición de empleadora que un sujeto privado, careciendo de las potestades que ostenta respecto de los funcionarios. Al respecto, el Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia de 28 de septiembre de 2011 (Arz. JUR 2011,373378), con cita de la doctrina recaída en anteriores sentencias, señaló que “*cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula la contratación en el Derecho del Trabajo*”, doctrina que utilizó como fundamento para fallar que el Principado de Asturias no podía, al amparo de lo establecido en el artículo 38.10 del EBEP, suspender la eficacia de un Convenio Colectivo ni de una parte del mismo.

Con anterioridad el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada de su Sala de lo Social (Sentencias de 7 de octubre de 2004, en recurso de casación para la unificación de doctrina, RJ 2005,2167; de 18 de marzo de 1991, RJ 1991, 1875; y de 7 de octubre de 1992, RJ 1992, 7621) ha declarado que *“cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula la contratación en el Derecho del Trabajo”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, quien, en Sentencia de 21 de diciembre de 1987 (Arz. RTC 1987,205), dijo que, *“En cuanto parte de relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores”*. También resulta significativo, en relación con el campo de actuación del legislador autonómico, la expresión que se contiene en esta Sentencia, respecto del margen de actuación sobre sus empleados públicos, donde utiliza la expresión *“sin alterar el régimen jurídico general de la contratación laboral, con lo que se evita el obstáculo que, de haber sido de otra manera, hubiera significado el art. 149.1.7 C.E.”*.

Esto nos lleva a analizar, teniendo en cuenta la doctrina de los autores y la jurisprudencia, si la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha puede o no legislar en materias tales como las contempladas en los artículos 1, relativo a la *“Jornada de trabajo”*, 3, referido al *“Exceso de horas”*, 5.2, que trata de las *“Retribuciones”* de los empleados públicos que no tienen la condición de funcionarios y el artículo 21, *“Complemento por incapacidad temporal”*, mediante el que se modifica la disposición adicional séptima de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

La doctrina consultada se pronuncia en el siguiente sentido, respecto a la modificación unilateral por la Administración de las condiciones laborales establecidas en los convenios colectivos:

Palomar Olmeda, en su artículo *“La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público”*, publicado en la Revista Española de Derecho Administrativo núm. 144/2009, dice que el artículo 38.10 del EBEP no permite la exclusión de lo pactado en un convenio colectivo, añadiendo que *“nos encontramos ante una paradójica situación según la cual un mismo empleador se desvincula de los convenios suscritos con una parte de la plantilla (los funcionarios) y mantiene en vigor sus compromisos -cualquiera que estos sean- para el personal laboral”*.

Josefa Cantero, en su artículo *“Medidas de racionalización de recursos humanos en el empleo público local”*, después de señalar que los

Ayuntamientos no pueden unilateralmente modificar un convenio en vigor ni sus condiciones económicas, añade que *“Sería incluso dudoso que pudiera hacerlo una Administración autonómica mediante ley, toda vez que las Comunidades carecen de competencias legislativas en materia de personal”*, y cita la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Pamplona de 16 de septiembre de 2011, que resolviendo un conflicto de competencias planteado por el personal de una empresa pública de Navarra porque una Ley foral, siguiendo la línea marcada por el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, pretendía aplicarles la misma rebaja salarial que se aplicó al resto de los empleados públicos, considera que la Ley foral se ha extralimitado al ejercer la potestad de promulgar normas laborales y ser ello contrario al artículo 149.1.7ª de la Constitución. Entendiendo que la única posibilidad de reducir las retribuciones del personal laboral de dicha empresa pública requiere que previamente se haya acordado a través de la negociación colectiva.

La profesora Roqueta Buj, en su trabajo *“Los ajustes en materia de personal en las Administraciones Públicas”*, publicado en el número 6 del Boletín de Función Pública del INAP de diciembre de 2011, señala que *“tratándose de funcionarios, si fracasan la negociación y, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, la Administración podrá regular unilateralmente la jornada de trabajo de los funcionarios públicos respetando los límites legales (art. 38.7 del EBEP). Y si un Pacto o Acuerdo en vigor resulta excesivamente oneroso, podrá recurrir a la facultad que le brinda el art.38.10 del EBEP. En cambio, en el caso de los laborales, la Administración no podrá imponer su voluntad en caso de desacuerdo en la negociación colectiva del convenio colectivo propio. En este contexto, la parte del convenio colectivo del personal laboral que aborde la jornada de trabajo se mantendrá en vigor en los términos previstos en el art. 86.3 del ET”*. Añadiendo, más adelante, esta profesora que, *“En principio, la norma con rango de ley limitativa de los derechos reconocidos en convenio colectivo habría de ser aprobada por el legislador estatal, habida cuenta lo dispuesto en el art.149.1.7 de la Constitución Española. Mas en este momento del razonamiento debe traerse a colación la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra a propósito de la implantación mediante una ley autonómica de la jornada de 35 horas semanales. Pues bien, a juicio de la referida sala, el art. 149.1.7 de la Constitución otorga al Estado la competencia en materia de legislación laboral sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas y el art. 34 del ET establece que la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de 40 horas semanales, lo que significa que “el Estado regula las condiciones básicas de la Legislación Laboral y, en tal sentido, que la regulación contenida en el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores es una norma de mínimos y, por tanto, siempre mejorable, como acontece en el ámbito de esta Comunidad Foral con las Leyes Forales 6/1999 y*

*15/2000 que, dentro del ámbito de sus competencias, implantaron la jornada de 35 horas semanales, primero en la Administración Pública de Navarra y, posteriormente, en las empresas en cuyo capital participa mayoritariamente, directa o indirectamente, el Gobierno de Navarra”. Y, por ello, concluye que las mencionadas normas autonómicas “no invaden las competencias del Estado y resultan de plena aplicación a los trabajadores demandantes en cuanto a la deseable implantación por el cauce de la negociación colectiva que no ha podido lograrse, según pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley Foral 15/2000, no constituye el único medio para regular y modificar las condiciones de trabajo y entre ellas las atinentes a la jornada máxima del personal de la Administración Foral y de los trabajadores de las empresas participadas mayoritariamente por la misma, en cuanto ambos colectivos tienen el mismo empleador y su objeto un servicio público” (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social) de 30 de abril de 2002, de 15 de mayo de 2002 y de 30 de septiembre de 2002). Desde esta perspectiva, y dentro de los límites que marca el art. 34 del ET, el legislador autonómico podría incrementar la jornada del personal al servicio de la Administración Pública correspondiente”.*

Pasando al examen de la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 210/1990, de 20 de diciembre, entre otras muchas, ha dicho que *“la Ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquella [...]”*; mas no debe olvidarse que el artículo 3 del ET, al regular las fuentes de la relación laboral, solo señala que están por encima de los convenios *“las disposiciones legales y reglamentarias del Estado”*.

Finalmente, en un supuesto que guarda cierta relación con el contenido del anteproyecto de Ley que se informa, la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del Decreto-Ley 2/2010, de 28 de mayo, de medidas urgentes en materia de retribuciones en el ámbito del sector público andaluz, que seguía lo establecido en el Real Decreto-Ley estatal 8/2010, de 20 de marzo, el Tribunal Constitucional dictó el Auto 104/2011, de 5 de julio, por posible vulneración del ámbito propio de los Decretos-leyes según el artículo 86 de la Constitución (Arz. RTC 2011,104 Auto), por el que declaraba su inadmisión por entender que aquellos no afectaban a derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, y *“en cuanto su contenido es igual al de aquél (Real Decreto-ley estatal 8/2010) en el aspecto que ha determinado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, esto es, la reducción de las retribuciones del personal laboral del sector público”*. No planteándose el Tribunal Constitucional, en este caso, la posible incompetencia de la Comunidad Autónoma en materia de legislación laboral.



No se ha planteado, que sepamos, ante nuestro Tribunal Constitucional el posible conflicto competencial entre el título exclusivo del Estado sobre la legislación laboral (artículo 149.7ª CE) y el autonómico también exclusivo de planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo económico de la Región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público de Castilla-La Mancha (artículo 31.1.12ª de nuestro Estatuto de Autonomía). Cuestión que reviste especial interés en el presente caso.

Por su parte, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1995 (RJ 1995,3260) ,con referencia a una Ley de Presupuestos del País Vasco, dijo lo siguiente: *“Centrado el problema del litigio y recurso, es claro, que admitida por el Tribunal Constitucional, según ha quedado señalado, que la autonomía colectiva puede ser limitada en el sentido de impedir los incrementos salariales para el personal laboral de la Administración Pública, en su sentido más lato, la Ley de 22 diciembre 1993 ha de prevalecer sobre la aplicación del convenio colectivo, sin que quepa estimarla inconstitucional, pese a la competencia exclusiva que a favor del Estado en materia de legislación laboral, establece el artículo 149 de la Constitución, pues, la Ley de los Presupuestos Generales del Estado para 1994, en su artículo 34, impone, también, limitaciones análogas para el personal laboral dependiente de la Administración Central, y el artículo 17.4 de la Ley de 22 diciembre 1993 no tiene más alcance que hacer efectiva esta misma orientación en el ámbito de su competencia. Por lo que el recurso, de acuerdo con el dictamen del Ministerio fiscal, debe ser desestimado”*.

Posteriormente, la misma la Sala del Tribunal Supremo, en Sentencia de de 8 de junio de 1995 (RJ 1995, 4772), señaló que *“es precisamente el principio de jerarquía entre Ley y Convenio Colectivo (primacía de la norma de origen legal sobre la norma de origen convencional) el que justifica en el caso la prevalencia de la Ley del Parlamento Vasco 9/1993 sobre el Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración de dicha Comunidad Autónoma. Así resulta, como ha señalado la sentencia recurrida, del artículo 85.1 ET. Y así lo ha apreciado la jurisprudencia de esta Sala en las Sentencias de 9 julio 1991 y de 24 febrero 1992 (RJ 1992\1052), entre otras; en la Sentencia de 9 julio 1991 se recuerda la aplicación en el sistema de fuentes del ordenamiento laboral de los «principios generales de jerarquía y de orden normativos», y se afirma el superior rango de la Ley sobre el Convenio Colectivo, cuando en aquélla «se impone una regulación unitaria de carácter general y de derecho necesario»; en la Sentencia de 24 febrero 1992 se declara en el mismo sentido que «la superior posición que ocupa la Ley en la jerarquía normativa determina el obligado sometimiento de la norma pactada al derecho necesario que consagra aquélla». [ ] Partiendo también de las consideraciones anteriores ha de*

*llegarse a la conclusión de la inaplicación a la presente controversia del precepto del artículo 3.3 ET sobre preferencia a la «norma laboral» más favorable en caso de conflicto. Es claro que, como dice la Sentencia de esta Sala ya citada de 9 julio 1991, el alcance de esta regla de concurrencia de normas laborales no puede invalidar el principio de mayor jerarquía o primacía de la Ley, cuando ésta establece preceptos de derecho necesario, como es el caso de la congelación salarial cuestionada. Además aplicando el canon de la interpretación gramatical, el artículo 3.3 ET limita su campo de acción a disposiciones laborales sobre mínimos de condiciones de trabajo; y una Ley de Presupuestos de una Comunidad Autónoma no es desde luego una disposición laboral, ni es tampoco primariamente una disposición sobre condiciones de trabajo, aunque pueda tener repercusión indirecta sobre estas últimas”.*

La doctrina expuesta en las anteriores sentencias es reiterada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la Sentencia dictada el día 16 de febrero de 1999 (Arz. RJ 1999,2596) en la que dice que *“La jurisprudencia social ha admitido que las leyes de presupuestos estatales o las de las Comunidades Autónomas puedan imponer límites máximos al incremento de las retribuciones del personal laboral al servicio de las respectivas Administraciones públicas”.*

De la doctrina y jurisprudencia expuestas resulta que la cuestión que se examina no es pacífica y cualquier solución que se adopte puede ser vivero de una gran conflictividad; ante tal circunstancia este Consejo considera que, atendiendo la última jurisprudencia citada y al hecho que el Estado, tanto en el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, como en el 20/2011, de 30 de diciembre, utiliza, para imponer limitaciones retributivas a todos los empleados públicos del sector público, los títulos competenciales contenidos en los artículos 149.1.13<sup>a</sup> y 156.1 de la Constitución, y no el referido a la legislación laboral del 149.1.7<sup>a</sup>, y considerando que la situación excepcional de crisis económica es tanto nacional como regional, podría entenderse que los preceptos que se analizan del anteproyecto de Ley podrían tener cobertura, ponderando las circunstancias concurrentes, en la competencia exclusiva que la Comunidad Autónoma tiene, según el artículo 31.1.2 de su Estatuto, para la *“Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo de la Región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público de Castilla-La Mancha”.*

Respecto de la jornada de trabajo del personal laboral, del sentir mayoritario de la doctrina expuesta, así como de lo establecido en el EBEP, se deriva que la jornada de este personal es materia laboral, lo que, en principio, supondría que el legislador regional no pudiese legislar sobre

ella, dado que la Junta de Comunidades carece de competencia legislativa en esta materia. No obstante lo anterior, al relacionarse la jornada de trabajo con otros aspectos, como son el gasto y la autoorganización, no es descartable que el legislador pudiera establecer la cuantía de las horas de trabajo que deba realizar el personal laboral, dejando las demás cuestiones referentes a esta materia a la negociación colectiva. Esta cuestión será analizada más ampliamente en la consideración VII.

Más duda cabe respecto a la regulación que del complemento por incapacidad temporal, respecto del personal laboral, se efectúa en el artículo 21. Es este un complemento que tiene un marcado carácter económico, ya que su finalidad es completar la prestación que los trabajadores perciben de la Seguridad Social cuando se encuentren en situación de incapacidad temporal. No obstante ello, la modificación que se pretende realizar de este complemento tiene como fundamento principal, y así se ha declarado, combatir el absentismo laboral y no el conseguir un ahorro de gasto. Es por ello que al tener este complemento la naturaleza de mejora voluntaria de las prestaciones de la seguridad social y haberse incorporado como mejora al convenio colectivo, se ha convertido en una cuestión de índole eminentemente laboral, no estando habilitado el legislador regional para su modificación, sino que dicha modificación ha de efectuarse a través de los procedimientos previstos en la normativa laboral, debiendo perseguirse el lícito fin que se pretende con la reforma a través de otros métodos que tiene a su disposición la Administración regional.

En cualquier caso, dada la presencia de importantes intereses públicos en esta materia -especialmente agudizados en la situación actual de crisis económica de las Administraciones- y la poca claridad de nuestro derecho positivo sobre la materia, sería conveniente que el legislador competente estableciera para el personal laboral de las Administraciones una cláusula similar a la establecida en el artículo 38.10 del EBEP para los funcionarios. A nuestro juicio bastaría con modificar el tenor literal de este precepto para incluir también a los convenios colectivos junto con los Pactos y Acuerdos funcionariales. Con ello se evitaría la situación incomprensible que permite el actual modelo, que posibilita que las Administraciones autonómicas o locales puedan desvincularse de las cláusulas más gravosas económicamente de un Acuerdo funcional pero no lo puedan hacer respecto de las cláusulas similares contenidas en un convenio colectivo cuando el perjuicio para el interés público es el mismo en ambos casos. En todo caso, esta solución exigiría la intervención del legislador estatal, que es el único habilitado para concretar -y matizar en este supuesto- la fuerza normativa de los convenios colectivos que deriva del artículo 37 de la Constitución.

## VI

**Observaciones esenciales.-** Pasando al examen pormenorizado del texto del anteproyecto sometido a dictamen, procede a continuación efectuar varias observaciones a las que ha de atribuirse carácter esencial

**Artículo 3. Exceso de horas.-** El primer inciso del apartado 1 de este artículo determina que *“El exceso de horas realizadas superiores a la jornada legalmente establecida se compensará mediante descansos adicionales”*. En este artículo no se hace ninguna referencia al personal al que resulta de aplicación, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1, ha de estimarse que es a todo el de la Administración autonómica, incluido el laboral. Sobre este aspecto es de señalar que el artículo 53 del VI Convenio Colectivo, que regula las horas extraordinarias establece que las mismas serán compensadas mediante descanso, salvo que se trate de horas extraordinarias por necesidad de reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, en cuyo caso el trabajador tiene la opción de elegir entre descanso o compensación económica.

Supuesto excepcional en el que la opción atribuida al trabajador convencionalmente se considera que no puede ser suprimida legalmente al amparo de la potestad atribuida por el artículo 31.12 de nuestro Estatuto de Autonomía, dada su escasísima incidencia en la actividad económica regional.

**Artículo 5.1. Retribuciones.-** El apartado 1 del artículo 5 dispone lo siguiente: *“Desde el 1 de enero y durante todo el ejercicio 2012, la cuantía del complemento específico y conceptos asimilados que perciba el personal funcionario y eventual que desempeña funciones retribuidas de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ella, se reducirá en un 10%, hasta un máximo del 3 % del salario bruto individual, respecto de los vigentes a 31 de diciembre de 2011”*. El concepto retributivo sobre el que pivota la reducción salarial es el complemento específico, estableciendo un límite a la reducción del mismo cifrada en la cuantía correspondiente al 3 por 100 de las retribuciones brutas de cada funcionario o personal eventual. Según dice el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, el específico es un complemento de puesto de trabajo que retribuye las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad,

peligrosidad o penosidad. Esto es, es un complemento retributivo de carácter objetivo que se asigna en función de las características del puesto de trabajo y no de las del funcionario o personal eventual. Ahora bien, al actuar el límite a la minoración sobre las retribuciones íntegras de los funcionarios y del personal eventual, en las mismas se integran conceptos retributivos que no están vinculados al puesto de trabajo ni al cuerpo al que pertenezca el funcionario, como son los trienios, el grado personal consolidado y los complementos personales transitorios. Ello supone que el sistema de minoración establecido en este apartado puede comportar que funcionarios y personal eventual que desempeñen un mismo puesto de trabajo y, por lo tanto, tengan asignado el mismo complemento específico, a partir de la entrada en vigor de la Ley pasen a percibir un complemento específico diferente, no por alteración de las condiciones de trabajo, sino por tomar en cuenta en la minoración una consideración personal, que conllevaría una infracción al principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución, toda vez que desempeñando el mismo puesto de trabajo, percibirían un complemento específico diferente. Para que no se produzca esta situación, en la aplicación del límite del 3 por 100 se deben excluir las retribuciones que tengan su origen en circunstancias personales de los funcionarios o personal eventual, bien estableciéndolo así, o describiendo los conceptos retributivos sobre los que se aplica el citado 3 por 100.

**Artículo 6. Retribuciones de los Altos Cargos.-** El apartado 1 de este artículo establece que *“Desde el 1 de enero y durante todo el ejercicio 2012, las retribuciones de los altos cargos y asimilados de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de la misma, se reducirán hasta un total del 3% con respecto a las vigentes a 31 de diciembre”*. La utilización del adverbio *“hasta”* al referirse al 3 por 100, supone que no es la Ley la que determina el porcentaje de reducción, sino que deberá ser otro órgano -el Consejo de Gobierno en aplicación de lo previsto en la disposición final primera- quien adopte dicha decisión, el cual puede ir desde el 0,1 hasta el 3 por 100. No parece que ésta sea la intención del Gobierno proponente, como se desprende del último párrafo del apartado III de la Exposición de Motivos. Pero, además de esto, ha de señalarse que las retribuciones de los Altos Cargos han de contenerse en norma con rango de Ley, por lo que este Consejo estima que debería suprimirse el adverbio *“hasta”*, con lo que su reducción retributiva ya quedaría fijada en la Ley en el 3 por 100.

**Artículo 15. Exención de guardias para mayores de 55 años.-** La circunscripción de las medidas en él contempladas al personal *“fijo”*

-apartado 1.a)-, excluyendo así al personal estatutario temporal, suscita la problemática derivada de una potencial vulneración del principio comunitario de no discriminación del trabajo temporal, ligado también al principio constitucional de igualdad -artículo 14 CE-, conforme a la doctrina enunciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Constitucional -ver, por ejemplo, Sentencia de 13 de septiembre de 2009 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Ar. TJCE 2007,229)- o Auto del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2008 (Ar. RTC 2008,201)-.

No parece haber razones objetivas que impidan radicalmente el derecho a la exención de guardias al personal estatutario interino -el contemplado en el artículo 9.2 de la Ley 55/2003 (EMPES)-, cuando cumpla el requisito de edad referido, toda vez que entre los empleados con este tipo de nombramiento puede haber personal que venga gozando de suficiente estabilidad en el empleo como para poder participar en los procedimientos articulados al efecto conforme a las determinaciones de los apartados Cuarto del actual Acuerdo de 25 de marzo de 2003 y Quinto del Acuerdo suscrito con el INSALUD el 23 de julio de 1997, siempre que la concesión del derecho sea compatible con el tipo de actividad asistencial que da objeto al nombramiento y no conlleve menoscabo para el buen desarrollo de la actividad asistencial, que es la máxima que en cualquier caso debe presidir su ejercicio.

**Artículo 20. Oferta de empleo público.-** Mediante este artículo se modifica el artículo 19.4 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, con la siguiente redacción: *“Se procurará que la ejecución total de la oferta de empleo público se desarrolle en el plazo improrrogable de tres años, contados a partir del día siguiente al de su publicación”*. La utilización de la expresión verbal *“procurará”* significa un deseo o voluntad, pero no una obligación, siendo este el sentido de la modificación respecto a la regulación actual. Al respecto es de señalar que el último inciso del apartado 1 del art. 70 del EBEP dispone *“En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”*. Este precepto, según dice la disposición adicional primera del EBEP, tiene la naturaleza de básica, al haberse dictado al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.18<sup>a</sup> de la Constitución Española, por lo que vincula a la Administración autonómica, quien en su normativa propia no está facultada para eliminar el carácter imperativo establecido en el EBEP. Por esta razón, debería eliminarse este artículo, dejando subsistente la actual redacción del apartado 4 del artículo 19 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo.

**Artículo 21.1. Complemento por incapacidad temporal.**- Mediante este artículo se modifica la disposición adicional séptima de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, que regula el “*Complemento por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y adopción o acogimiento*”. El apartado 1 del mismo dispone lo siguiente:

*“Todo el personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ella que se encuentre en situación de incapacidad temporal, derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural de una persona menor de doce meses, así como quienes disfruten de los periodos de descanso por parto, paternidad o adopción o acogimiento previstos en los artículos 102 a 104 con independencia de cuál sea su régimen público de Seguridad Social, tiene derecho, desde el primer día y hasta la finalización de la situación o de los periodos de descanso de que se trate, a la percepción de un complemento equivalente a la diferencia entre las prestaciones que reciban de dichos regímenes públicos y el cien por cien de la suma de los siguientes conceptos retributivos: sueldo, trienios, complemento de carrera, complemento de puesto de trabajo y complementos personales transitorios, en los casos que existan.*

*Dicho complemento se extenderá, exclusivamente, desde el undécimo día hasta el vigésimo día, al 75 % de dichos conceptos retributivos en los casos en que la incapacidad temporal no tenga su origen en accidente de trabajo o en enfermedad profesional. A partir del vigésimo primer día de baja se extenderá al 100 % de los precitados conceptos retributivos”.*

Varias son las consideraciones que este Consejo estima debe efectuar respecto al contenido de este artículo.

En primer lugar, se observa que se modifica el ámbito de aplicación del mismo, pasando de ser aplicable únicamente a los funcionarios a los que se refiere la Ley 4/2011, de 10 de marzo, en su artículo 2.1, a pretender que se aplique a todo el personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ella que se encuentre en incapacidad temporal. Es decir, a todos los empleados públicos de la Junta de Comunidades, salvo los que presten servicio en las sociedades mercantiles, fundaciones y consorcios.

El complemento de incapacidad temporal tiene la naturaleza jurídica de mejora voluntaria de la Seguridad Social, incardinándose

dentro de las previsiones contenidas en los artículos 191 y 192 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Dado su carácter de voluntario, no se integra en el contenido mínimo de los convenios colectivos. Sin embargo, al haberse pactado en el artículo 44 del VI Convenio Colectivo que los trabajadores durante la suspensión del contrato por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de doce meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, siempre que su duración en el último caso no sea inferior a un año, tienen derecho a la suspensión del contrato y que durante esta suspensión se garantizará la percepción del 100 por 100 del salario real que viniera percibiendo, esta obligación reconocida por la Administración se ha convertido en un derecho del personal laboral durante la vigencia del Convenio Colectivo, derecho que no puede ser limitado por el legislador autonómico, precisándose la modificación del convenio colectivo por el procedimiento establecido en el artículo 85.3.h). 2º del ET.

Pero es más, aunque por lo expuesto en los anteriores párrafos se pudiese considerar que la nueva Ley prevaleciese sobre el convenio, ha de tenerse en cuenta, en segundo lugar, lo dispuesto en el artículo 192 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el que se establece que *“Las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General costeándolas a su exclusivo cargo. [...] No obstante el carácter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”*. Aunque el precepto transcrito utilice el término *“trabajador”*, el mismo también es de aplicación a los funcionarios a los que resulta de aplicación el Régimen General de Seguridad Social. Es por ello que la minoración de la mejora que respecto a la incapacidad temporal por contingencias comunes se recoge en la nueva redacción de la disposición adicional séptima de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, no debe ser de aplicación a quienes en el momento de entrada en vigor de la Ley que se dictamina se encuentren en la situación de incapacidad temporal, por lo que deberá incluirse en el texto legal la correspondiente disposición transitoria en la que se regule la situación del personal que en el momento de entrada en vigor de la Ley se encuentre en incapacidad temporal por contingencias comunes.

En tercer lugar, la redacción del precepto transcrito, y su coherencia con la regulación efectuada por el artículo 131 del Real



Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, respecto al nacimiento y duración del subsidio por incapacidad temporal, parece dar a entender que durante los tres primeros días de incapacidad temporal por contingencias comunes, el personal que preste servicios en la Administración autonómica no percibirá ninguna retribución ni prestación y que desde el cuarto al décimo día percibirá el 60 por 100 de la base reguladora (que puede ser diferente a las retribuciones totales) y del undécimo hasta el vigésimo el 75 por 100 de los conceptos retributivos que refiere en el primer apartado de este artículo. Además de que la referencia a “*dichos conceptos retributivos*” -suelo, trienios, complemento de carrera, complemento de puesto de trabajo y complementos personales transitorios- no es correcta, puesto que no todos los empleados a los que afecta perciben sus retribuciones por dichos conceptos retributivos, es de señalar que en la Administración también existen funcionarios a quienes no es de aplicación el Régimen General de Seguridad Social por resultarles aplicable el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado. Este régimen se integra por los mecanismos de cobertura de Derechos Pasivos, regulados en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, y por el Mutualismo Administrativo, regulado en el Texto Refundido de la ley de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio. Esta norma legal regula la incapacidad temporal de los funcionarios en la Sección 2ª del Capítulo V, disponiendo al efecto el artículo 19.1 que “*Se encontrarán en situación de incapacidad temporal los funcionarios que acrediten padecer un proceso patológico por enfermedad o lesión por accidente que les impida con carácter temporal el normal desempeño de sus funciones públicas o que se encuentren en período de observación médica por enfermedad profesional, siempre y cuando reciban la asistencia sanitaria necesaria para su recuperación facilitada por la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado y hayan obtenido licencia por enfermedad*”. Por su parte, el artículo 21.1 establece que “*1. La prestación económica en la situación de incapacidad temporal consistirá: [ ] a) Durante los primeros tres meses, en la totalidad de las retribuciones básicas y de las retribuciones complementarias del funcionario en la misma cuantía a las que le correspondería en cada momento en su puesto de trabajo si no se encontrase en esta situación de incapacidad temporal, y con cargo a los mismos conceptos presupuestarios por los que se venían percibiendo dichas retribuciones. [ ] b) Desde el cuarto mes percibirá las retribuciones básicas, la prestación por hijo a cargo, en su caso, y un subsidio por incapacidad temporal a cargo de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del*

*Estado, cuya cuantía, fija e invariable mientras dure la incapacidad, será la mayor de las dos cantidades siguientes: [ ] 1.ª El 80 por ciento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y grado, en su caso), incrementadas en la sexta parte de una paga extraordinaria, correspondientes al tercer mes de licencia. [ ] 2.ª El 75 por ciento de las retribuciones complementarias devengadas en el tercer mes de licencia”.*

Como se desprende de lo anterior, la normativa de aplicación en materia de seguridad social de los funcionarios a los que resulta aplicable el Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado establece un régimen de incapacidad temporal diferente al que se contempla en el Régimen General de Seguridad Social, régimen que el legislador autonómico debe respetar, dado que carece de competencia para modificar lo establecido en el Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio. Puede, si así lo desea, completar como mejora las percepciones que estos funcionarios tienen derecho a percibir a partir del tercer mes que se encuentren en la situación de incapacidad temporal, pero no puede recortar los derechos reconocidos por una normativa que les resulta directamente de aplicación.

De lo expuesto respecto de este artículo, estima este Consejo que deberían efectuarse las siguientes modificaciones al texto propuesto: a) excluir al personal laboral de su ámbito de aplicación; b) modificar la referencia que se efectúa en el primer párrafo a los conceptos retributivos que integran el complemento, sustituyéndolos por una redacción más genérica que se refiera, no sólo a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, sino también a los funcionarios docentes no universitarios, al personal estatutario, corrigiéndose también la referencia que en el apartado dos se efectúa a los conceptos retributivos; y c) contemplar de forma específica el supuesto de los funcionarios que están incluidos en el ámbito de aplicación del Régimen Especial de Funcionarios Civiles del Estado.

Finalmente, aunque ya sin carácter de esencial, estima este Consejo que de incluir la disposición que se analiza a través de una modificación de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, también deberían modificarse los apartados 2 y 3 del artículo 2 de la misma Ley, preceptos en los que se establecen las disposiciones que resultan de aplicación al personal docente no universitario y al personal estatutario del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, entre las que no se incluye la disposición adicional séptima, al objeto de evitar contradicciones internas de esta Ley.

## VII

**Observaciones no esenciales.-** Procede seguidamente efectuar otras observaciones que, aunque no tengan carácter esencial, tienden a dotar a la norma de mayor seguridad y precisión en su interpretación y aplicación.

**Exposición de Motivos.-** Debe tenerse en cuenta, a falta de unas directrices propias a tener en cuenta en la elaboración de las disposiciones generales autonómicas, las contenidas en la Resolución de 28 de julio de 2005 de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por lo que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa, que, en su apartado c).12, dedicado a la parte expositiva de las normas, señala, en cuanto a su *“Contenido”*, lo siguiente: *“La parte expositiva de la disposición cumplirá la función de describir su contenido, indicando su objeto y finalidad, sus antecedentes y las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta. Si es preciso resumirá sucintamente el contenido de la disposición, a fin de lograr una mejor comprensión del texto, pero no contendrá partes del texto del articulado, se evitarán las exhortaciones, las declaraciones didácticas o laudatorias u otras análogas”*.

Atendiendo a esta directriz y en aras de la objetividad propia de un texto normativo dirigido a todos los ciudadanos no parecen apropiadas algunas expresiones que convendrá revisar.

Tampoco parece propio de la Exposición de Motivos dar cuenta de todas las Leyes aprobadas por las nuevas Cortes regionales o de las actuaciones del Gobierno que no tengan que ver en forma inmediata y directa con la nueva norma; ni se encuentra suficiente relación entre la supresión de la oficina del Defensor del Pueblo y el Consejo Económico y Social con la expresión *“medidas estas que entran dentro de los objetivos del Gobierno regional de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”*.

### **Artículo 1. Jornada de trabajo.-**

1.-En el apartado 1 de este artículo se dice que *“La jornada semanal de trabajo para el personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, cualquiera que sea su régimen jurídico, será de treinta y siete horas y treinta minutos”*.

Entre el personal al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades se encuentra el laboral, para quien el VI Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha establece, en su artículo 47, que *“La jornada ordinaria de trabajo efectivo para el personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha será de 35 horas, en jornada semanal, con un total de 1.554 horas de jornada máxima anual”*.

Como se ha dicho anteriormente, la jornada de este personal se caracteriza por ser una materia laboral, siendo ésta la explicación por la que el artículo 100 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, se refiere exclusivamente al *“personal funcionario”* cuando regula la jornada ordinaria de trabajo de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha. La jornada laboral, que constituye una de las principales, por no decir la principal obligación de los trabajadores, se encuentra regulada con el rango de ley en el artículo 34 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 (ET), en cuyo apartado 1 se establece que su duración máxima será de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Teniendo en cuenta este límite máximo, los convenios colectivos pueden establecer la jornada anual de aplicación a los trabajadores incluidos en su ámbito, teniendo su contenido un carácter normativo amparado por lo dispuesto en el artículo 37.1 de la Constitución Española.

Así lo ha entendido el EBEP en la regulación que efectúa de la jornada, a la que dedica dos artículos, el 47 para los funcionarios y el 51 para el personal laboral. En el primero establece que *“Las Administraciones Públicas establecerán la jornada general y las especiales de sus funcionarios. La jornada de trabajo podrá ser a tiempo completo o a tiempo parcial”*. A la vista de este precepto, ninguna duda cabe que respecto de los funcionarios las Administraciones públicas tienen competencia para establecer la jornada que les es de aplicación. En cambio, por lo que al personal laboral se refiere, el EBEP, en su artículo 51, dispone que *“Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”*. Al no contener el EBEP, en este Capítulo, más determinaciones respecto a la jornada, pues los artículos 48 y 49 se refieren a permisos y el artículo 50 a las vacaciones de los funcionarios públicos, la interpretación que de ello parece derivarse es que la jornada del personal laboral se rige por la normativa laboral, la cual está constituida por el Estatuto de los Trabajadores y por los convenios colectivos de aplicación.

Es cierto que la Ley tiene como se ha analizado anteriormente un rango normativo superior al convenio colectivo, y así lo establece expresamente el artículo 3 del ET, por lo que en aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, la Ley puede afectar a lo dispuesto en un convenio colectivo, y así lo ha dicho el Tribunal Constitucional en diversas sentencias entre las que cabe citar las 177/1988, de 10 de octubre (Arz. RTC 1988,177), 92/1994, de 21 de marzo (Arz. RTC 1994,92), 62/2001, de 1 de marzo (Arz. RTC 2001,62) y recientemente el auto número 85/2011, de 7 de junio (RTC 2011,85), en relación con el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptaban medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Ahora bien, la aplicación del principio de jerarquía ha de incardinarse dentro del principio de competencia, de tal forma que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas únicamente pueden legislar respecto de materias en las que tengan asignada competencia para ello. Ello supone que si la Comunidad Autónoma tuviese competencia legislativa en materia laboral, la modificación de la jornada del personal laboral de la Administración autonómica podría llevarse a cabo mediante una ley regional, pero al carecer de dicha competencia la cuestión resulta bastante más dudosa y su establecimiento mediante Ley seguramente podría traer como consecuencia el planteamiento de un conflicto colectivo de incierto resultado, por lo que sería más conveniente, en aras de la seguridad jurídica, llevar a cabo la modificación del VI Convenio Colectivo a través del procedimiento previsto en el artículo 85.3.h) 2º del ET.

Es de señalar no obstante, que sobre esta cuestión no existe jurisprudencia constitucional ni ordinaria suficiente que permita pronunciarse de forma rotunda al respecto. Por ello, tampoco es descartable que, teniendo en cuenta las especiales circunstancias de crisis económica regional a la que se hace referencia en la Exposición de Motivos del anteproyecto de Ley, la Junta de Comunidades, mediante una norma con rango de ley, y amparándose en otros títulos competenciales, pudiese establecer la jornada de todos los empleados públicos, ya sean funcionarios o laborales, si bien, respecto a estos últimos, limitándose a aquellos aspectos en los que pudieran primar otros títulos competenciales distintos del laboral.

El primero de estos títulos se puede encontrar en la competencia de autoorganización asignada a la Junta de Comunidades en el artículo 31.1.1ª del Estatuto de Autonomía. La potestad de autoorganización se encuentra vinculada directamente con el cumplimiento del principio de eficacia al que se refiere el artículo 103.1 de la Constitución Española.

Este principio de actuación de la Administración pública es de aplicación con independencia del régimen jurídico del personal que en ella preste servicios, lo que podría justificar un régimen de jornada similar de todos los empleados públicos justamente para conseguir una mayor eficacia de la Administración.

El segundo título se encuentra en la competencia de planificación económica a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, pues resulta innegable que una mayor jornada del personal de la Administración coadyuvará bien a prestar mejor los servicios públicos o a prestarlos a menor coste, si el incremento de la jornada no conlleva a su vez un incremento retributivo. Un ejemplo de relación de la jornada con los gastos de personal lo tenemos en el reciente Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que en su Capítulo II, bajo la rúbrica de *“De los gastos de personal”*, incluye tres artículos: el primero dedicado a las retribuciones del personal y altos cargos del sector público, en el que se dice que las retribuciones del sector público para el año 2012 no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011; el segundo, referido a la oferta de empleo público, en el que se limita la incorporación de nuevo personal al sector público y, el tercero (artículo 4) dedicado a regular la reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos, mediante el que se establece que, a partir del 1 de enero de 2012 y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinario de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos.

Dicho lo anterior, este Consejo, aunque no califique la consideración que se efectúa respecto del personal laboral como de esencial, sí quiere resaltar su importancia y trascendencia, por las consecuencias que de una decisión jurídicamente errónea se pudiera derivar de incrementar la jornada del personal laboral mediante una ley regional, riesgo que no existiría de efectuar dicho incremento a través de la modificación del convenio colectivo vigente o mediante la inclusión de la jornada de 37 horas y 30 minutos en el nuevo convenio que se ha de negociar, toda vez que el VI Convenio Colectivo tenía prevista su expiración normal el día 31 de diciembre de 2011.

2.- La fórmula de establecimiento de una jornada fija semanal puede generar diversos problemas interpretativos a los que a continuación se hace referencia: a) El primero es si esas horas se deben cumplir en todo caso o únicamente en aquellas semanas en las que no existan festivos, toda vez que en el derecho laboral, que es donde existe más doctrina

sobre la jornada laboral, los festivos no se computan como trabajo efectivo. b) Si los empleados públicos a los que se aplica deben hacer necesariamente 37 horas y 30 minutos todas las semanas o el cómputo se calcula de forma mensual. En el primer supuesto, no es ocioso decirlo, ello incidirá negativamente en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral. Por la regulación que se efectúa en el apartado 2 de este artículo -descuento por incumplimiento de la jornada en cómputo mensual- y en el artículo 4 “*Horario de las oficinas*”, donde se mandata que el desarrollo reglamentario se efectúe de forma que permita la adecuada flexibilidad en el cumplimiento del horario y la adopción de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, parece derivarse que la intención del legislador no es que se exija un cumplimiento de 37 horas y 30 minutos fijos cada semana, sino en cómputo mensual, pero ello no concuerda con la literalidad del primer apartado de este artículo, donde se fija de forma imperativa una jornada de 37 horas y 30 minutos semanales. c) En la actualidad existen diversos centros de trabajo donde para prestar un mejor servicio público, la jornada se presta de forma irregular durante el año natural. De no variarse la redacción del primer apartado, esta forma de distribución de la jornada anual quedaría automáticamente modificada.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que parece aconsejable efectuar un desarrollo reglamentario de la jornada que contemple las diversas situaciones que pueden darse en la prestación de los servicios públicos por parte de la Administración autonómica, se recomienda que al apartado uno se añada la expresión “*de promedio en cómputo anual*” o, en su caso, “*en cómputo mensual*”.

Es de notar que el artículo 4 del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, después de fijar en su párrafo primero que “*la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos*”, añade en su párrafo segundo que “*Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria*”.

3.- El carácter “*automático*” del descuento al que se refiere el apartado 2, no es tal, como se comprueba de la propia redacción del mismo y del apartado 3, ya que el empleado puede justificar la diferencia del horario. Por ello, sería conveniente eliminar dicho vocablo.

4.- El apartado 4 de este artículo dispone que “*El incumplimiento*

*injustificado de la jornada y horario dará lugar a la correspondiente sanción disciplinaria*". La imposición de una sanción disciplinaria exige, tanto respecto de los funcionarios como del personal laboral, la tramitación del correspondiente procedimiento disciplinario, en el que se acredite la culpabilidad del encausado, debiéndose ejercer la potestad disciplinaria de acuerdo con los principios reseñados en el artículo 94.2 del EBEP, y en este sentido se precisa en el artículo 143.1 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, en el que se dice que *"En ningún caso se puede imponer una sanción sin que se haya tramitado el procedimiento reglamentariamente establecido"*. Consiguientemente, sería conveniente corregir la redacción de este artículo al objeto de que no pueda ser interpretado de forma equívoca, en el sentido de que es posible la imposición de una sanción sin el previo procedimiento disciplinario. Dicho lo anterior, ha de señalarse que este apartado no introduce ninguna nueva regulación, salvo que se entendiese en el sentido indicado, en cuyo caso esta consideración tendría el carácter de esencial, dado que la Ley 4/2011, de 10 de marzo, en su artículo 135 tipifica como falta grave el incumplimiento injustificado de la jornada o del horario de trabajo que acumulado suponga un mínimo de diez horas al mes, y el artículo 136 como falta leve si el incumplimiento es menor. Por ello, lo más recomendable es la supresión de este apartado para evitar confusiones respecto a los efectos disciplinarios del incumplimiento de la jornada y horario.

**Artículo 5.2. Retribuciones.-** Este precepto, después de establecer el sistema de disminución de retribuciones para el personal funcionario y eventual, dice en su apartado 2 que *"Para el resto del personal empleado público que desempeña funciones al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ella, la reducción consistirá en la aplicación a este personal, con efectos de 1 de enero de 2012, de una minoración del 3 % en las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos del salario bruto individual"*.

Así como respecto de los funcionarios el legislador regional, en virtud de lo establecido en el artículo 39.3 del Estatuto de Autonomía, tiene competencia para modificar la cuantía del complemento específico, imputando al mismo la minoración de las retribuciones de los empleados públicos en un 10 por 100, respecto del personal laboral la forma de actuar presenta mayores problemas jurídicos.

El EBEP en su artículo 27 dispone que *"Las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el*



*artículo 21 del presente Estatuto”, el cual dice que “1. Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos. [ ] 2. No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal”. Esto es, en el EBEP se admite la posibilidad de limitar el incremento de la masa salarial, pero en cuanto a la determinación de las retribuciones del personal laboral se remite a lo que se disponga en la legislación laboral, convenios colectivos de aplicación y el contrato de trabajo.*

La habilitación competencial del Estado para establecer las limitaciones al incremento retributivo de los empleados públicos de todo el sector público, se encuentra en el artículo 149.1.13ª de la Constitución Española, en el que se atribuye al Estado la competencia sobre las *“Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”*, y así se refleja de forma expresa en las disposiciones presupuestarias correspondientes, como sucede en el reciente Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, en el que, después de disponer en el apartado Dos del artículo 2 que, *“En el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo”*, añade en el apartado Siete del mismo artículo que *“Los apartados Uno, Dos y Tres de este artículo tienen carácter básico y se dictan al amparo de los artículos 149.1.13.ª y 156.1 de la Constitución”*. En este último precepto constitucional se dice que *“Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y la solidaridad entre todos los españoles”*. Ello supone que la limitación al incremento retributivo de los empleados públicos no se fundamenta ni en el artículo 149.1.18ª para los funcionarios, ni en el artículo 149.1.7ª para el personal laboral, sino en la competencia referente a la planificación económica.

En materia de planificación económica la competencia es compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, correspondiendo a aquél las bases y la coordinación, y asignándose en el Estatuto de Autonomía a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha la *“Planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo*

*económico de la Región, dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional y del sector público económico de Castilla-La Mancha*". En virtud de esta competencia y respetando lo que al efecto disponga el Estado, puede establecer limitaciones al Capítulo I de los presupuestos, limitación que permite incluso la minoración de la masa salarial de los empleados públicos.

La cuestión que resulta más problemática es si en virtud del referido título competencial y teniendo en cuenta que la Comunidad Autónoma, al contrario del Estado, no tiene competencia legislativa ni reglamentaria en materia laboral, puede establecer, como se hace en el texto del anteproyecto que se dictamina, que la minoración retributiva del 3 por 100 se debe aplicar en las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos del salario del personal laboral.

En principio, de la redacción que se contiene en los artículos 21 y 27 del EBEP, parece que lo jurídicamente correcto sería limitarse a establecer la minoración de la masa salarial en un 3 por 100, mandatando que a través de la negociación colectiva se determinase el sistema de llevar a cabo dicha disposición o adoptando la Administración las decisiones que, dentro de sus competencias y sin afectar al contenido de lo establecido en los convenios colectivos correspondientes, pudieran dar cumplimiento al mandato legal. La primera opción tiene su soporte jurídico en el 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 (ET), que permite la modificación de los convenios colectivos en vigor al atribuir en su artículo 83.3.h).2º, a la Comisión Paritaria *"El desarrollo de funciones de adaptación o, en su caso, modificación del convenio durante su vigencia"*, en los términos allí establecidos.

Ahora bien, de ser esta la única opción, pudiera suceder que en la negociación colectiva a través del procedimiento previsto en el citado artículo 83 no se llegue a ningún resultado y que mediante las decisiones que pueda adoptar la Administración de forma unilateral tampoco se pueda hacer realidad la minoración del 3 por 100 de la masa salarial, lo que conduciría a la anómala paradoja de no poder dar cumplimiento al mandato legal, por dar primacía a la competencia en materia laboral respecto a la competencia en materia de planificación económica.

Tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria admiten que la limitación de incrementos retributivos de los empleados públicos, al igual que de las correspondientes minoraciones, por parte del Estado, tiene su amparo en el artículo 149.1.13ª. Al efecto, el Tribunal Supremo

en la Sentencia de 8 de junio de 1995 (Arz. RJ 1995,4772), dijo que *“una Ley de Presupuestos de una Comunidad Autónoma no es desde luego una disposición laboral, ni es tampoco primariamente una disposición sobre condiciones de trabajo, aunque pueda tener repercusión indirecta sobre éstas últimas”*, si bien es de señalar que la Ley a la que se refería que era la Ley de Presupuestos del País Vasco para el año 1994 se limitaba a establecer la limitación de la masa salarial, siguiendo lo anteriormente dispuesto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el mismo año, sin establecer la forma en la que había de llevarse a cabo dicha limitación del incremento retributivo.

A los efectos de conciliar la competencia que la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene en materia de planificación económica y su falta de competencia para legislar en materia laboral -que de tenerla en forma indubitada permitiría, sin duda, al legislador modificar los convenios colectivos de las Administraciones públicas autonómicas- estima este Consejo que es jurídicamente admisible que en la Ley se prevea la imputación de una minoración del 3 por 100 en cada uno de los conceptos retributivos del personal laboral, pero siempre que ello se efectúe a cuenta de lo que pueda resultar de la negociación colectiva que necesariamente debería llevarse a cabo, bien para ratificar dicha decisión o para su modificación, en los términos que así lo consideren los correspondientes negociadores, siempre que con ello se dé cumplimiento al mandato legal de minoración de la masa salarial en un 3 por 100, que es la materia que se puede incardinar indiscutidamente dentro de la competencia de planificación económica, pues esta competencia no alcanza a decidir sin negociación colectiva cómo deban quedar afectados los conceptos salariales de cada uno de los empleados públicos sujetos al régimen laboral.

Es de señalar que una fórmula similar a la que se propone fue la utilizada por el legislador estatal en el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, de adopción de medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, el cual, en la redacción que mediante el artículo 1 se daba al artículo 22.Dos.4 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, después de establecer que *“La masa salarial del personal laboral del sector público definido en el apartado Uno de este artículo experimentará la reducción consecuencia de la aplicación a este personal, con efectos de 1 de junio de 2010, de una minoración del 5 por 100 de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación, a excepción de lo que se refiere a la paga extraordinaria del mes de junio de 2010 a la que no se aplicará la reducción prevista en el*

*presente apartado*”, añadía lo siguiente: “*Sin perjuicio de la aplicación directa e individual en la nómina del mes de junio de 2010 de la reducción a que se refieren los párrafos anteriores, la distribución definitiva de la misma podrá alterarse en sus ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva sin que, en ningún caso, de ello pueda derivarse un incremento de la masa salarial como consecuencia de la aplicación de las medidas recogidas en los puntos anteriores*”. Es de señalar que en la disposición final primera del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, no se hace ninguna mención al artículo 149.1.18<sup>a</sup> cuando relaciona los títulos competenciales en base a los que dicta la referida norma legal.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se estima que debería modificarse el apartado 2 del artículo 5 a cuyo efecto se le podía dar una redacción en el siguiente sentido: “*Para el resto del personal empleado público que desempeña funciones al servicio de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de ella, la reducción consistirá en la aplicación a este personal, de una minoración del 3% de la masa salarial. La forma de llevar a cabo la citada minoración se establecerá a través de la negociación colectiva, si bien a cuenta de lo que de la misma resulte, a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley en la nómina de cada uno los empleados públicos a los que afecta esta disposición se deberá efectuar un descuento del 3% en las cuantías de cada uno de sus conceptos retributivos*”.

Por otra parte, es de advertir que ni en el precepto transcrito, ni en ninguna otra disposición del anteproyecto de Ley, se prevé una minoración similar respecto del personal laboral del resto de entes que forman parte del sector público, ya se trate de sociedades mercantiles pertenecientes a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de consorcios o de fundaciones del sector público autonómico, lo cual puede dar lugar a un trato discriminatorio en la aplicación de la minoración de gastos que se pretende con el referido texto legal, ya que en el expediente no se ofrece ninguna fundamentación que, en su caso, pudiera justificar esta excepción. En la disposición adicional segunda del anteproyecto de Ley se relacionan los entes que forman parte del sector público autonómico, pero esta disposición en nada afecta al contenido del artículo 5.2, el cual no es aplicable al sector público, sino únicamente a la Administración de la Junta de Comunidades y a las entidades de derecho público, que son dos de las siete tipologías de entes que se relacionan en la referida disposición adicional.

**Artículo 7. Oferta de Empleo Público.-** Según se dispone en el apartado 1 de este artículo, durante el año 2012 no se procederá

a la aprobación de la Oferta de Empleo Público. Sin embargo, en el apartado 2, se dice que previa deliberación del Consejo de Gobierno, podrán convocarse, de forma excepcional, plazas de nuevo ingreso para determinados sectores. Respecto a la Oferta de Empleo Público, el artículo 70.1 del EBEP dispone que *“Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por ciento adicional, fijando el plazo máximo de la convocatoria de los mismos”*. Esto es, según el EBEP, para poder convocar plazas de nuevo ingreso se requiere con carácter previo que el Consejo de Gobierno apruebe la Oferta de Empleo Público, y así se dice en el artículo 19 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo. Parece que se trata de un error conceptual en la utilización de los términos oferta de empleo público y convocatoria de plazas, que son diferentes, y que lo que realmente se pretende es decir que el Consejo de Gobierno, de forma excepcional, podrá aprobar una Oferta de empleo público para los sectores que indica. Sin embargo, no es esta la interpretación sistemática que de la interrelación de los dos párrafos se obtiene, por lo que debería hacerse mención a la aprobación de una posible Oferta de Empleo Público con carácter excepcional en el segundo apartado. También podría redactarse el artículo en un solo apartado con una redacción similar a la siguiente: *“Durante el año 2012 no existirá Oferta de Empleo Público, salvo que concurran circunstancias excepcionales, en cuyo supuesto, y previa la oportuna justificación, el Consejo de Gobierno podrá acordar su aprobación en los sectores y categorías que se consideren prioritarios y afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales”*.

**Artículo 8. Distribución de la jornada semanal.**- El apartado 1 de este artículo dice que *“La jornada semanal del personal docente que imparte las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación en el ámbito de gestión de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha es la establecida en el artículo 1”*. Este apartado resulta innecesario, toda vez que este personal ya está incluido en el apartado 1 del referido artículo 1, el cual se refiere a todo el personal de la Administración autonómica. Consecuentemente, el contenido de este artículo puede reducirse a lo que se determina en el apartado 2, el cual coincide con la titulación del artículo 8.

### **Artículos 10 y 11. Jornada y reglas definitorias.-**

a) El artículo 10 aborda en cinco apartados destinados a diferentes

colectivos de personal estatutario otras tantas medidas de incremento de la jornada anual aplicable a los mismos. En su apartado 1 se establecen las jornadas anuales para los tres tipos de turnos generales actualmente regulados en el Decreto 88/2003, de 27 de mayo, el cual contempla a esos efectos la existencia de un “*turno en horario diurno*” -de 1.519 horas-, un “*turno rotatorio tipo*” -de 1.491 horas- y un “*turno fijo en horario nocturno*” -de 1.450 horas-.

El anteproyecto de Ley, sin introducir realmente cambios significativos en esta tipología, parece querer aprovechar la ocasión para clarificar que el turno actualmente denominado “*rotatorio tipo*”, que vendría a corresponderse en el anteproyecto con el llamado “*turno rotatorio*”, es el que será de aplicación a aquel personal que experimente rotaciones en sus turnos de trabajo, pero sólo en el caso de que uno de esos turnos sea realizado en horario nocturno.

Ahora bien, tras la entrada en vigor de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (EMPSS), la identificación del referido “*turno rotatorio*” como único turno de carácter rotatorio plantea un problema conceptual, ya que parece entrar en confrontación con las reglas definitorias establecidas por el artículo 46.2.h) e i) de la citada Ley 55/2003, según el cual: “[ ] 2. A los efectos de lo establecido en esta sección, se entenderá por: [ ] [...] h) Trabajo por turnos: toda forma de organización del trabajo en equipo por la que el personal ocupe sucesivamente las mismas plazas con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para el personal la necesidad de realizar su trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o de semanas. [ ] i) Personal por turnos: el personal cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos”.

De tal modo, teniendo presentes las reglas definitorias del citado artículo 46 del EMPSS, resulta que en el anteproyecto de Ley el personal estatutario que haga su trabajo de forma rotatoria en turnos de mañana y tarde es adscrito al denominado “*turno diurno*”, quedando acogido así a una denominación que no hace referencia a la posible rotabilidad de sus jornadas de trabajo.

Para superar esta falta de consonancia entre ambos preceptos legales quizá convendría diferenciar en el anteproyecto entre “*turno rotatorio diurno*” y “*turno rotatorio con realización de noches*”, fijando para el primero la misma jornada anual asignada para el denominado “*turno diurno*”.

La preocupación por clarificar nítidamente ese singular rasgo identificativo del llamado “*turno rotatorio*” ha hecho, incluso, que el apartado c) del artículo 11 se complete con una peculiar precisión aclaratoria - “[...], *es decir, incluyendo siempre el turno de noche, en cualquier sistema*”-, que hay que calificar de coloquial, redundante e impropia de la naturaleza preceptiva que debe caracterizar la formulación de una norma.

b) De otro lado, el apartado 2 del artículo 10 pretende establecer una pauta de equivalencia entre la jornada anual señalada para el tan citado “*turno rotatorio*” y el número de jornadas nocturnas tomado en consideración para la configuración y el cálculo horario de dicha jornada anual, indicando al efecto: “*La jornada en turno rotatorio que se establece en 1.530 horas anuales resulta de la ponderación de considerar la realización de 42 noches al año. La jornada anual de cada profesional que realice este turno se determinará en función del número de noches efectivamente realizadas durante el año, de acuerdo con la ponderación que se establezca por Resolución de la Gerencia del SESCAM*”.

Dicha redacción mueve a significar que el empleo reiterativo y poco afortunado del término “*ponderación*” no parece el más idóneo para lograr una formulación precisa de la regla analizada, aparentemente dirigida a lograr la caracterización del referido tipo de jornada y su equivalencia horaria; ya que, siendo ese su propósito plausible, el precepto debería especificar, con claridad y concisión, que la determinación del número de horas anuales asignado al referido “*turno rotatorio*” -cifrado 1.530 horas- conlleva y se corresponde con una realización de actividad profesional que impone el desempeño anual de un promedio de 42 jornadas nocturnas.

c) En el apartado 4 del artículo 10, relativo a la jornada de los profesionales sanitarios de Urgencias, Emergencias y Transporte Sanitario (GUETS) -actualmente regulada por Resolución de 22 de noviembre de 2007-, se ha deslizado el error de hacer mención a los profesionales sanitarios de emergencias de “*la unidad móvil de emergencias*”, utilizando en singular una expresión equívoca que sugiere la existencia de una sola unidad de esa naturaleza -las llamadas UVI’s móviles-. Por ello, se recomienda reseñar en plural tal referencia a los profesionales a cargo de las Unidades Móviles de Emergencias dependientes de la GUETS.

**Artículo 14. Complemento de Atención Continuada en jornada complementaria.**- Su apartado 1 hace referencia a un anexo que no figura en el texto remitido para dictamen.

## **Artículo 15. Exención de guardias para mayores de 55 años.-**

a) La comprensión de este artículo 15 se hace dificultosa porque lleva a cabo un tratamiento fragmentario de la materia regulada y presenta una ordenación que puede considerarse susceptible de mejora, toda vez que sus determinaciones abordan de forma puntual, sin ofrecer una adecuada visión de conjunto, algunos de los aspectos de los citados Pactos de 25 de marzo de 2003 (para Atención Primaria) y 23 de julio de 1997 (para Atención Especializada), relativos a la exención de guardias para profesionales de más de 55 años y a la posibilidad de realizar módulos de prestación adicional de actividad por el personal exento.

Con ese fin, parece más adecuado reformular el contenido de los dos primeros apartados, de manera que en el 1 se recojan los requisitos necesarios para poder lograr la mera exención de guardias -que son el a) y el b)-, desplazando al apartado 2 los otros dos requisitos complementarios -el c) y el d)-, que son los que adicionalmente han de cumplir quienes no sólo deseen quedar exonerados del deber de realizar guardias, sino también obtener el “intercambio” de las guardias de las que sean liberados por una participación voluntaria en los módulos de actividad adicional que puedan ser programados.

b) En el párrafo primero del apartado 3 se dice textualmente que “*para el cálculo de los módulos de actividad adicional que corresponde [sic] a cada profesional se tendrán en cuenta las guardias de 17 o más horas, realizadas en los tres años anteriores a la solicitud*”; pero esta determinación se incluye sin haber especificado previamente, como hace actualmente el citado Acuerdo de 25 de marzo de 2003 -en su apartado 2.1-, que la distribución de dichos módulos de actividad entre los solicitantes se efectuará por la Gerencia competente “*teniéndose en cuenta la actividad previa que venía desarrollando y las necesidades asistenciales*”.

En consecuencia, sería conveniente una clarificación del precepto examinado para llevar a su contenido aquellos aspectos implícitos en el mismo, tenidos en cuenta por el redactor de la disposición, pero que no han sido adecuadamente explicitados a fin de favorecer su inteligibilidad.

**Artículo 19. Oferta de Empleo Público.-** En la última línea del precepto se ha omitido la expresión “*en vigor*” tras el término “*entrada*”.

**Artículo 23. Nombramiento de personal docente, personal de instituciones sanitarias y contratación de personal laboral**



en empresas públicas dependientes de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.- El precepto prevé que desde el 1 de enero y durante todo el año 2012 no se procederá a la contratación de personal en el ámbito de las empresas públicas dependientes de la Administración de la Junta de Castilla-La Mancha, contemplando supuestos excepcionales para cubrir necesidades urgentes e inaplazables.

El último inciso “*aquellas que sean de carácter de urgencia*”, se sugiere modificarlo por la expresión “*aquellas que tengan carácter de urgencia*”.

**Artículo 26. Modificación de la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha.-** La Ley de Educación de Castilla-La Mancha queda modificada en los siguientes preceptos:

**Uno.** El artículo 128.3, sobre atención específica a la escuela rural, “*La Consejería competente en materia de educación mantendrá un centro docente público en aquellas localidades donde residan al menos cuatro alumnos y alumnas que cursen los niveles de educación infantil y de educación primaria*”, queda sin contenido.

La supresión de este precepto plantea la incertidumbre de cuántos alumnos se requieren para que sea obligatoria la creación de una escuela rural.

**Dos.** Se modifica el artículo 129, el cual adopta la redacción siguiente:

*“Becas y ayudas al estudio.*

*1. Todos los alumnos y alumnas tienen el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, y de acuerdo con su situación socioeconómica, al sistema público de becas y ayudas. En la enseñanza postobligatoria las becas y ayudas al estudio tendrán en cuenta además el resultado académico de su esfuerzo.*

*2. El Gobierno de Castilla-La Mancha arbitrará, en coordinación con la Administración estatal, un sistema de becas y ayudas para facilitar a las familias la continuidad en la escolarización, y para el acceso y la permanencia en las enseñanzas de bachillerato y ciclos formativos de formación profesional”.*

El apartado 1 elimina que “*el resultado académico del esfuerzo*” influya en el sistema de becas y ayudas al estudio en los niveles educativos no gratuitos.

El apartado 2 no sufre modificación alguna con respecto al texto de la Ley 7/2010, de 20 de julio, por lo que no se ve la necesidad de su inclusión en el anteproyecto de Ley que se somete a consulta, por coherencia con la técnica utilizada en el resto del articulado del propio anteproyecto de no reproducir los preceptos que no se modifican, el título del precepto podría ser modificación del apartado 1 del artículo 129.

**Artículo 27. Modificación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha.-** Mediante este precepto se modifican varios artículos de la Ley de la Lectura y de las Bibliotecas de Castilla-La Mancha.

El apartado **Tres** modifica el apartado 2 de la disposición transitoria única que queda con la siguiente redacción:

*“La Consejería competente en materia de bibliotecas procurará mantener transitoriamente, en función de la disponibilidad presupuestaria en cada ejercicio, el actual sistema de financiación a través de programas de ayuda a los municipios hasta la integración de las bibliotecas públicas municipales en la Red de Bibliotecas de Castilla-La Mancha y la celebración de los convenios de financiación a que se refiere el artículo 31.4 de esta Ley”.*

Se modifica el precepto para establecer que el actual sistema de financiación, “en función de la disponibilidad presupuestaria en cada ejercicio”, y cambia la expresión que implica mandato “mantendrá” por la de “procurará mantener”, que expresa más una declaración de intenciones sin que implique obligaciones para la Administración autonómica, al no concretar bajo qué condiciones se mantendrá el actual sistema de financiación, lo que le hace perder, de este modo, su carácter normativo. En este sentido, cabe señalar que este Consejo ya ha manifestado en anteriores ocasiones que la seguridad jurídica exige una mayor distinción entre el contenido normativo del meramente programático, evitando así al operador jurídico la ardua tarea que supone interpretar, punto por punto, el carácter de cada una de las previsiones contenidas en las normas. Tal afirmación y su naturaleza claramente expositiva aconsejarían excluirla del texto de la norma para incluirla, en su caso, en la Exposición de Motivos.

**Artículo 28. Modificación de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha.-** Se modifican el apartado 1 del artículo 26 y el artículo 27 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha.

El artículo 27 de la Ley 12/2010, de 18 de noviembre, que queda redactado del siguiente modo:

*“Derechos de las mujeres viudas. La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha garantizará una ayuda económica a las mujeres viudas con responsabilidades familiares cuyo volumen de ingresos sea de cuantía inferior a la cantidad que reglamentariamente se establezca”.* Esta modificación cambia la redacción del precepto cuyo tenor era: *“La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha garantizará una ayuda complementaria a las mujeres viudas con responsabilidades familiares que perciban pensiones de viudedad de cuantía inferior al Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, IPREM, y carezcan de otros ingresos propios, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan”.*

Ambos preceptos fueron objeto de discrepancias en el seno de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración general del Estado-Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en su sesión celebrada el 20 de mayo de 2011, siendo el texto propuesto en la presente modificación coincidente con el acordado por la Comisión.

No obstante, en este caso, cabe señalar que, como se puede observar, la modificación elimina la referencia de los ingresos mínimos para poder optar a la ayuda, lo que confiere a la Administración un margen de discrecionalidad tan amplio en la apreciación de los presupuestos habilitantes para la concesión de las ayudas que pudiera generar un perceptible grado de inseguridad jurídica, con incidencia negativa sobre el derecho de las mujeres viudas a las ayudas. Por ello, estima el Consejo que sería recomendable delimitar, con el mayor grado de objetividad posible, el mencionado margen de discrecionalidad para fijar las cuantías mínimas para poder optar al percibo de las ayudas, mediante una redacción que exprese y atienda con claridad al propósito perseguido por la norma.

Además de lo dicho, si no se establece una situación transitoria hasta su regulación reglamentaria, mientras tanto, resultaría un precepto inaplicable.

**Artículo 30. Modificación de la Ley 3/2003, de 13 de febrero, de Cooperación Internacional para el Desarrollo.-** Sobre la modificación de esta norma, cabe hacer la puntualización de que es tal el grado de la modificación que se hace de la Ley 3/2003, de 13 de febrero, que parece más aconsejable que hubiera sido tratado en un anteproyecto de Ley nuevo y no de modificación, opción que, desde el punto de vista de la técnica normativa, se muestra plenamente justificada

tanto por la necesidad de respetar el principio de división material del ordenamiento jurídico, como por facilitar el conocimiento y localización de las modificaciones producidas.

En los apartados **Seis** y **Siete** resultaría más acorde con la vocación de permanencia inherente a la norma que se sustituyese la referencia a la *Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales* por la de *Consejería competente en materia de asuntos sociales*.

El apartado **Diez** otorga la siguiente redacción al artículo 16:

*“1. Siempre que se cumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria legalmente establecidos, la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de cada ejercicio podrá establecer dotaciones de créditos destinadas a la Cooperación Internacional.*

*Una vez que entren en vigor los límites de déficit estructural constitucionalmente establecidos, las dotaciones de crédito destinadas a cooperación internacional que se fijen en la Ley de Presupuestos de cada ejercicio tenderán a alcanzar progresivamente el 0,7 % de los ingresos propios.*

*2. Las subvenciones concedidas y las aportaciones económicas que deriven de los convenios que se formalicen con cargo a los presupuestos destinados a cooperación internacional para el desarrollo, podrán librarse con carácter previo a la realización de los gastos subvencionados, sin necesidad de autorización previa por la Consejería de Economía y Hacienda”.*

La redacción vigente de este artículo, bajo la rúbrica “*Recursos financieros*”, establece:

*“1. La Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de cada ejercicio fijará las dotaciones de los créditos que se destinen a la Cooperación Internacional estableciéndose, como porcentaje mínimo, el 0,7 % de los ingresos propios y determinará la cantidad que se destine de modo específico al Fondo Castellano-Manchego de Cooperación.*

*2. Las subvenciones concedidas y las aportaciones económicas que deriven de los convenios que se formalicen con cargo a los presupuestos destinados a cooperación internacional para el desarrollo, podrán librarse con carácter previo a la realización de los gastos subvencionados, sin necesidad de autorización previa por la Consejería de Economía y Hacienda”.*

La modificación conlleva la eliminación del porcentaje mínimo del 0,7 de los ingresos propios para destino al Fondo, que se sustituye

por que se alcance progresivamente dicho porcentaje una vez que entren en vigor los límites de déficit estructural, por lo que procede que este Consejo se remita a lo ya dicho sobre la indeterminación que conlleva este tipo de modificaciones.

Sobre esta cuestión cabe insistir en lo que ya dijo este Consejo Consultivo en su dictamen 135/2002, sobre que resultaría conveniente que se delimitara el concepto de “*ingresos propios*”, no solamente por el incremento que en éstos produce la incorporación de nuevas competencias autonómicas, sino porque ello constituiría una referencia cierta a la que el Consejo de Gobierno habría de atenerse en la elaboración de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.

El apartado **Once** contiene una referencia al artículo 16 que debe sustituirse por la del artículo 17.

El apartado **Doce** hace referencia al artículo 17 y su contenido no resulta procedente, ya que es el mismo y repite el texto del apartado anterior.

El apartado **Trece** modifica el artículo 18 cuya redacción coincide literalmente con el apartado 1 del artículo 18 vigente de la Ley 3/2003, de 13 de febrero, por lo que se sugiere que sea tratada, más que de una modificación, como de la supresión del apartado 2 del precepto referido.

**Artículo 31. Modificación de la Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de Servicios Sociales de Castilla-La Mancha.-** El apartado **Uno** incorpora un párrafo final al artículo 36.d), regulador de la ayuda a domicilio como prestación técnica de Servicios Sociales de Atención Primaria. Prevé el nuevo párrafo la posible aportación del usuario, estableciendo que “*será determinada, cuando proceda, conforme a los criterios que establezca la Consejería competente en la materia*”.

Dicha potestad reglamentaria debería ser ejercitada por el Consejo de Gobierno conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.c) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, que encomienda al órgano ejecutivo colegiado “*Aprobar las normas reglamentarias de desarrollo de las leyes, así como todas las restantes de las que deriven inmediatamente derechos y obligaciones para los ciudadanos*”.

El apartado **Dos** alude al artículo 36.e), relativo a la teleasistencia domiciliaria. En los términos en que está redactado resulta impreciso. El

inicio del párrafo “*En los demás casos*”, sugiere que se van a regular los no previstos hasta entonces, por lo que resulta confusa y contradictoria la referencia introducida a continuación en relación a la prioridad de las “*personas mayores de 70 años que vivan solas*”, cuando, en el párrafo precedente que no es objeto de alteración, a este colectivo se le había garantizado la prestación de manera gratuita.

Por las razones expuestas anteriormente también en este punto es cuestionable la remisión de la determinación de la aportación del usuario a los criterios fijados por la Consejería, y no por el Consejo de Gobierno.

El apartado **Cuatro** tiene el enunciado de “*Modificación del artículo 37.1.e*”, cuando debería contener un texto marco tal como “*El artículo 37.1.e queda redactado como sigue*” u otro similar.

Dicho inciso del precepto regula la atención en estancias diurnas y añade a la regulación anterior que dicha prestación contempla “*la información y atención a las familias y servicios sociales*”. Esta última referencia a los servicios sociales parece no tener sentido tal cual está redactada, cuando son tales servicios los que dispensan la citada prestación.

En el párrafo siguiente se añade al precepto vigente la encomienda a los servicios municipales del “*seguimiento de la persona, así como del asesoramiento y formación de las familias*”. Como se ha apuntado en la consideración II, tal obligación se impone a los municipios sin su conocimiento previo, pues no consta que se haya dado traslado al Consejo Regional de Municipios. En este punto es preciso indicar que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local contempla en el artículo 27 la posibilidad de que la Comunidad Autónoma delegue en los municipios el ejercicio de competencias en materias que afecten a sus intereses propios, siempre que con ello se mejore la eficacia de la gestión pública y se alcance una mayor participación ciudadana. El apartado 3 de este precepto establece que “*La efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el Municipio interesado y, en su caso, la previa consulta e informe de la Comunidad Autónoma, salvo que por Ley se imponga obligatoriamente, en cuyo caso habrá de ir acompañada necesariamente de la dotación o el incremento de medios económicos para desempeñarlos*”. De concluirse que estamos ante un supuesto de delegación, no podría realizarse ésta sin una valoración económica del servicio y un traspaso de dicho coste a los municipios. Si de lo que se trata es de una transferencia o descentralización, por atribuir al municipio no solo la función sino también la titularidad,

debería, a juicio de este Consejo, hacerse también alguna previsión sobre su financiación. En cualquier caso sería conveniente, para una mejor concreción de su régimen jurídico, indicar si tales competencias se ejercen como propias o como delegadas por los municipios.

Incluye, además, el nuevo precepto la participación del usuario en el abono del coste de tal prestación señalando que será *“su aportación no mayor a la mitad de la realizada en los servicios residenciales”*. Tales términos resultan indeterminados y dan lugar a inseguridad jurídica, por lo que se propone su revisión y acotación.

El apartado **Cinco** modifica el artículo 37.1.f) y además afirma que *“añade un apartado 2 al artículo 37”*, si bien esta adición no se produce realmente en el texto del anteproyecto que mantiene sin alteración el apartado 2 del precepto modificado.

El primer párrafo del apartado f) añade, como nuevas atenciones que se ofrecen, la *“información y asistencia a las familias”*; atención que parece estar ya contemplada en el precepto cuando se habla de *“información, formación y asesoramiento de las familias y unidades de convivencia”*, por lo que se sugiere su revisión.

Se incorpora al texto una previsión que encomienda a los servicios sociales municipales *“el seguimiento de la persona, así como el asesoramiento y formación a las familias”*. En relación a este inciso se reitera lo manifestado en el apartado Cuatro acerca de la participación de los municipios en la tramitación de la norma y la necesidad de que sea prevista la dotación económica correspondiente.

Se contemplan, a continuación, medidas relativas al transporte adaptado, el cual se garantiza para las personas que vivan solas y no tengan familiar alguno que pudiera ayudarlas. Añade que, la Administración garantizará el transporte de retorno al domicilio que, *“en cualquier caso, será abonado por los familiares más cercanos en función de su renta y patrimonio”*. La imprecisión con que está redactado el precepto suscita dudas en relación a si el citado transporte de retorno implica un coste también para las personas que vivan solas y no tengan familiares que pudieran ayudarlas, a las cuales se les había garantizado anteriormente. Asimismo, la referencia a *“los familiares más cercanos”* resulta incierta ya que puede tratarse incluso de familiares no directos. Igualmente la alusión a su renta y patrimonio implicaría un sistema de valoración que no se desprende de la letra de la Ley y que debería contener una llamada al desarrollo reglamentario.

Añade, por último, que la aportación del usuario será “*determinante*” -aunque parece querer decir “*determinada*”- conforme a los criterios que establezca la Consejería competente en la materia. También en este punto, por las razones expuestas en párrafos precedentes, es cuestionable la remisión de la fijación de criterios a la Consejería y no al Consejo de Gobierno.

El apartado **Seis** modifica el artículo 40 de la Ley relativo a las formas de provisión de las prestaciones del sistema público de servicios sociales, eliminando la preferencia a la gestión pública propia e introduciendo la salvedad de que todas las prestaciones sociales serán subsidiarias de las obligaciones familiares señaladas en la legislación vigente. Añade que “*Corresponderá a los servicios sociales de atención primaria intervenir para asegurar el cumplimiento de dicha obligación o en su caso la comprobación de que se adoptan o han adoptado medidas en defensa de los derechos del solicitante de las prestaciones*”. Aun en el supuesto de que se haya incumplido tal obligación familiar no se alcanza a entender el modo en que los servicios sociales de atención primaria podrán intervenir para “*asegurar*” el cumplimiento de la misma, pues queda dentro del ámbito de lo personal, ni la trascendencia jurídica que puede tener el hecho de que no se hayan adoptado dichas medidas.

El apartado **Nueve** modifica el artículo 59 referente a las “*Competencias de los Ayuntamientos*”, completando las previstas en el apartado 1.f) del precepto vigente, que encomienda a dichas entidades locales la gestión de las prestaciones del catálogo correspondientes al nivel de atención primaria, de acuerdo con los estándares de calidad contenidos en el mismo. A lo anterior añade la nueva redacción “*así como, en su caso, gestionar el programa de ayuda a domicilio y teleasistencia dirigidos a las personas en situación de dependencia*”. Tales prestaciones se incluyen entre las de Atención Primaria por lo que no se alcanza a entender la finalidad del precepto. Si la gestión que se encomienda incluyera la financiación de los programas citados debe reiterarse lo expuesto en comentarios precedentes en cuanto a la delegación en los municipios y la obligatoriedad de que se prevean los medios necesarios para la realización de la misma.

El apartado **Doce** modifica el artículo 68, relativo a “*Participación social*”, precepto que se sitúa en la Ley en primer lugar en el Título X que presenta tal denominación. El apartado 1 en la nueva redacción que se propone comienza hablando de “*miembros natos, electivos o invitados*”, referencias éstas que de modo impreciso implican la existencia de un órgano de participación. Si como parece lógico tal órgano es el Consejo



Asesor de Servicios Sociales, debería modificarse la redacción del precepto y aludir al mismo desde el primer momento, pues dicho órgano se regula en el posterior artículo 69. Tal observación se hace extensible al apartado segundo del presente artículo 68 en el que se alude con poca precisión al “*Consejo Asesor*”, órgano que aún no ha sido regulado.

En este apartado I se hace referencia a las “*entidades sociales más representativas*”, concepto jurídico indeterminado que en aras de la seguridad jurídica debería ser acotado y, más adelante, a “*organizaciones sindicales y empresariales más significativas*”, cuando el término usualmente utilizado por las normas es el de “*más representativas*”.

En el apartado **Trece** la referencia al “*punto 1*” debe realizarse al “*apartado 1*”.

El apartado **Catorce** modifica el artículo 70.1.e) relativo a las funciones del Consejo Asesor de Servicios Sociales. El texto vigente contempla la de “*Informar con carácter preceptivo sobre los proyectos de normativa sobre servicios sociales que tengan, como mínimo, rango de decreto*”. En la redacción propuesta se habla de “*Valorar los proyectos de normativa sobre servicios sociales con rango de ley o de decreto y en especial las relacionadas con la eliminación de alguna prestación social garantizada*”. La eliminación de su intervención preceptiva en el procedimiento de elaboración de disposiciones implica que, una eventual omisión de la valoración que tienen encomendada no supondrá un defecto de trascendencia que pudiera viciar de nulidad del procedimiento. Debe, por ello, constatarse que este es el efecto que pretende lograrse con la alteración propuesta.

El apartado **Quince** encomienda al Consejo la función de presentar “*ante la Junta de Comunidades*” un informe bianual sobre el trabajo del Consejo Asesor y la situación general de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma. Debería precisarse si el informe ha de presentarse al Consejo de Gobierno o a la Consejería competente en la materia.

El apartado **Dieciséis** incorpora un nuevo apartado -que no punto- 2 al artículo 70 en el que se expresa que “*Cuando en el marco de la participación social existan otros Consejos o Comisiones de seguimiento especializadas de ámbito regional o inferior la función del Consejo Asesor quedará circunscrita a la recepción de una memoria sobre la actividad de dichos Consejos a fin de cumplir con lo señalado en la función señalada en el apartado i)*”. No queda claro si estas memorias vienen a dar cumplimiento a la previsión de contemplar en el informe bianual la situación general de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma, pero aun en este caso quedaría por

informar del trabajo del Consejo Asesor que prevé el citado apartado i) y no dejaría de ser importante la visión de este órgano sobre la situación general de tales servicios sociales cuando es el superior órgano en este ámbito en la Comunidad Autónoma. La redacción dada al artículo es confusa pues no se desprende con precisión si sólo afecta a la función del apartado 1.i) o a todas las demás.

El apartado **Diecisiete** suprime los puntos 1 y 2 de la disposición final única relativa a la entrada en vigor de la norma que determina plazos máximos para realizar determinados desarrollos reglamentarios. La eliminación de estos dos puntos afectará a toda la estructura de la disposición que cuenta además con un párrafo introductorio y un punto 3 relativo al plazo para completar el desarrollo reglamentario, por lo que se hace necesario la nueva redacción de la disposición en la que se aluda a la entrada en vigor de la norma y al plazo para realizar el desarrollo reglamentario en ella previsto.

**Artículo 32. Modificación de la Ley 17/2010, de 29 de diciembre de Familias Numerosas de Castilla-La Mancha y de la Maternidad.-** La referencia que contiene el texto marco a la “*Ley 17/2011*” es errónea, debiendo figurar la de 17/2010, tal como aparece en el título del precepto.

El apartado **Dos** modifica el artículo 9 sometiendo a las disponibilidades presupuestarias el derecho de las familias a obtener un descuento “*en los transportes por carretera dentro del territorio de la Comunidad Autónoma*”. Para dotar de una mayor precisión a la redacción convendría acotar la regulación indicando que tales transportes son públicos.

**Artículo 34. Modificación de la Ley 24/2002, de 5 de septiembre, de garantías en la atención sanitaria especializada.-** Debería corregirse el error existente en la fecha de la norma tanto en el título del precepto como en el texto marco del mismo, pues no fue aprobada el 5 de septiembre, sino el 5 de diciembre.

El apartado **Dos** modifica el artículo 5, denominado “*Sistema de garantías*”. El apartado 1 del precepto, en la redacción propuesta, establece que, cuando se hayan superado los tiempos máximos determinados en el Decreto de plazos máximos de respuesta, “*el hospital de referencia realizará la oferta de los centros susceptibles de elección de entre los pertenecientes a la red de servicios propios o vinculados con el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha que realicen dicha asistencia*”. Dado que no contempla el precepto la posibilidad de que el interesado inste la actuación de la Administración, la operatividad de la regulación exigiría que se fijara un tiempo máximo

para la realización de dicha oferta por el centro desde que se produce el transcurso del plazo fijado.

**Artículo 34. Universidades.-** El precepto deberá reenumerarse con el número 35.

El apartado 1 prevé la posibilidad de que el Gobierno de la Junta de Comunidades celebre con las Universidades convenios o contratos-programa en los que se incluirán los objetivos, financiación y evaluación del cumplimiento de los fines fijados en los mismos. Tal posibilidad la ampara en el Título X de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Una mayor concreción y precisión del texto aconsejaría aludir al artículo 81 de dicha norma legal en el que se contempla en concreto esta posibilidad. Asimismo, convendría matizar la expresión “*Universidades de Castilla-La Mancha*”, pues lo que parece pretenderse es referirse a las públicas que impartan enseñanzas en la Comunidad Autónoma. De igual modo, no debe desconocerse que la previsión de firma de eventuales convenios y contratos-programa la contempla el precepto de la indicada Ley Orgánica a raíz de la elaboración por las Universidades de “*programaciones plurianuales*”, lo cual debe incluirse en la norma autonómica a fin de respetar tal normativa.

El apartado 2 pretende ser reflejo de lo previsto en el artículo 82 de la citada Ley Orgánica. En este sentido debe recordarse la doctrina de este Consejo sobre los riesgos que conlleva la reproducción de normas de leyes estatales e insistir en que, en el caso de optar por esta técnica, dicha reproducción ha de ser fiel al precepto original. En este último punto ha de destacarse que el “*control de las mismas*” que recoge el precepto propuesto y que parece referirse a las propias Universidades, en el precepto orgánico alude al “*control de las inversiones*”.

**Disposición Adicional Primera.-** Establece que “*Las referencias hechas en la presente Ley a la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, se entenderán hechas igualmente a cualesquiera otras normas que la sustituyan o deroguen lo regulado en la materia*”. No favorece la seguridad jurídica el hecho de que se aluda a eventuales modificaciones de otra norma legal que no han llegado a producirse. Debería ser dicha modificación, en su caso, la que contemplara en su momento que las referencias hechas a la norma que se deroga habrían de entenderse realizadas a la nueva. Se sugiere, por tanto, su eliminación.

**Disposición Adicional Segunda.-** Contempla como supuesto de nulidad de pleno derecho el de “*Cualquier acto dictado en materias reguladas en la presente ley, por el que se adquieren facultades o derechos cuando*

*se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición*". Tal previsión es una copia imprecisa del supuesto contemplado en el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que contempla tal motivo de nulidad en relación a los actos expresos o presuntos y que exige además que éstos sean contrarios al ordenamiento jurídico. Después de reiterar aquí la ya referida doctrina del Consejo sobre los peligros que conlleva la transcripción de normas básicas, se propone la eliminación del texto, máxime cuando una inteligencia errónea extensiva del mismo podría vulnerar la interpretación restrictiva del citado 62.1.f) que predica una jurisprudencia consolidada y contravenir lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre la anulabilidad de los actos administrativos con carácter básico. Además, a los actos dictados en materias reguladas por la presente Ley se les aplicarán también, en su caso, los demás supuestos de nulidad de pleno derecho que establece el artículo 62.1 y que en la propuesta no se contemplan.

**Disposición Adicional Tercera.-** En el apartado h) debe sustituirse el término "*estatal*" por "*autonómico*".

**Disposición Transitoria Única.-** Carece de contenido, manifestándose, en el informe emitido por la Directora del Gabinete Jurídico, que ello "*es coherente con su necesario sometimiento a aprobación en Cortes, dado que no se puede prever en este trámite del procedimiento la transitoriedad de la norma si se desconoce el momento de su aprobación*".

Tal justificación no se adecua totalmente al concepto de disposición transitoria que contempla el punto I.g).40 de las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, conforme al cual el objetivo de este tipo de disposiciones es "*facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto en la nueva regulación*", conceptualizando como disposiciones de este tipo las que establezcan una regulación autónoma y diferente de la establecida por las normas nueva y antigua para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición; las que declaren la pervivencia o ultraactividad de la norma antigua para regular las situaciones iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición; las que declaren la aplicación retroactiva o inmediata de la norma nueva para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor; las que para facilitar la aplicación definitiva de la nueva norma declaren la pervivencia o ultraactividad de la antigua para regular situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor de

la nueva disposición; y las que para facilitar la aplicación definitiva de la nueva norma regulen, de modo autónomo y provisional, situaciones jurídicas que se produzcan después de su entrada en vigor.

Así conceptuada, la previsión de transitoriedad no dependerá tanto de la fecha de aprobación definitiva de la nueva Ley como del régimen que pretenda establecerse para situaciones jurídicas ya iniciadas o que se produzcan después de su entrada en vigor, por lo que debería expresarse su contenido en el texto del proyecto de Ley que se aprobara antes de enviarlo a las Cortes para su tramitación.

**Disposición Final Segunda.**- Prevé la entrada en vigor de la norma “*al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Comunidad*”.

Una redacción más precisa aconsejaría que se expresara que la entrada en vigor se producirá “*el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha*”.

Las disposiciones adicionales y finales deberían llevar título de acuerdo con lo previsto en el punto I.g).38 de las Directrices de Técnica Normativa antes mencionadas.

**Corrección de errores ortográficos y erratas.**- Por último, se sugiere efectuar un repaso general del texto elaborado a fin de depurarlo de posibles incorrecciones gramaticales, imprecisiones o erratas, como las que, sin ánimo exhaustivo y a modo de ejemplo, se exponen a continuación:

- En la antepenúltima línea del último párrafo del apartado I de la Exposición de Motivos falta la preposición “*de*” antes de “*esta manera*”.

- En la segunda línea del párrafo último del apartado III de la Exposición de Motivos “*asimilado*” debe ir en plural.

- En el artículo 25 deberían figurar con la letra inicial en mayúsculas las menciones a “*consejería*”, para mantener la coherencia con el resto del articulado.

- En el artículo 27.Dos, en lugar de “*Ley 3/2001*”, debe decir “*Ley 3/2011*”.

- En el apartado Cinco del artículo 31 deberán adaptarse los tiempos de los verbos contenidos en el párrafo cuarto.

- En el artículo 31 apartado Seis debe consignarse un punto seguido en la quinta línea tras el término “*mercantil*”.

- En el artículo 31 apartado Nueve deben eliminarse las comillas que figuran a la mitad del párrafo.

- El artículo 32 debe llevar un punto al final de su texto.

- En la cuarta línea del apartado h) de la Disposición Adicional Tercera el pronombre personal “*le*” debe ir en plural pues concuerda con “*órganos*”.

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

Que, tenidas en cuenta las observaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de medidas complementarias para la aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales, señalando como esenciales las observaciones formuladas en la Consideración VI.

Toledo, 10 de enero de 2012



# DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE ANTEPROYECTO DE LEY DE AUTORIDAD DEL PROFESORADO

## RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

**Primero. Memoria justificativa.-** Con fecha 20 de septiembre de 2011 la Directora General de Organización, Calidad Educativa y Formación Profesional suscribió una propuesta de elaboración de una Ley de autoridad del profesor en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en la que comenzaba expresando las razones y objetivos de la iniciativa, indicando a este respecto que aprecia *“la necesidad de crear una Ley cuya finalidad sea conceder la condición de Autoridad Pública al Profesor de educación en la comunidad de Castilla-La Mancha y asignarle el prestigio que se merece en la comunidad educativa y en el desarrollo de su tarea. [ ] Asimismo esta Ley de Autoridad del profesorado que se propone establece que los profesores, en el ejercicio de sus tareas docentes, tienen derecho legal a protección jurídica en las acciones civiles que se deriven del ejercicio de sus funciones docentes, así como a la atención y asesoramiento por parte de la Administración Educativa y al prestigio, crédito y respeto hacia su persona y su profesión por parte de toda la comunidad educativa”*.

Acompaña a dicha propuesta un primer borrador de norma que se compone de 15 artículos, distribuidos en tres títulos, una disposición adicional, una derogatoria y dos finales.

**Segundo. Autorización.-** A la vista de dicha propuesta, con fecha 4 de octubre de 2011 el Consejero de Educación, Cultura y Deportes autorizó el inicio del procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley aludido.

**Tercero. Informe de la Mesa Sectorial de Educación.-** Consta certificado de fecha 22 de diciembre de 2011, emitido por el Secretario de la Mesa Sectorial de Educación, en el que se pone de manifiesto que ese mismo día, en sesión extraordinaria, la citada Mesa trató en el segundo punto de su Orden del Día el borrador de anteproyecto de la Ley de Autoridad del Profesor.

**Cuarto. Segundo borrador.-** Obra seguidamente un segundo borrador de anteproyecto que consta de exposición de motivos, 8



artículos distribuidos en 3 capítulos, una disposición adicional, una derogatoria y dos finales.

**Quinto. Dictamen del Consejo Escolar.-** El anterior borrador se sometió con carácter de urgencia a dictamen del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, cuya Comisión Permanente, en sesión celebrada el 10 de enero de 2012, emitió el dictamen n.º 1 de ese año, sobre dicho texto.

Tras señalar los antecedentes y describir el contenido del proyecto de disposición, efectuaba observaciones generales y específicas orientadas, en su mayoría, a mejorar la redacción de diferentes puntos del articulado.

Dentro del primer bloque se valora muy positivamente la promulgación de una Ley de Autoridad del Profesorado pues responde a la necesidad de reforzar y reafirmar la figura del profesor como pilar esencial de todo el sistema educativo.

**Sexto. Informes de la Secretaría General.-** Con fecha 13 de enero de 2012 la Secretaria General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes emitió sendos informes sobre el mismo.

El primero de ellos analizaba el impacto de género que derivaría de la aprobación de la norma proyectada. Tras identificar la norma, el órgano que la emite, los objetivos vinculados a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y el contexto, ámbito de actuación y características principales, realizaba un análisis de la situación actual masculina y femenina en el ámbito de actuación afectado. En cuanto a la previsión de efectos sobre la igualdad de género reseñaba que el mismo contribuirá a los objetivos de igualdad entre mujeres y hombres, siendo su valoración positiva.

El segundo de los informes expresaba el objeto de la norma, la competencia de la Comunidad Autónoma para aprobarla, la estructura y contenido del proyecto, naturaleza y competencia para su elaboración y aprobación, describiendo el procedimiento. Concluye manifestando que la norma proyectada respeta el ordenamiento jurídico que resulta de aplicación por lo que informa la misma favorablemente y no observa impedimento jurídico alguno que obste a su elevación al Consejo de Gobierno.

**Séptimo. Memoria económica e informe de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Comunitarios.-** Con fecha 13 de enero de 2012 la Directora General de Organización, Calidad Educativa y Formación Profesional, suscribió una memoria económica donde enumera las medidas del borrador de anteproyecto que implican gasto público, identificando como tales la asistencia jurídica al profesorado, la cobertura de la responsabilidad civil del mismo y la creación de un nuevo órgano administrativo de asesoramiento e información al profesorado.

Asimismo prevé el gasto derivado de la campaña publicitaria a realizar.

El 18 de enero de 2012 la Directora General de Presupuestos y Fondos Comunitarios informó favorablemente el anteproyecto sometido a su consideración, aludiendo a que la financiación de los gastos indicados para el ejercicio 2012 procede de las dotaciones presupuestarias consignadas en la sección 18 “Educación, Cultura y Deportes” y que la financiación para los ejercicios futuros queda supeditada a las dotaciones financieras que para tal fin se consignan en las sucesivas leyes de presupuestos.

**Octavo. Informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.-** Sometido el anteproyecto de Ley elaborado al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, una letrada adscrita a dicha unidad emitió informe el 17 de enero de 2012, informando favorablemente el mismo.

**Noveno. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.-** Elaborado un tercer borrador del anteproyecto de Ley, se elevó al Consejo de Gobierno, órgano que, en sesión celebrada el 19 de enero de 2012, acordó tomarlo en consideración y disponer su remisión a este Consejo Consultivo solicitando su preceptivo dictamen.

Tal acuerdo se acredita en el expediente mediante certificación emitida en igual fecha por el Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas en su calidad de Secretario del Consejo de Gobierno.

**Décimo. Texto definitivo del anteproyecto de Ley.-** El borrador definitivo sometido a la consideración de este Consejo consta de una Exposición de Motivos, 8 artículos agrupados en tres capítulos, una disposición derogatoria y dos finales.

La Exposición de Motivos contiene una breve referencia al marco normativo en que se inserta la nueva norma, para seguidamente expresar las razones que aconsejan reforzar la autoridad del profesorado con el objetivo de luchar contra el fracaso escolar, mejorar la calidad de la enseñanza y formar personas capacitadas para el mundo profesional.

Señala que el reconocimiento de la condición de autoridad pública se extiende a los directores, demás miembros del equipo directivo y a los docentes tanto de los centros públicos, como privados, sean concertados o no.

Por último se efectúa una breve referencia a la estructura de la norma.

El Capítulo I, denominado “*Disposiciones generales*”, comprende los artículos 1 a 3, regulando el objeto y ámbito de aplicación, los principios generales y los derechos del profesorado.

El Capítulo II tiene por título “*Protección jurídica del profesorado*” y se extiende hasta el artículo 7. El artículo 4 regula la condición de autoridad pública del profesorado; el artículo 5, sobre presunción de veracidad; el artículo 6 sobre la asistencia jurídica y cobertura de responsabilidad civil, y el artículo 7, sobre responsabilidad y reparación de daños.

El Capítulo III contiene un único artículo, el 8, que enumera medidas de protección y reconocimiento al profesorado.

La disposición derogatoria declara derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la Ley.

La disposición final primera autoriza al Gobierno de Castilla-La Mancha para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de la Ley.

La disposición final segunda determina que la entrada en vigor se producirá el día siguiente al de su publicación.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 30 de enero de 2011.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

# CONSIDERACIONES

## I

**Carácter del dictamen.-** Se somete al Consejo Consultivo el anteproyecto de Ley de Autoridad del Profesorado.

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

De acuerdo con dicho precepto se emite el presente dictamen con carácter preceptivo.

## II

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

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

En el expediente sometido a consulta ha quedado acreditado que, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, el Consejo de Gobierno, en su reunión de fecha 19 de enero de 2012, ha tomado en consideración el anteproyecto de Ley de Autoridad del Profesorado, acordando solicitar el dictamen de este Consejo Consultivo.

Como actuaciones previas y antecedentes se incluye una propuesta justificativa de la norma suscrita por la Directora General de Organización, Calidad Educativa y Formación Profesional; la autorización de la iniciativa legislativa por el Consejero de Educación, Cultura y Deportes; el dictamen del Consejo Escolar -conforme preceptúa el artículo 13.1.b) de la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; toma en consideración por la Mesa Sectorial de Educación; el informe sobre el impacto de género de la norma de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.3 de la Ley 12/2010, de Igualdad entre mujeres y hombres de Castilla-La Mancha; el informe de la Secretaría General de la Consejería consultante; y el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, según exigen los artículos 4.1.d, de la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de Castilla-La Mancha y artículo 11.a del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, sobre Organización y Funcionamiento de dicho gabinete.

Asimismo figura una Memoria económica y el informe favorable de la Consejería de Economía y Hacienda, el cual resulta preceptivo a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 16/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para 2011, norma prorrogada para el año 2012, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51, párrafo 3º, del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha y el artículo 43 del texto refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por Decreto legislativo 1/2000, de 19 de noviembre.

En atención a lo expuesto, puede concluirse que en el procedimiento sustanciado para la elaboración de la norma examinada se ha dado cumplimiento a los trámites esenciales exigidos legalmente, si bien se formulan las siguientes observaciones.

El dictamen del Consejo Escolar ha sido emitido por la Comisión Permanente del mismo si bien dicha competencia se encuentra atribuida en principio al Pleno de dicho órgano según dispone el artículo 15.3.e) del Decreto 7/2008, de 22 de enero, por el que se aprueba el Reglamento

de funcionamiento del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha.

No obstante lo anterior, la citada norma también prevé en su artículo 16.7.f) que tal función pueda ser asumida por la Comisión Permanente cuando el dictamen deba emitirse con carácter de urgente, siempre que el acuerdo se adopte por mayoría de dos tercios de sus miembros. En el presente caso el dictamen ha sido solicitado con carácter de urgencia y aprobado por la totalidad de sus integrantes, por lo que no cabe efectuar reproche de legalidad, si bien hubiera sido oportuno que se hubiesen consignado en el expediente las razones de urgencia que justificaban la excepción que supone que el dictamen no sea aprobado por el órgano colegiado del Consejo Escolar al que el Reglamento de funcionamiento atribuye tal competencia.

Por otra parte tampoco se ha incorporado al expediente el acta de la reunión de la mesa sectorial de Educación, donde se debatió el borrador de anteproyecto de Ley, por lo que se desconocen las opiniones expresadas en el seno del mismo.

### III

**Marco normativo y competencial en el que se inserta la disposición.-** Abordando el marco normativo en el que se incardina la regulación proyectada, hemos de tener en cuenta la circunstancia de ser el derecho a la educación un derecho fundamental, de los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (artículo 27), lo que implica, tanto la reserva de su desarrollo a la Ley Orgánica (artículo 81.1), como la incidencia de la competencia que el artículo 149.1.1<sup>a</sup>. atribuye al Estado para regular *“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”*. Además, ha de tenerse en cuenta la reserva que el artículo 149.1.30<sup>a</sup> atribuye al Estado para la *“regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”*.

En desarrollo de estas determinaciones, el Estado ha aprobado, al amparo del citado artículo 149.1, materias 1<sup>a</sup> y 30<sup>a</sup>, en el campo de la educación no universitaria, sucesivas leyes orgánicas de las que actualmente se encuentran vigentes la Ley Orgánica 1/1985, de 3 de

julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional, y la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE). Ley esta última que, entre otras, ha derogado expresamente la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) así como la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), incorporando, además, importantes modificaciones respecto al texto de la LODE.

A los efectos de la norma sometida a dictamen interesa destacar que la LODE establece en su artículo 4.2, letra f), que corresponde a los padres, entre otras obligaciones, la de respetar y hacer respetar “[...] *la autoridad y las indicaciones u orientaciones educativas del profesorado*”, y en el artículo 6.4, incluye, entre los deberes básicos de los alumnos, los de *“Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado”* y el de *“respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo”*.

Por su parte la LOE dispone en su artículo 104.1 que las Administraciones educativas velarán *“porque el profesorado reciba el trato, la consideración y el respeto acordes con la importancia social de su tarea”*, añadiendo en su apartado 2 que *“las Administraciones educativas prestarán una atención prioritaria a la mejora de las condiciones en que el profesorado realiza su trabajo y al estímulo de una creciente consideración y reconocimiento social de la función docente”*.

Asimismo cabe indicar que el artículo 105 de la LOE encomienda a la Administración educativa *“respecto del profesorado de los centros públicos, adoptar las medidas oportunas para garantizar la debida protección y asistencia jurídica, así como la cobertura de la responsabilidad civil, en relación con los hechos que se deriven de su ejercicio profesional”*.

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 37.1 de su Estatuto de Autonomía señala que *“corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía”*.

Ostentando, por tanto, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha competencia en materia educativa en los términos que se acaban de indicar, y encontrándose en el pleno ejercicio de tales competencias en virtud del Real Decreto 1844/1999, de 3 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de enseñanza no universitaria, puede afirmarse que la misma tiene competencia para regular la educación y, en particular aspectos concernientes a la consideración y reconocimiento social de la función docente, en el marco de la regulación que ofrecen las normas básicas mencionadas anteriormente.

En ejercicio de la citada competencia la Comunidad Autónoma ha aprobado diversas normas en materia de educación no universitaria con incidencia sobre el ámbito concreto de regulación del anteproyecto sometido a Dictamen.

En primer lugar cabe referirse a la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 5 incorpora como uno de los ejes básicos del sistema educativo el *“reconocimiento social y de su autoridad y la exigencia profesional del profesorado”* [...]; el artículo 11 incluye, entre los deberes del alumnado *“la colaboración con el profesorado, respetando su autoridad”*; el artículo 16, apartado 3, dispone que *“El Consejo de Gobierno regulará los supuestos, las condiciones y el alcance de la autoridad del profesorado en el ejercicio de sus funciones”*; el apartado 16.4 dispone a su vez que *“La Consejería competente en materia de educación comunicará a la fiscalía correspondiente las actuaciones contra el profesorado que, en su caso, pudieran constituir un supuesto de atentado contra la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones”*.

El artículo 20 preceptúa que *“La Consejería competente en materia de educación prestará una atención prioritaria a la mejora de las condiciones laborales del profesorado y establecerá planes de trabajo para lograr una creciente consideración y reconocimiento social de la función docente”*. Y el artículo 21 dispone que la Consejería competente en materia de educación, respecto al profesorado de los centros públicos, podrá adoptar, entre otras medidas *“h. La debida protección y asistencia jurídica, así como la cobertura de la responsabilidad civil, en relación con los hechos que se deriven de su ejercicio profesional”*.

Asimismo el Gobierno de Castilla-La Mancha ha aprobado numerosas normas de carácter reglamentario entre las que cabe citar, por su especial relación con el objeto del anteproyecto sometido a



dictamen, el Decreto 3/2008, de 8 de enero, de convivencia escolar, cuyo objeto principal es el de establecer el marco general por el que los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios, en el ejercicio de su autonomía pedagógica y organizativa, han de regular la convivencia escolar, y definir un conjunto de actuaciones y medidas para su promoción y mejora.

También se han aprobado diversas normas que completan el régimen jurídico de los centros y su profesorado como el Decreto 25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros públicos no universitarios de Castilla-La Mancha y de medidas de apoyo y reconocimiento a su labor; el Decreto 78/2005, de 5 de julio, que regula la formación permanente del profesorado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha; y el Decreto 34/2008, de 26 de febrero, de Ordenación de la Inspección de Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Procede concluir este marco normativo refiriéndonos a la normativa específica sobre autoridad del profesorado aprobada en otras Comunidades Autónomas, pudiendo citarse la Ley 2/2010, de 15 de junio, de Autoridad del Profesor de Madrid; la Ley 15/2010, de 3 de diciembre, de Autoridad del Profesorado de la Comunitat Valenciana; la Ley 2/2011, de 1 de marzo, de Autoridad del Profesor y de la Convivencia en los Centros Educativos de La Rioja y la Ley 4/2011, de 30 de junio, de Convivencia y Participación de la Comunidad Educativa de Galicia.

Asimismo las Comunidades Autónomas de Cataluña y de Extremadura han incorporado a sus respectivas leyes de Educación la condición de autoridad del profesorado (artículo 142.9 de la Ley 12/2009, de 10 de julio, de Educación de Cataluña, solo atribuida al director de los centros públicos, y artículos 146 y 165 de la Ley 4/2011, de 7 de marzo, de Educación de Extremadura).

## IV

**Consideración general sobre el reconocimiento social y el respeto a la autoridad del profesorado en la normativa vigente.-** Con carácter previo al análisis pormenorizado del articulado del anteproyecto sometido a dictamen, resulta oportuno realizar una serie de consideraciones sobre el alcance que las normas legales educativas actualmente vigentes establecen sobre el reconocimiento social de la

función docente y el respeto a la autoridad del profesorado, que nos permitan delimitar un marco general sobre el que posteriormente se desarrollarán observaciones más concretas al articulado del anteproyecto objeto del presente dictamen.

La Constitución española consagra en su artículo 27 el derecho de todos a la educación y también reconoce la libertad de enseñanza, incluyendo, en su apartado 6, el derecho de las personas físicas y jurídicas a crear centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

Simultáneamente encomienda a los poderes públicos garantizar el derecho de todos a la educación a cuyo efecto deberán inspeccionar y homologar el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

En desarrollo del mandato constitucional la LODE impone a los padres y a los alumnos, una serie de obligaciones entre las que se encuentran las de respetar la autoridad y las indicaciones u orientaciones educativas del profesorado y la *“autoridad y orientaciones del profesorado y las normas de convivencia y disciplina”*. Tales obligaciones son independientes de la naturaleza y titularidad de los centros educativos donde se imparten las enseñanzas.

Simultáneamente, la LOE, en su artículo 104, encomienda a las Administraciones educativas la tarea de velar porque el profesorado reciba el trato, la consideración y el respeto acordes con la importancia social de su tarea, añadiendo que deberán prestar una atención prioritaria a la mejora de las condiciones en que el profesorado realiza su trabajo y al estímulo de una creciente consideración y reconocimiento social de la función docente.

Este mandato es también de carácter general y está dirigido a todo el sistema educativo, sin distinción entre centros públicos y privados, sostenidos o no con fondos públicos.

En consecuencia, la Administración autonómica, en su condición de Administración educativa, debe tener en cuenta en el ejercicio de sus competencias legislativas en materia de educación que el mandato contenido en el artículo 104 de la LOE citado anteriormente, se refiere a todos los centros educativos debidamente autorizados que impartan las enseñanzas establecidas en la LOE.

En este sentido cabe destacar que la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en su Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, configura el reconocimiento social y de la autoridad del profesorado como uno de los ejes básico en que se articula el sistema educativo de Castilla-La Mancha (artículo 5.f).

Una vez delimitado el alcance del mandato expresado en la LOE sobre el reconocimiento de la función docente, conviene efectuar una serie de precisiones sobre el concepto de autoridad pública toda vez que entre las medidas de potenciación de la figura del profesor que presenta el anteproyecto sometido a dictamen, figura, en su artículo 4, el reconocimiento de la condición de autoridad pública.

Ninguna norma administrativa contiene una definición de “autoridad” o de “autoridad pública”, únicamente diversas normas administrativas sectoriales utilizan esta terminología para referirse a determinados cuerpos de funcionarios a los que se le encomiendan funciones de control o inspectoras, a efectos, entre otros, de la presunción de veracidad en las comprobaciones que realicen. A modo de ejemplo, en el ámbito educativo que nos ocupa, tal condición aparece reconocida a la alta inspección para el ejercicio de sus funciones (artículo 150.2 LOE), así como a la inspección educativa (artículo 153.c) LOE y artículo 163.3 de la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha).

Únicamente el Código Penal, en su artículo 24, contiene una definición auténtica de los que a los efectos del Derecho penal debe entenderse por autoridad o funcionario, con el fin de servir de criterio para el examen de aquellas conductas susceptibles de subsumirse en los distintos tipos penales, en los que la condición de “funcionario público” o de “autoridad” forma parte de ellos.

Dispone el citado artículo que “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. [ ] 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

Tales conceptos se definen a los exclusivos efectos penales, lo que impide su aplicación automática al derecho administrativo, tal como

pacíficamente sostienen la doctrina y la jurisprudencia en lo relativo al concepto penal de funcionario público, pudiendo citarse la Sentencia del Tribunal Supremo 1122/2007, de 10 de diciembre (RJ 2007/9120), donde afirma que *“La doctrina de esta Sala ha dejado claro que el concepto de funcionario público a que se refiere el art. 24 es privativo del Derecho Penal, de manera que no puede ser remitida la consideración de tal carácter a criterios del Derecho Administrativo o del social”*.

Teniendo en cuenta que tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que los conceptos de funcionario y autoridad a efectos penales se mueven en una relación de género a especie, cabe afirmar que el concepto de autoridad a efectos penales y el de autoridad a efectos administrativos tampoco tienen que ser necesariamente coincidentes. En todo caso resulta obvio que una norma autonómica no podrá nunca afectar a la definición contenida en el Código Penal que es una Ley Orgánica, y cuya competencia por razón de la materia corresponde en exclusiva al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.6<sup>a</sup>.

Prosiguiendo con los conceptos de funcionario y de autoridad en el ámbito penal, cabe destacar la singular relevancia de los mismos, pues existen figuras delictivas que sólo pueden ser cometidas por estos sujetos (por ejemplo prevaricación administrativa, artículo 404) y, del mismo modo, la cualidad de funcionario o autoridad es la que caracteriza al sujeto pasivo en determinadas infracciones penales como por ejemplo el delito de atentado regulado en el artículo 550 del Código Penal.

En el ámbito educativo que nos ocupa se ha planteado la polémica si las agresiones y amenazas a los docentes en el ejercicio de sus funciones, pueden ser constitutivas de delito de atentado, delito que en el artículo 550 del Código Penal se define del siguiente tenor: *“son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas”*.

Si bien con excepciones (por ejemplo la sentencia n.º 622/2011, de 12 de julio de la Audiencia Provincial de Barcelona, JUR 2011,309065), la postura mayoritaria considera que los funcionarios públicos del ámbito docente son sujetos pasivos de atentado como lo atestiguan numerosas resoluciones de las Audiencias provinciales (por ejemplo las sentencias 93/2011, de 5 de mayo, de la AP de Badajoz, JUR 2011/207496; 368/2010, de 28 de mayo de la AP Granada, JUR 2010/363699; 288/2009, de 26 de mayo de la AP de Alicante, JUR 2009/371380;

AP de Cuenca de 2 y de 19 de mayo de 2005, Prov 2005 121942 y 142753; de la AP Cádiz de 9 de noviembre de 2000, Prov 2001,48341; de la AP de Murcia de 27 de noviembre de 1995, ARP 1995,1420) y también el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de febrero de 1991 (RJ 1991\1547), referida a una agresión a un Catedrático, estimó que *“ostentaba la condición de funcionario público, conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 119 del Código Penal [de idéntica redacción al actual artículo 24 del Código Penal actual] y con la Ley de Educación, lo que era conocido por el procesado que era estudiante de esa Facultad y examinado por un Tribunal que presidía el citado Catedrático al que agredió y lesionó con ocasión de las funciones docentes que ejercía la víctima que anteriormente le había examinado, como antes se dice, y suspendido en la asignatura de Anatomía II; por tanto quedan comprendidos los Catedráticos en el artículo 119 del Código Penal, criterio que con reiteración ha venido manteniendo esta Sala”*.

También sigue esta postura mayoritaria la Fiscalía General del Estado tal como se aprecia en su Consulta 2/2008, de 25 de noviembre, sobre la calificación jurídico penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo. En la misma además aclara que *“los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aunque estas -en concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación con la Administración- participen en el ejercicio de funciones sociales, no ostentan la condición de funcionarios públicos a efectos penales, toda vez que su designación no se realiza por alguna de las tres formas expresadas en el artículo 24.2 del Código Penal -disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente-, precisas para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales”*.

Desde la perspectiva del derecho administrativo no hay obstáculo jurídico para el reconocimiento de la condición de autoridad pública del profesorado de centros públicos, toda vez se trata de funcionarios públicos y la posibilidad de reconocerles la condición de autoridad pública figura expresamente prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo artículo 137 hace referencia a *“los hechos constatados por funcionarios a los que se reconozca la condición de autoridad”*, incluido en el Capítulo II -de los *“Principios del Procedimiento Sancionador”*-, que aparece con todos los visos de su aplicabilidad a los procedimientos sancionadores de los que habla la norma educativa.

En relación con el profesorado de centros privados, se trata de profesionales que ni tienen la condición de funcionario público ni son personal de la Administración, por lo que no procede su reconocimiento como autoridad pública, sin perjuicio de que se

reconozca su carácter de autoridad a efectos docentes y disciplinarios y en el marco del ámbito interno del centro, tal como se propone en el texto sometido a dictamen.

## V

**Consideraciones no esenciales.-** Examinado el contenido del anteproyecto, cabe afirmar su adecuación al marco constitucional, legal y estatutario que le es de aplicación. No obstante, se hacen a continuación una serie de observaciones que buscan contribuir a mejorar la comprensión de la norma y, con ello, su aplicación.

**Exposición de motivos.-** En el antepenúltimo párrafo de la exposición de motivos se afirma que *“La presente Ley reconoce como autoridad pública a los directores, miembros del equipo directivo, docentes de los centros públicos, concertados y privados, gozando todos ellos del principio de presunción de veracidad en sus declaraciones, ya sean verbales o escritas, respecto de los hechos con trascendencia disciplinaria, así como de la protección reconocida por el ordenamiento jurídico”*.

Tales afirmaciones no tienen reflejo en el articulado en los términos expresados, pues la norma no hace referencia expresa a los directores y demás miembros del equipo directivo, ni reconoce la condición de autoridad pública con la extensión plasmada en dicha parte expositiva. Tampoco la presunción de veracidad que contempla el artículo 5 del anteproyecto reúne las características enunciadas, pues exige que se formalicen por escrito y que hayan sido constatados personalmente por el profesor.

En consecuencia deberá acomodarse la redacción del citado párrafo al contenido real de la norma proyectada.

**Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.-** Este precepto resulta contradictorio entre sus distintos apartados, lo que dificulta su interpretación.

El apartado 1 establece que el objeto de la Ley es *“reconocer la autoridad del profesorado no universitario y establecer las condiciones básicas de ejercicio”*. Tal afirmación está en consonancia con el apartado 2 que determina que el ámbito de aplicación de la norma afecta a los centros docentes no universitarios de Castilla-La Mancha que impartan alguna

de las enseñanzas contempladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

De lo anterior se desprende que la norma proyectada resulta de aplicación tanto a los centros docentes públicos (de la Administración educativa y de otras Administraciones) y a los centros privados (concertados o no), planteamiento éste que es acorde con lo indicado en la Exposición de motivos en cuanto a su aplicabilidad a todos los centros educativos no universitarios de la Región.

Por el contrario, el apartado 4 de este precepto define un ámbito de aplicación de la norma más restrictivo que el anterior, pues señala que es de aplicación “*al profesorado de los centros docentes públicos [...] y dependiente de la consejería con competencias en materia de educación y al profesorado de los centros privados concertados [...]*”. Esto es, la futura Ley no sería de aplicación al profesorado de centros públicos de titularidad de las entidades locales, o de otras Administraciones, ni tampoco al de los centros privados no concertados.

La seguridad jurídica aconseja clarificar el ámbito de aplicación de la norma de manera que quede definido con precisión quienes son los destinatarios de la norma proyectada, cuya finalidad no consiste exclusivamente en el reconocimiento de su autoridad en un sentido estricto, sino que establece además una serie de medidas orientadas a mejorar el prestigio, crédito y respeto hacia la persona del docente y su profesión por parte de toda la comunidad educativa.

Como ya se señaló en la consideración anterior, el artículo 104 de la citada LOE atribuye a las Administraciones educativas la función de “*velar*” porque el profesorado reciba el trato, la consideración y el respeto debidos, sin distinguir, si éstos prestan sus servicios en un centro público o privado. Asimismo les atribuye la competencia para establecer un marco general que permita tanto a los centros públicos como privados elaborar el plan de convivencia (artículo 121.2 de la LOE).

En el mismo sentido, los derechos y obligaciones relativos al respeto a la autoridad del profesorado y a sus decisiones, citados al examinar el marco normativo, figuran formulados en la LODE y en la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, con carácter general sin que tampoco se establezca distinción en función de la naturaleza del centro educativo donde se presta servicio. Por ello se considera más acorde con el mandato contenido en el artículo 104 de la LOE citado antes que la norma proyectada sea aplicable a todos los centros pertenecientes al sistema educativo de Castilla-La Mancha que impartan enseñanzas reguladas en la LOE, sin perjuicio

de que las medidas concretas que se regulan en algunos de sus artículos afecten únicamente a colectivos de profesores concretos en función de la naturaleza y titularidad de los centros educativos donde presten sus servicios.

**Artículo 3. Derechos del profesorado.** Este artículo enumera hasta doce derechos que se reconocen al profesorado. Se recomienda unificar algunos de ellos por su carácter reiterativo. Así, el apartado c) establece el derecho del profesorado al “[...] *respeto hacia su persona y profesión por parte de la comunidad educativa*”; el apartado g) al “*respeto de padres alumnos y demás miembros de la comunidad educativa hacia el ejercicio de sus decisiones pedagógicas respecto a la enseñanza de sus alumnos*” y el apartado k) a que “*sean respetadas sus decisiones técnico pedagógicas que el docente adopte en el ejercicio de sus funciones*”.

**Artículo 4. Autoridad pública.-** Este artículo dispone en su apartado 1 que: “*El profesorado tendrá, en el desempeño de sus funciones docentes, de gobierno y disciplinarias, la condición de autoridad pública y gozará de la protección reconocida a tal condición por el ordenamiento jurídico*”.

El apartado 2 se refiere exclusivamente al profesorado de centros privados concertados estableciendo: “*En los centros privados concertados, la condición de autoridad de su profesorado quedará limitada al ámbito interno y disciplinario de las relaciones entre éste y el alumnado*”.

De acuerdo con lo señalado en la consideración anterior, no hay obstáculo jurídico para el reconocimiento de la condición de autoridad pública del profesorado de centros públicos, toda vez se trata de funcionarios públicos y la posibilidad de reconocerles la condición de autoridad pública figura expresamente prevista en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, cuyo artículo 137 hace referencia a “*los hechos constatados por funcionarios a los que se reconozca la condición de autoridad*”.

La condición de autoridad del profesorado de los centros privados debe quedar circunscrita, como bien señala el precepto analizado, “*al ámbito interno y disciplinario de las relaciones entre éste y el alumnado*”.

Dado el carácter aparentemente contradictorio de la redacción de los dos apartados y el diferente alcance que la norma proyectada otorga a la condición de autoridad según se trate de profesores funcionarios y profesorado de centros de titularidad privada, se sugiere, con el fin de evitar problemas de interpretación, que el apartado 1 del artículo se refiera al profesorado de centros públicos, dejando la regulación de este reconocimiento al profesorado de centros privados al apartado 2.



**Artículo 5. Presunción de veracidad.-** Se sugiere simplificar la redacción del apartado 1 a fin de evitar reiterar aspectos que delimitan esta facultad, tales como lo relativo a que se trate de hechos constatados personalmente y a que se realicen en el ejercicio de la función docente.

Así, se sugiere la siguiente o similar redacción: *“Los hechos constatados personalmente por el profesorado en el ejercicio de su función docente, gozarán de presunción de veracidad cuando se formalicen por escrito en el curso de los procedimientos tramitados en relación con las conductas que sean contrarias a las normas de convivencia, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de los respectivos derechos o intereses, puedan ser señaladas o aportadas por los presuntos responsables”*.

En el apartado 2 de este artículo, si finalmente se opta por hacer extensivo el ámbito de aplicación de la norma a todos los centros educativos que impartan enseñanzas regladas no universitarias, debe suprimirse la palabra *“concertados”*.

**Artículo 6. Asistencia jurídica y cobertura de responsabilidad civil.-** Siguiendo criterios de técnica normativa consignados en la instrucción 26 de las directrices de técnica normativa aprobadas por el Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, se sugiere dividir el apartado 1 en dos párrafos.

El primero dedicado a la asistencia jurídica al profesorado en los centros educativos públicos dependientes de la Administración educativa, que se efectuará en los términos establecidos en la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, en relación con lo dispuesto en el artículo 21, letra h), de la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, siempre y cuando, como expresamente se indica en el artículo 4.1-b) de la primera Ley citada, no exista conflicto de intereses.

El segundo, relativo a la asistencia jurídica que proporcionará la Consejería competente en materia de educación al profesorado de los centros privados concertados.

El apartado 2 regula la cobertura de la responsabilidad civil del profesorado de centros públicos dependientes de la Consejería competente en materia de educación, concluyendo que deberá darse una especial consideración a *“las agresiones que se produzcan en los centros de educación especial, debido a las características del alumnado de estos centros”*.

Se estima que esta última previsión tendría mejor encaje en el artículo siguiente que trata de las responsabilidades de los terceros frente a los daños que se puedan ocasionar al profesorado, y no en este artículo 6 que regula la responsabilidad civil del propio profesorado por las actuaciones que éste realice.

**Artículo 7. Responsabilidad y reparación de daños.-** El apartado 2 dispone en su parte final que *“La concreción de las medidas educativas correctoras o disciplinarias se efectuará por resolución de la persona titular de la dirección del centro educativo público y por la titularidad del centro en el caso de los centros privados concertados, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares o sociales, la edad del alumno o alumna y la naturaleza de los hechos”*.

A fin de conseguir una mejor integración del texto proyectado en el marco de la normativa educativa vigente, se recomienda modificar la redacción del citado apartado, de manera que la referencia a las medidas correctoras o disciplinarias remita expresamente a lo que dispongan las Normas de convivencia, funcionamiento y organización que los centros educativos deben aprobar según dispone el artículo 108 de la Ley 7/2010, de 20 de julio, actualmente desarrollado en el artículo 18 del Decreto 3/2008, de 8 de enero, de Convivencia Escolar de Castilla-La Mancha.

**Artículo 8. Protección y reconocimiento.-** Entre las medidas de protección y reconocimiento que se enumeran en este artículo figura en la letra c) la de *“crear un órgano administrativo con las funciones de atención, protección, asesoramiento y apoyo al profesorado en todos los conflictos surgidos en el aula o centro educativo y en las actividades complementarias y extraescolares”*.

De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la creación de órganos administrativos exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: *“a) la Determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate y su dependencia jerárquica. [ ] b) Delimitación de sus funciones y competencias. [ ] c) Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento”*.

De la memoria económica obrante en el expediente se desprende que la intención de la Consejería responsable de la elaboración de la norma, no es la creación de un nuevo órgano administrativo propiamente

dicho, sino la de encomendar las funciones indicadas a una unidad administrativa, compuesta por un técnico jurídico de la propia Consejería y un administrativo para realizar tareas de apoyo.

De ser esa la intención definitiva, se sugiere sustituir la expresión “*órgano administrativo*” por la de “*unidad administrativa*” dependiente de alguno de los órganos directivos de la Consejería, que se encuentra más en consonancia con la naturaleza de la actividad administrativa a realizar.

**Disposición derogatoria única.**- Las disposiciones derogatorias deben ser precisas y, por ello, habrán de exponer tanto las normas o partes de ellas que se derogan como las que se mantienen en vigor; no siendo correcto utilizar fórmulas genéricas, como la prevista en la disposición derogatoria, que nada dice, toda vez que, en aplicación del sistema general de derogación normativa, la aprobación de una norma de superior rango deroga las de rango inferior en aquello que se opongan a la misma.

El artículo 21.2 de la Ley 7/2010, de 20 de julio de Educación de Castilla-La Mancha, en relación con la letra h) del apartado 1 del mismo artículo, entrara en contradicción directa con lo dispuesto en el artículo 6.1 de la norma proyectada, en lo relativo a la protección y asistencia jurídica a los profesores de centros concertados cuya aplicación expresamente excluye la citada Ley 7/2010, de 20 de julio.

Señala el citado artículo 21, apartado 2, que: “*La Consejería competente en materia de educación extenderá progresivamente al profesorado de los centros privados concertados que impartan enseñanzas obligatorias, previo acuerdo con las personas titulares de dichos centros, las medidas que, entre las descritas en el apartado anterior, sean susceptibles de aplicación en virtud de la relación laboral de dicho profesorado. No serán objeto de aplicación, en ningún caso, las recogidas en las letras a), b), c), h) y j)*”.

La letra h) del apartado 1 de dicho artículo dispone el derecho de los profesores de centros públicos a “*La debida protección y asistencia jurídica, así como la cobertura de la responsabilidad civil, en relación con los hechos que se deriven de su ejercicio profesional*”.

Desde el punto de vista de la técnica legislativa aplicable a la disposición derogatoria, ésta debería contener un pronunciamiento expreso sobre la derogación del precepto actualmente vigente si lo que verdaderamente se pretende es ampliar la protección al profesorado no funcionario, por cuanto esta voluntad expresada en el nuevo precepto

entraría en el momento de su aplicación en clara colisión con el anterior.

**Disposición final segunda. Entrada en vigor.-** Fija el momento de entrada en vigor de la norma el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha. En aras a la seguridad jurídica de sus destinatarios se sugiere que sea respetado el periodo de *vacatio legis* necesario para la constancia y conocimiento de la misma.

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

Que, tenidas en cuenta las observaciones contenidas en el cuerpo del presente dictamen, puede V.E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación como proyecto de Ley, el anteproyecto de Ley de Autoridad del Profesorado, sin que se señalen como esenciales ninguna de las observaciones formuladas.

Toledo, 29 de febrero de 2012



# COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA



# COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA<sup>1</sup>

## EL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

### Adquisiciones “mortis causa”: devengo: transmisiones sujetas a condición

*Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2011 (Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo)*

El origen de la controversia finalmente dirimida en este recurso de casación se encuentra en una cláusula testamentaria en virtud de la cual el testador lega a su esposa y a un sobrino el usufructo vitalicio de las acciones de distintas sociedades y la nuda propiedad de tales acciones a los cuatro hijos de dicho sobrino y a los demás hijos que éste pudiera tener en el futuro. Los citados legatarios reciben las acciones por partes iguales y se consolida en ellos la plena propiedad de las mismas al extinguirse respectivamente el usufructo legado a la esposa y al sobrino del testador.

Presentada en el Departamento de Economía y Finanzas de la Generalidad de Cataluña la documentación necesaria a efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), la oficina gestora giró, entre otras, cuatro liquidaciones a cargo de los hijos del sobrino del testador. Éstos presentaron reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña contra las liquidaciones giradas y, tras su desestimación, recurso de alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), igualmente desestimado. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la sentencia de instancia entendió que los demandantes habían adquirido la nuda propiedad de los bienes designados, aunque quedara pendiente de concretar la porción que les correspondería en caso de tener otro hermano que reuniera las condiciones impuestas por el testador y consideró aplicables los artículos 799 del Código Civil y 57.2 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1959. A juicio de los recurrentes, sin embargo, la cláusula testamentaria origen del conflicto da lugar a una institución



bajo condición suspensiva, regida por el art. 759 del Código Civil, lo que acarrea la aplicación en el ISD del artículo 57.5 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 15 de enero de 1959.

El Tribunal Supremo advierte que el problema de calificación jurídica suscitado deriva de la antinomia existente entre los artículos 759 y 799 del Código Civil y la consiguiente aplicación a un supuesto que no resulta muy habitual en la práctica. El artículo 759 del Código Civil dispone que “el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos”. Por su parte, el artículo 799 establece que “la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento”. Pese a la antinomia observada, “existe general acuerdo en que el artículo 759 es de aplicación al caso de que la incertidumbre afecte a si el acontecimiento va o no a tener lugar («incertus an»), mientras que el 799 debe entenderse referido a supuestos en que se conoce que el acontecimiento va a tener lugar, pero se ignora cuándo («incertus an, incertus quando»)". Pues bien, el Tribunal Supremo considera que “en el presente caso, existe certidumbre en la institución de los hijos del sobrino del testador designados en el testamento, que hacen efectivos sus derechos desde el momento de la muerte del mismo y que, por consiguiente, pueden transmitirlos a sus herederos, efecto que no se podría producir si la institución se subordinara a una condición suspensiva”. Cuestión distinta es la incertidumbre que afecta a la magnitud de lo que se recibe, la cual finalizará cuando el hecho, que necesariamente ha de producirse, de que el sobrino del testador no pueda tener más hijos, se haya efectivamente producido (término que actúa como resolutorio de la cuota recibida). Por tanto, “y solo en lo que respecta al aspecto cuantitativo de los legados, la apertura de la sucesión del causante, a la vista de su disposición testamentaria, da lugar al nacimiento de una situación jurídica de pendencia”. En la medida en que los legatarios adquieren derechos desde la muerte del testador y pueden transmitirlos a sus herederos, no es aplicable el artículo 759 del Código Civil, sino el artículo 799 del mismo. “Y fiel reflejo fiscal de lo señalado es que sea igualmente aplicable el artículo 57, apartado segundo, del Reglamento del Impuesto, de 15 de enero de 1959, recogido en la sentencia impugnada y que permite la liquidación del Impuesto de Sucesiones desde luego, sin perjuicio de las rectificaciones que proceden en su momento, para el caso de que dentro del término que necesariamente ha de producirse, se produzca el evento previsto por el testador” (FJ 5º). Sobre la base de todo lo expuesto, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación presentado.

**Adquisiciones “mortis causa”: aplicación de la reducción del 95% de la base imponible prevista en el art. 20.2.c) de la ley 29/1987, de 18 de diciembre.**

*Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 (Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo)*

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, a su vez, desestimó el recurso promovido frente a una Resolución del TEAC que estimó parcialmente las reclamaciones económico-administrativas formuladas por los herederos contra las liquidaciones provisionales giradas por la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid en relación con el ISD, modalidad sucesiones, devengado con ocasión del fallecimiento, el día 12 de agosto de 2000, de don José.

La cuestión controvertida en este asunto es si la percepción de una pensión de jubilación por parte del causante impide la aplicación de la reducción del 95% de la base imponible, prevista en el art. 20.2.c) de la Ley del ISD, en los casos de adquisiciones *mortis causa* por los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, que incluyan el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o de participaciones en entidades.

El Tribunal Supremo recuerda, en línea con pronunciamientos anteriores, que “[n]o puede rechazarse de plano la aplicación de los beneficios fiscales previstos para la empresa familiar por el mero hecho de recibir una pensión, al no existir una vinculación entre la exigencia del ejercicio de una actividad de forma habitual, personal y directa en el ámbito laboral y el fiscal” (FJ 3º). Por tanto, es preciso analizar en cada caso si, dadas las condiciones personales del causante, puede considerarse que se cumplen los requisitos necesarios para aplicar la reducción. En este sentido, tras exponer la doctrina establecida en pronunciamientos anteriores y similares al presente, el Tribunal Supremo advierte que en ningún momento se ha cuestionado por ninguna de las partes que la empresa cuyas participaciones se transmiten desarrollara una actividad empresarial distinta de la gestión de un patrimonio, mobiliario o inmobiliario, o que no se tratara de una sociedad en régimen de transparencia fiscal; que el causante participara en porcentaje suficiente en el capital de aquélla; o que el causante ejerciera de manera real y efectiva funciones de dirección en la referida empresa, interviniendo

en la toma de sus decisiones y percibiendo, en contrapartida, una remuneración superior a la exigida legalmente. Sólo se ha discutido si la obtención de tal remuneración es incompatible con el disfrute de una pensión de jubilación. Atendiendo a tales circunstancias y a la luz de la jurisprudencia existente sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación, ya que el causante cumplía las exigencias previstas legalmente para que sus herederos pudieran acogerse en su autoliquidación del ISD a la reducción de la base imponible por la adquisición mortis causa de las participaciones empresariales de que aquél era titular a su fallecimiento.

## EL IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

### Transmisiones patrimoniales onerosas. Exenciones: transmisiones de valores admitidos o no a negociación en mercados secundarios: art. 108 LMV

*Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2011 (Sección 2ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo)*

Como es sabido, el artículo 108, apartado primero, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores (LMV) establece que la transmisión de valores está exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD). No obstante, el apartado segundo del mismo artículo contiene una serie de supuestos de hecho a través de los cuales se pretende impedir operaciones de elusión fiscal de la tributación indirecta sobre las transmisiones de inmuebles mediante la interposición de sociedades. Uno de los casos en los que la transmisión de valores se sujeta al ITP y AJD tiene lugar cuando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50% por inmuebles situados en territorio español siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer

el control sobre esas entidades. Desde su aparición, el artículo 108 LMV ha generado una fuerte conflictividad y ha sido objeto frecuente de comentario doctrinal. Una de las cuestiones debatidas ha sido la relativa a su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Como expusimos en un número anterior de esta misma revista (nº 48/2010, pp. 266-268), mediante Auto de 24 de septiembre de 2009, la Sección 2ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre la compatibilidad del artículo 108.2 de la LMV (en la redacción dada por la disposición adicional 12ª de la Ley 18/1991, de 6 de junio) con los artículos 11.a) y 12.1.a) de la Directiva 69/335/CEE (artículos 5.2 y 6 de la Directiva 2008/7/CE). En concreto, las preguntas formuladas al Tribunal de Justicia fueron dos: “¿La Directiva 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, prohíbe la aplicación de forma automática de normas de Estados Miembros, como el artículo 108.2 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, que grava determinadas transmisiones de valores que encubren transmisiones de inmuebles, aunque no se haya buscado eludir la tributación?. En caso de que no sea necesario el ánimo elusorio ¿la Directiva 69/335/CEE del Consejo, de 17 de julio de 1969, prohíbe la existencia de normas como la ley española 24/1988 que establece un gravamen por la adquisición de la mayoría del capital de sociedades cuyo activo está mayoritariamente integrado por inmuebles, aunque sean sociedades plenamente operativas y aunque los inmuebles no puedan disociarse de la actividad económica desarrollada por la sociedad?”.

El TJUE, por medio de Auto de 6 de octubre de 2010, C-487/09, ha respondido a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, admitiendo la compatibilidad del artículo 108.2 de la LMV con la Directiva 69/335/CEE, relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales en supuestos de compraventa de acciones.

Ante la respuesta dada por el TJUE, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2010 considera que “el artículo 108.2 de la ley 24/1988 no da opción alguna a la posibilidad de valorar la concurrencia o no del ánimo tendencial de encubrir una transmisión de inmuebles a través de una operación de adquisición de valores mobiliarios, al prever la aplicación del gravamen del Impuesto sobre Transmisiones a toda clase de operaciones de valores mobiliarios que cumplan las dos circunstancias previstas”. Por otra parte, de la Sentencia del TJUE también se desprende que “la normativa comunitaria no

distingue entre sociedades patrimoniales y sociedades que desarrollan una actividad económica, por lo que hay que entender que, en principio, la Ley no excluye de gravamen las transmisiones de valores que denotan la transmisión de un negocio en funcionamiento” (FJ 3º). Por consiguiente, el Tribunal Supremo considera que no procede la exención de la transmisión de acciones origen del litigio (transmisión de acciones de Inmobiliaria La Manga S.A., efectuada por una persona física accionista de la misma a favor de INMOGOLF, también accionista de la referida inmobiliaria, obteniendo éste último una participación superior al 50% en el capital social de aquélla).

Sin embargo, el Alto Tribunal admite la alegación de la recurrente consistente en que la base imponible de la operación debería ser la parte del valor de los bienes inmuebles proporcional a los títulos objeto de la transmisión determinante del control de la sociedad propietaria de los inmuebles, ya que, en caso de no hacerlo así, se contravendría el principio de capacidad económica reconocido en el artículo 31 de la Constitución española, interpretación que constituye una jurisprudencia consolidada de esta Sala del Tribunal Supremo.

### **Actos Jurídicos Documentados. Base imponible: escritura de declaración de obra nueva: valor real del coste de la misma**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2010 (Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo)*

En esta Sentencia se analiza la adecuación a Derecho de la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2005 por la que se desestimó la reclamación económico-administrativa interpuesta por la actora contra la segunda comprobación de valores efectuada por los Servicios Provinciales en Albacete de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, relativa a los conceptos de división horizontal y declaración de obra nueva. La parte recurrente alega la imposibilidad de llevar a cabo una segunda comprobación de valores por parte de la Administración, la inadecuación del método de valoración empleado y la falta de motivación.

Por lo que se refiere a la primera alegación, la Sala recuerda que, aunque la tesis de la imposibilidad automática de una nueva comprobación de valores parece haber sido acogida por otros órganos judiciales, no lo ha sido por ella, la cual viene reiteradamente declarando “que no

existe base legal para impedir que la Administración ejerza su potestad comprobadora cuando la acción para hacerla valer no ha prescrito, a salvo los casos en que se demuestre la existencia de abuso de derecho por parte de aquélla. Y hemos dicho también que concurre abuso de derecho cuando es la tercera vez que se realiza la comprobación. Pero con una salvedad, esta Sala entiende que la Administración en efecto habrá abusado de su derecho en caso de que esta tercera comprobación incurra nuevamente en el vicio de insuficiente motivación (precisamente el que motivó las anteriores primera y segunda nulidades). En tal caso, la comprobación será anulada por falta de motivación, y el abuso declarado, de manea que impedirá cualquier otro intento de comprobación” (FJ 3º). Dado que es la segunda comprobación de valores no procede anulación.

En cuanto a la alegación consistente en la inadecuación del método de valoración utilizado, la Sala da la razón a la parte recurrente. El artículo 70 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del ITP y AJD, establece que “1. La base imponible en las escrituras de declaración de obra nueva estará constituida por el valor real de coste de la obra nueva que se declare. 2. En la base imponible de las escrituras de constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal se incluirá tanto el valor real de coste de la obra nueva como el valor real del terreno”. Es doctrina reiterada de esta Sala, recientemente confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de mayo de 2009 (dictada en interés de ley) que “de acuerdo con lo establecido en el artículo 70 la base imponible en estos casos (por lo que a la obra se refiere) estará constituida por el «valor real de coste de la obra nueva», indicando, a este respecto, que la expresión «valor real de coste de la obra» no puede significar otra cosa que lo que debe valorarse es lo que realmente costó la ejecución de la obra, sin que proceda realizar la valoración del inmueble como resultado final de la obra nueva puesto en el mercado, pues no es eso lo que se ha de valorar, sino el coste de ejecución del mismo, conceptos ambos (coste de ejecución frente a valor del inmueble terminado) que no tienen porqué coincidir, pues por ejemplo en la valoración del inmueble pueden influir factores como la localización del mismo o su uso que no tienen por qué afectar al coste de ejecución. Si el reglamento hubiera querido que la base imponible de la obra nueva fuese la misma que la valoración de la construcción cuando se transmite un inmueble, hubiera bastado con que así lo dijese, por ejemplo indicando, que se estimará el «valor real de la construcción», o expresión similar; sin embargo, el reglamento se ocupa de utilizar la particular expresión «coste de la obra», el «valor real del coste de la obra» (expresión que por cierto concuerda esencialmente con la de «coste real y efectivo de la construcción» utilizada por la Ley

de Haciendas Locales en relación con el ICIO) y es claro que no es lo mismo el «coste de la obra» que el «valor del inmueble».

La Sala no niega que, en los casos de declaración de obra nueva, la Administración pueda efectuar una comprobación de valores, pero lo que debe comprobarse en estos supuestos no es el valor del inmueble puesto en el mercado, sino el coste de la obra. A partir de las consideraciones anteriores, la Sala no acepta la comprobación de valores efectuada por la Administración autonómica, porque toma como punto de partida el precio máximo de venta de viviendas de protección oficial, en lugar del coste de construcción. Este método es, a juicio de la Sala, “absolutamente incorrecto por varias razones: por un lado, por partir de precios de venta y no del valor real de la construcción; por otro lado, por utilizar unos valores aplicables a viviendas de protección oficial, no constando que así sea en el caso que nos ocupa; por último, porque la Administración se limita en suma a aplicar una norma abstracta que determina un COEFICIENTE sin tener en cuenta las particulares circunstancias de la ejecución de las obras [...]” (FJ 4º). En suma, aunque la Administración expone las razones por las que eleva el valor, dichas razones son de tal naturaleza que resultan insuficientes para enmendar la declaración realizada por el sujeto pasivo. Por consiguiente, se estima el recurso interpuesto, dada la improcedencia del método de valoración empleado, y se anula la resolución impugnada sin entrar a valorar el resto de motivos de impugnación.

## IMPUESTOS LOCALES

### Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Exención respecto de la superficie de las instalaciones ferroviarias destinadas a cocheras<sup>2</sup>.

*Sentencia 257/2011, de 24 de Febrero, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.*

En la sentencia objeto del presente comentario la Sala de lo Contencioso-Administrativo trata de dilucidar si resulta o no aplicable a los terrenos que dentro de las instalaciones ferroviarias se destinan a cocheras y en las que se llevan a cabo labores de mantenimiento, conservación y reparación de las unidades ferroviarias la exención

recogida en el art. 62.1.g) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales

Pues bien, la exención controvertida alcanza, a tenor de lo dispuesto en el precepto arriba mencionado, a aquellos “terrenos ocupados por las líneas de ferrocarriles y los edificios enclavados en los mismos terrenos que estén dedicados a estaciones, almacenes o a cualquier otro servicio indispensable para la explotación de dichas líneas”, si bien, dicha exención no alcanza a “los establecimientos de hostelería, espectáculos, comerciales y de esparcimiento, las casas destinadas a viviendas de los empleados, las oficinas de dirección, ni las instalaciones fabriles”.

La Sala estima que la aplicación de la exención se ha de condicionar a que se otorgue la calificación de elemento indispensable para la explotación de las líneas de ferrocarriles, calificativo éste que requiere que el elemento en cuestión sea inseparable del servicio ferroviario y de su adecuada explotación. Así, en suma, la Sala entiende que la superficie destinada a cocheras de los tranvías, en las que además, se llevarán a cabo las labores de mantenimiento, conservación y reparación de los mismos ha de considerarse una instalación indispensable para la explotación de las líneas ferroviarias e inseparables de las mismas sin que quepa un uso distinto de ellas que no sea el de tal explotación.

En suma, la Sala concluye la plena aplicabilidad de la exención contenida en el art. 62.1.g) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales a la superficie de las instalaciones ferroviarias destinadas a cocheras de las unidades ferroviarias.

### **Impuesto sobre vehículos de Tracción Mecánica. Exención por minusvalía. Legalidad: límites del desarrollo reglamentario**<sup>3</sup>

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 37/2011 de 24 de Enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Rec. n.º 712/2010*

En esta sentencia se dilucida una cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Ciudad Real, que trae causa en el recurso contencioso-administrativo presentado contra la resolución del Ayuntamiento de La Solana, Ciudad Real, que aplicó la Ordenanza Fiscal reguladora del IVTM del Ayuntamiento demandado. Dicho recurso fue estimado por la sentencia nº 384/2010 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 1 de Ciudad Real, en



fecha 18 de octubre de 2010, declarando haber lugar a la exención del IVTM reclamada por el recurrente y derecho a la devolución del pago y se acordó plantear a esta Sala cuestión de ilegalidad sobre el art. 5.2 .b de la Ordenanza.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha procede a admitir en bloque la fundamentación jurídica que contiene el Auto del Juez *a quo* y, en consecuencia, declara la nulidad de pleno derecho del artículo 5.2 .b) de la indicada Ordenanza fiscal, emanada del Ayuntamiento de La Solana.

En efecto, el artículo 93 Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de Marzo, establece una serie de exenciones en el Impuesto sobre Vehículos de Tracción mecánica en atención a la titularidad del vehículo y su destino, y en concreto, por lo que aquí interesa, prescribe, en su segundo párrafo: “Asimismo, estarán exentos los vehículos matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo. Esta exención se aplicará en tanto se mantengan dichas circunstancias, tanto a los vehículos conducidos por personas con discapacidad como a los destinados a su transporte (...) A efectos de lo dispuesto en este párrafo, se considerarán personas con minusvalía quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33 por ciento”. Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo 93 termina expresando en su segundo párrafo: “En relación con la exención prevista en el segundo párrafo del párrafo e) del apartado 1 anterior, el interesado deberá aportar el certificado de la minusvalía emitido por el órgano competente y justificar el destino del vehículo ante el ayuntamiento de la imposición, en los términos que éste establezca en la correspondiente ordenanza fiscal”.

Detengámonos en la prescripción del art. 5.2e) (en las actuaciones y en el expediente aparece también como el artículo 5.2b) de la Ordenanza Fiscal Municipal recurrida con el siguiente tenor literal: “Se requerirá que la persona con discapacidad acredite documentalmente que en la correspondiente calificación de minusvalía tenga valorada la reducción de movilidad que le dificulte la asistencia al trabajo y asuntos sanitarios”, cuya redacción fue adoptada por un acuerdo en el Pleno del Ayuntamiento respectivo, por el que se modificó la Ordenanza fiscal nº 4, reguladora del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, añadiendo la letra d) -en la sentencia y en el auto, por error, reseña letra b)- del tenor transcrito.

Pues bien, el TSJ sostiene que la Ley exige tres requisitos para la exención: a) que se declare un 33% de minusvalía; b) que un vehículo se matricule a nombre del minusválido; y c) que el vehículo se utilice para uso exclusivo del minusválido. Es en relación con este tercer requisito cuando la Ley otorga al Ayuntamiento la facultad de concretar la forma de acreditar el uso exclusivo (“justificar el destino del vehículo ante el Ayuntamiento de la imposición, en los términos que éste establezca en la correspondiente ordenanza fiscal”). Sin embargo, el párrafo controvertido introducido en la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento demandado, exige que el minusválido tenga una reducción de su movilidad, condición no impuesta por la Ley y que por tanto vulnera los límites de la potestad concedida” (FJ 2º). Por ello, afirma el TSJ que “la Ley faculta a los Ayuntamientos a concretar la forma de acreditar un requisito, pero no para añadir uno adicional”. Destaca el TSJ de Castilla-la Mancha que en este caso se produce “la incorporación en una ordenanza de requisito no contemplado en la Ley al configurar una determinada exención tributaria, que se regula en todo caso por Ley, véase artículo 8.d) de la LGT 2003”. Por consiguiente, el citado precepto de la Ordenanza Fiscal municipal nº 4, reguladora del Impuesto de Vehículos de Tracción Mecánica es nulo de pleno derecho, por infracción del principio de reserva de Ley, artículo 62.2 de la Ley 30/92 de 26 de Noviembre, LRJAP-PAC.

En una postura similar podemos encuadrar la también reciente *Sentencia de 2 de junio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sentencia 471/2011)*, que reitera la imposibilidad de que los Ayuntamientos puedan añadir un requisito adicional al momento de concretar la forma de acreditar un requisito para el reconocimiento de una exención. En esta ocasión, los hechos planteados traían causa en la Ordenanza fiscal del Concello de Cangas, donde se exige que en el certificado de minusvalía expedido por la Consellería competente constase además del grado y su carácter temporal o definitivo, si la persona discapacitada tiene dificultades de movilidad que le impidan la utilización del transporte colectivo para “justificar el destino del vehículo”. El TSJ de Galicia entiende que esta condición no impuesta por la Ley introduce *ex novo* un límite al reconocimiento de la exención que no guarda relación con el destino del vehículo, por lo que procede anular tal previsión y reconocer el derecho del interesado a la exención solicitada, infringiendo así el principio de jerarquía normativa.

Consideramos que esta línea jurisprudencial es la correcta, de acuerdo a la necesidad de lograr el máximo respeto al principio de reserva de ley, impidiendo que la potestad reglamentaria pueda utilizarse para entrar a determinar elementos esenciales del tributo en los supuestos en que se intensifica dicha reserva como es en materia de exenciones, en

tanto producen la enervación de efectos jurídicos del hecho imponible realizado. Asimismo, esta postura se sitúa en estrecha correspondencia con el mandato del artículo 49 de la Constitución que promueve una política pública de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, sin distinción del tipo de minusvalía de que se trate.

## NOTAS

1 Los Comentarios de Jurisprudencia Tributaria, dirigidos por Miguel Ángel Collado Yurrita y coordinados por M<sup>a</sup> Esther Sánchez López, han sido elaborados por los Profesores de Derecho Financiero y Tributario e investigadores del Centro Internacional de Estudios Fiscales (<http://uclm.es/cief>), cada uno bajo su especialidad respecto de los tributos castellano manchegos, ya sea desde la esfera de los tributos estatales cedidos, propios o locales, a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales y administrativos, en su caso. De esta manera, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas será comentado por Francisco José Nocete Correa. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, así como El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados serán comentados por Saturnina Moreno González. El Impuesto sobre el Patrimonio será comentado por María Prado Montoya López. El apartado referente a los Impuestos medioambientales autonómicos será comentado por Gemma Patón García. Los Impuestos Locales corresponderán a Pedro José Carrasco Parrilla. Las Tasas y Precios Públicos (autonómicos y locales) por su amplísima variedad en cada una de sus esferas, serán abordados por Miguel Ángel Collado Yurrita, M<sup>a</sup> Esther Sánchez López y Luis M<sup>a</sup> Romero Flor. Y, finalmente, a José Alberto Sanz Díaz-Palacios le corresponderá la Jurisprudencia regional en materia de infracciones y delitos tributarios.

Ello no obsta, para que alguno de los referidos profesores, en un momento determinado y por la relevancia y/o interés del tema, puedan realizar comentarios fuera de las secciones en las que se encuentran encuadrados.

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

*Karolina Lyczkowska*

*Iuliana Raluca Stroe*

**ABOGADOS:** responsabilidad civil: estimación: por el error cometido en las operaciones aritméticas sobre la cuantificación de bienes gananciales: cuantificación: principio dispositivo: cantidad solicitada en el recurso como indemnización total. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sentencia de 24 enero 2011.

Se comete un error aritmético por parte del abogado responsable de la liquidación de la sociedad de gananciales, relacionado con la valoración de bienes en cuestión. En consecuencia, en virtud de la escritura de liquidación la actora deviene deudora de 90.000 euros a favor de su ex marido por vía de la compensación, mientras que de haberse practicado las operaciones de forma correcta, dicha cantidad se reduciría a 45.000 euros. La demandante reclama el resarcimiento del perjuicio material causado al letrado, pues su aceptación a las operaciones de liquidación de gananciales se basó exclusivamente en la confianza en que los cálculos han sido correctos. Su pretensión triunfa en ambas instancias. No obstante, en la segunda instancia se revisa la indemnización correspondiente que el Juez de la Primera Instancia cifró en 6.000 euros. La Audiencia califica el daño derivado de la frustración de las acciones judiciales como daño patrimonial debido a que el objeto de la acción frustrada tenía contenido económico, en tanto pretendía el reconocimiento de un derecho o anulación de una obligación patrimonial. La sentencia señala que se trata de un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades y finalmente acoge la pretensión de la actora, condenando de forma solidaria al abogado y su aseguradora al pago de 28.624,44 euros.

## K.L

**ACCION REIVINDICATORIA:** procedencia: cesión de vivienda a título gratuito a hijo y su familia: separación del matrimonio: carencia de título de ocupación: recuperación de la propiedad. **PREARIO:** ACCION DE DESAHUCIO: estimación: cesión de vivienda a título gratuito a hijo y su familia: irrelevante que se le atribuyera el uso de

la vivienda a la esposa en la separación: inexistencia de comodato. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 28 enero 2011.

La Audiencia Provincial de Albacete en la Sentencia de 28 de enero de 2011, estima el recurso presentado por los padres, quienes reivindican la vivienda cedida, en atención al matrimonio que el hijo había concertado, para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar. La Sala considera innecesario un nuevo pronunciamiento al existir doctrina unificadora de los distintos criterios sustentados por las Audiencia provinciales.

Inicialmente menciona la STS de 18 de enero de 1999 (AC 1999, 1), por todas, en la que el Tribunal reconoce el título posesorio de la ex-esposa en virtud de: a) la determinación del uso fijado por la proyección unilateral que al comodato se le otorga por la doctrina mayoritaria; b) la validez del título posesorio otorgado por el Convenio Regulador homologado judicialmente; c) por la continuidad de la vida familiar aunque fragmentada, con el predominio tutelador de los intereses de los hijos matrimoniales; d) por las exigencias de buena fe que requieren una necesidad de la vivienda por parte de quien la reivindica.

No obstante, la Audiencia recuerda que el Tribunal Supremo ha venido a unificar la doctrina de las distintas Audiencias en sentido contrario, por todas, la STS 22-10-2009 (RJ 2009, 5704), que declara: «...en esta cuestión se ha sentado doctrina a partir de la sentencia de 26 diciembre 2005 (RJ 2006, 180) (continuada en las SSTS de 2 (RJ 2008, 5587), 23, 29 y 30 octubre y 14 noviembre 2008 (RJ 2009, 393) y 13 abril 2009. Se afirma en primer lugar que en los casos de cesión de la vivienda a título gratuito, como el que ahora ocupa a esta Sala, se ha de comprobar si se ha consentido para un uso concreto y determinado, “que ha de ser siempre y en todo caso específico y no simplemente el genérico y propio de la cosa según su destino, debiendo la relación jurídica constar de forma clara, con independencia de que pueda deducirse o resulte implícitamente de los actos de las partes”. A continuación, la sentencia citada recuerda la doctrina de esta Sala relativa a la cesión gratuita de vivienda, que debe aplicarse a este recurso: “la situación de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo por su titular para ser utilizada por el cesionario y su familia como domicilio conyugal o familiar es la propia de un precarista, una vez rota la convivencia, con independencia de que le hubiera sido atribuido el uso y disfrute de la vivienda, como vivienda familiar, por resolución judicial». Por consiguiente, al existir un solo acto de liberalidad de entrega de la vivienda cuando el hijo de los actores y la demandada contraen matrimonio y siendo ese acto de precario, condena a la demandada a entregar la finca a los actores.

**I.R.S.**

**COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES:** **PROCEDENCIA:** modificación de medidas de una sentencia de divorcio, dictada por un Tribunal de Rumanía, cuando tanto el reclamante como su ex-esposa e hija a que afecta la medida residen en España. **MATRIMONIO: DIVORCIO:** guarda y custodia de los hijos: modificación: improcedencia: falta de acreditación de alteración sustancial de circunstancia alguna, ni que el cambio de custodia sea lo más beneficioso para la menor, o que exista causa seria e inhabilitante que haga necesario el cambio de guarda: convivencia con la madre conveniente para la menor. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 21 febrero 2011.

El demandante reclama la modificación del régimen de custodia de su hija, concedida a la madre de la menor por un tribunal rumano en la sentencia de divorcio. Todos los implicados son rumanos, pero residen en España, por lo cual se declara la competencia de los tribunales españoles para entrar en el fondo del asunto. Se alude al Reglamento UE 2201/2003 y se concluye que al no tratarse de supuestos de nulidad, separación o divorcio, en los que son los tribunales rumanos los que conservan la competencia, debe primar el factor de la residencia, y más cuando los intervinientes no hayan impugnado la competencia del tribunal español.

El padre de la menor pide la modificación de la custodia alegando la voluntad en tal sentido de la menor y la posible existencia de los malos tratos por parte de la madre o su actual pareja. La Audiencia señala que debe decidirse manteniendo el criterio del *favor filii* y que la modificación del convenio regulador judicialmente aprobado requiere la concurrencia de la alteración sustancial de las circunstancias y que la modificación de las medidas debe redundar en beneficio del menor. Dado que el demandante no ha probado ninguna de estas circunstancias, se desestima su solicitud en ambas instancias.

## K.L.

**COMPRAVENTA CIVIL: RESOLUCION:** improcedencia: inexistencia de incumplimiento del vendedor: chalet: incumplimiento no esencial de obligación de construir una piscina individual en la parcela: retraso no imputable al constructor: denegación de licencia por ayuntamiento causada por sequía: concesión posterior: no uso durante una o dos temporadas de verano que facultaría para solicitar indemnización pero no la resolución. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 1 marzo 2011.

El comprador de una vivienda impone la demanda de resolución del contrato por incumplimiento de la obligación de construir una piscina individual en la parcela. El Juez de la Primera Instancia declara esencial el incumplimiento, en atención a que en el contrato se había resaltado con mayúsculas la expresión relativa a la piscina individual para el chalé en cuestión y que la piscina formaba parte central de la publicidad gráfica de la vivienda. No obstante, aunque la Audiencia concuerda que se trata de un elemento de extraordinaria importancia en el contrato, no califica de esencial el incumplimiento, sino de un mero retraso, derivado de la falta de concesión de la licencia por parte del Ayuntamiento debido a la sequía. Ante tal situación, la demandada había ofrecido a la demandante una rebaja en el precio o la construcción de la piscina en cuanto se otorgue la licencia, pero ninguna de las opciones fue aceptada y la compradora optó por la demanda. Con todo, la promotora no dejó de perseguir la obtención de la licencia que finalmente se concede antes de la audiencia previa, resultando la tardanza solamente en unos meses.

Por tanto, la sentencia declara que no se cumple el criterio de la frustración del fin del contrato, imprescindible para su resolución, y que sólo existe un mero retraso. En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios por el retraso, no se aprecia la procedencia de su concesión, puesto que no existe un daño relevante derivado de la espera a la construcción de la piscina. Además, la sentencia señala la probable conducta oportunista de la compradora que había perdido interés en la vivienda debido a la crisis inmobiliaria, pues de otra forma no se explica cómo pudo ser que no aceptó la construcción tardía de la tan deseada piscina.

## K.L.

**CONCURSO:** efectos de la declaración de concurso: acciones de reintegración: improcedencia: daciones en pago efectuadas en periodo de retroacción de la quiebra: daciones por las que se extinguieron dos deudas preexistentes, así como las hipotecas que garantizaban su pago, en las que se subrogaron los adquirentes: falta de prueba de que tales enajenaciones lo fueran en perjuicio de la masa, o en fraude de los derechos de los acreedores. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 12 abril 2011.

La sentencia de la Primera Instancia estima la nulidad de las daciones de inmuebles de la concursada en pago de deuda de las naves industriales, sin haber emplazado a los adquirentes y a los subadquirentes

sucesivos de los inmuebles. La razón de la nulidad es la pertenencia de los actos de enajenación al periodo de retroacción concursal.

La Audiencia Provincial revoca la sentencia e interpreta que el art. 878.2 CCom que declara nulos todos los actos del quebrado posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra debe ser aplicado de forma relativa y no rigorista, de forma que pueden excluirse de esta consecuencia actos que correspondan al tráfico ordinario del quebrado, de no probarse que perjudiquen a la masa. Dicha doctrina se ve reflejada en numerosas sentencias traídas a colación por la Audiencia en su pronunciamiento. De acuerdo con el criterio de la AP, las daciones en pago pertenecieron al giro ordinario de la empresa y no perjudicaron a la masa, por lo cual procede la estimación del recurso de apelación.

## K.L.

**CONSUMIDORES Y USUARIOS: DERECHO A LA INFORMACION:** curso por correspondencia: información sobre el derecho de revocación o desistimiento: inclusión del documento de revocación; derecho a la revocación: falta de acreditación de su uso en el plazo establecido. **CONTRATOS COMPLEJOS:** curso por correspondencia: nulidad: improcedencia: falta de justificación jurídica. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 25 marzo 2011.

La Audiencia Provincial de Albacete desestima el recurso de apelación presentado por la demandada en contra de la Sentencia de Primera Instancia estimatoria de la demanda y desestimatoria de la reconvención planteada por la ahora recurrente. La demanda deriva de una solicitud de proceso monitorio en la que la actora, una entidad dedicada a la enseñanza por correspondencia, reclamaba a la demandada el pago del resto de un curso denominado “Cuidados Auxiliares de Enfermería y Graduado en Enseñanza Secundaria-Ingles”. La sentencia recurrida declaró la validez del contrato al resultar acreditados los hechos “constitutivos” de los derechos de la demandante, fundamentalmente, la firma del contrato, la entrega del material y el impago de los plazos pactados.

Las alegaciones de la demandada recurrente se refieren en primer lugar a una infracción procesal, en cuanto se le permitió a la actora, en el acto del juicio a presentar el original del ejemplar, del cual presentó primero (con la petición inicial del proceso monitorio), una copia del anverso, en el que se incluía el reverso (en el que figura el documento de



desistimiento al que se refiere el actual art. 69 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios). En los sucesivos motivos del recurso, la demandada alega la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato, falta de equilibrio entre las partes e incumplimiento por parte de la demandante del derecho de información que asiste a la recurrente en relación al derecho de desistimiento.

La Sala rechaza cada uno de los motivos del recurso, argumentando en primer lugar que no se puede observar la infracción de los arts. 265.2 y 272 de la LEC, alegada por la recurrente, toda vez que la solicitud inicial del proceso monitorio no es la demanda a la que se refiere el art. 265, sino la del art. 433, ya que el juicio monitorio deriva en un juicio verbal, siendo en el acto del juicio verbal donde el que presentó la petición inicial del monitorio deba presentar los documentos justificativos de su pretensión. Asimismo, confirma la Audiencia la validez del contrato, en cuanto considera que «las alegaciones de que existe esa nulidad no se han desarrollado de manera adecuada, no se han “justificado jurídicamente”». Tampoco se aprecia la nulidad del contrato por falta de información sobre el derecho de desistimiento, quedando acreditado el cumplimiento de esta obligación por la actora, de acuerdo a los arts. 68 y siguientes y 101 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, para los contratos celebrados a distancia. Por tanto al no haber hecho uso del derecho de revocación o desistimiento en el plazo acordado y no acreditar la recurrente el incumplimiento de las obligaciones por parte de la actora, la Audiencia confirma la Sentencia recurrida.

## I.R.S.

**CONTRATO DE AGENCIA:** indemnización por clientela: informe pericial aportado por la parte demandante y no cuestionado por actividad probatoria de la demandada: dictamen del perito no desvirtuado. **PRUEBA:** **APRECIACION:** contrato de agencia: resolución: valoración de documentos y dictamen pericial sin que la valoración que de ello hace la Juzgadora pueda ser considerada como ilógica o irracional. Audiencia Provincial de Guadalajara, sentencia de 29 marzo 2011.

Los hechos que han originado el presente pleito se refieren a la resolución anticipada por parte de la entidad de crédito del contrato de agencia financiare que había concluido con el actor. La sentencia apelada estima la demanda, condenando al Banco demandado al pago de una cantidad de 236.131,22€ en concepto de indemnización por

clientela, indemnización por daños y perjuicios por falta del preaviso estipulado contractualmente, de daños y perjuicios por gastos de inversiones realizadas y por daños morales. La entidad demandada interpone el presente recurso de apelación en contra de la mencionada sentencia, alegando incongruencia de la misma, procedencia de la resolución anticipada y por último, con carácter subsidiario, error en la cuantificación de las indemnizaciones.

Respecto de la incongruencia de la sentencia apelada, que sostiene la apelante demandada, al considerar que ésta se aleja del debate de las partes e “introduce un aspecto láctico que no había sido objeto de discusión”, la Audiencia considera que tal alegato carece de fundamento y declara que “la sentencia lo que pone de manifiesto reconociendo lo alegado por la parte en su demanda, que las prácticas bancarias que se imputan al agente demandante eran conocidas desde los años 2003. Por ello, la parte apelante no puede decir, como dice en el recurso, que la sentencia introduce un hecho que no había sido objeto de discusión. El apelante se confunde, pues la parte apelada/actora de forma clara y con apoyo documental sostiene que desde el año 2003 se incluía defectos detectados idénticos o similares. Que el apelante no haya combatido adecuadamente lo aducido por el actor en su demanda o bien que se haya mantenido silente ante lo afirmado y documentado por el actor, no significa que ello vicie a la sentencia de incongruente como se pretende, toda vez que los interrogantes del demandante son elocuentes y, de no tener respuesta o no ser la misma satisfactoria, es fácil llegar a la conclusión a la que llega la sentencia apelada”.

En relación al segundo motivo del recurso, referido a la procedencia de la resolución anticipada, la Sala confirma los argumentos del juzgador de instancia en cuanto declara acreditado que el Banco tiene conocimiento de las practicas por parte del agente demandante (incumplimiento de normativa y falta de firma de los clientes) desde el año 2003 siendo que cinco años después, y casi dos meses antes de la fecha de la carta de resolución, “que ante lo advertido por el Banco se hace una serie de recomendaciones y se fija un calendario de implantación de las mismas, por tanto, no se comprende la actuación del Banco pues de ser grave el comportamiento del agente se hubiera procedido a la resolución y no se le hubiera dado el tratamiento de recomendaciones y la posibilidad de su corrección”.

Como no se ha detectado un “manifiesto y claro error del Juzgador “a quo” de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas

interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada”, tampoco acoge la Audiencia el último motivo del recurso que se refiere al error en la cuantificación de las indemnizaciones.

En el FJ. 5º, la Sala hace una mención particular: “La primera, porque el apelante quiere que la sentencia que se ataca en esta alzada, se revoque con fundamento en unas alegaciones que en sí mismas, no son argumento para combatir la sentencia que se apela a tenor de lo que en el citado escrito se dice; y, en segundo lugar, por la extrañeza que causa en esta Sala el escrito presentado y su tenor por lo extraordinario - afortunadamente- que ello resulta al no ser practica propia de los profesionales que actúan ante esta Audiencia Provincial y ante lo que no se puede estar silente. En efecto, no parece que lo que se dice en el escrito y la forma de decirlo responda a lo que es el legítimo derecho de defensa y obedezca a lo que dispone el artículo 542 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; escrito este, que por su contenido no es acorde con lo que pudiera ser la crítica, legítima por otro lado, de una resolución judicial, ni tan siquiera el desacuerdo o la discrepancia más enérgica y contundente que pudiera merecer del destinatario de la misma; escrito impropio de personas que por su profesión y, consiguientemente, estatus profesional participan en la Administración de la Justicia mediante el ejercicio legítimo de reclamar o defender ante los Tribunales los derechos de sus patrocinados, sin que para ello sea menester incurrir, como se incurre en este caso, en la grosería -por ser benévolos en la calificación- para mostrar y, en su caso, hacer valer sus diferencias con los Tribunales de Justicia. Por eso, ante ello, solo merece por esta Sala el rechazo más ominoso de lo que gratuitamente se dice, guiados por la prudencia y en la confianza de que sirva a los firmantes del mismo como reflexión para que en un futuro no repetir escritos tan mal sonantes como el ahora aquí presentado”.

## I.R.S.

**CONTRATOS BANCARIOS: DESCUENTO:** responsabilidad: procedencia: extravío de pagarés entregados en descuento bancario a mercantil demandada y que resultaron impagados: descuento bancario y no gestión de cobro: reconocimiento del extravío: daños y perjuicios por falta de devolución de los efectos entregados: inexistencia de enriquecimiento injusto. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 22 marzo 2011.

La actora es una entidad mercantil que pide la indemnización de daños y perjuicios por el extravío de dos pagarés que fueron entregados en descuento al banco demandado. Cuando resultaron impagados, el banco descontó su cantidad de la cuenta que tenía la mercantil en el banco. La petición de la actora de que se le devolviesen los pagarés no pudo ser atendida, pues la entidad bancaria los había extraviado.

El Juzgado de la Primera Instancia condena al banco a la devolución de los pagarés entregados y en caso de que no se pudiesen restituir en el plazo de 15 días naturales, condena a la entidad bancaria a la indemnización de daños y perjuicios por el importe resultante de la suma de ambos pagarés.

En su recurso el banco trata de calificar el negocio como una gestión de cobro y no un descuento, pero en ambas sentencias se rechaza tal calificación, señalando que el anticipo de las cantidades es característico del descuento. También se rebate el argumento relacionado con la falta de condición de tenedor de la letra: al entregarse las letras al banco éste se convirtió en el legítimo poseedor y único autorizado para reclamar el cobro. La sentencia señala que el banco debió haber devuelto los efectos a la actora, una vez frustrada la comisión de cobro, y por no haberlo hecho ha producido un perjuicio a la demandante. En consecuencia, se desestima el recurso.

## K.L

**CULPA CONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD:** procedencia: muerte por asfixia de pollos por deficiente instalación del sistema realizado por el demandado: falta de acreditación de que la actora mantuviera desactivado el ordenador: deficiente funcionamiento del sistema no manteniendo la temperatura conveniente en el interior de la nave y no activando o resultando los mecanismos para ello insuficientes, la ventilación necesaria para recobrar la temperatura adecuada: concurrencia de culpa del actor al haber dejado desconectada la alarma: indemnización: cuantificación. Audiencia Provincial de Guadalajara, sentencia de 16 marzo 2011.

Conforme al Fundamento Jurídico primero de la SAP Guadalajara núm. 51/2011 de 16 marzo, AC\2011\1028, “la pretensión actora trae causa de la deficiente instalación que dice ejecutada por la demandada del sistema eléctrico y de alumbrado, ventilación y montaje, equipos informáticos adecuados para el control, alimentación y desarrollo de

los animales estabulados en determinada granja avícola propiedad de la demandante que provocó- la referida deficiente instalación-, que el día 16 de octubre del año 2.002 no se activase el mecanismo de ventilación, no funcionando la alarma e incrementándose la temperatura interior de la granja hasta provocar la muerte por asfixia de 23.000 pollos que había en el interior de la misma. La sentencia apelada, tras el examen de la prueba practicada en las actuaciones, concluye que si bien no ha podido determinarse que las deficiencias que la demandante imputa a la instalación realizada por la demandada fueran la causa del siniestro producido, lo que sí ha resultado constatado es que el día de los hechos no funcionó el sistema de alarma o aviso que hubiera puesto de manifiesto el hecho (subida de la temperatura interior) que provocó el fatal desenlace, siendo que a partir de la prueba pericial practicada a propuesta de la parte demandada, tal circunstancia encontraría explicación en el hecho de encontrarse apagado el día 16 de octubre el sistema de alarma propiciando que la incidencia (subida de la temperatura) no fuera advertida hasta el día siguiente al acaecimiento de los hechos. A partir de dichas conclusiones desestima la demanda siendo frente a dicho pronunciamiento contra el que se alza la parte actora a través de los distintos motivos que conforman su recurso de apelación solicitando la demandada, por el contrario, la íntegra confirmación de la recurrida”.

Se trata en el presente caso de una acción por responsabilidad contractual regulada en el artículo 1101 del Código Civil que determina la obligación de resarcir los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento de todo tipo de obligaciones previamente constituidas. Conforme a la STS de 14 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1379) “El artículo 1101 regula la acción de indemnización procedente del incumplimiento imputable de una obligación y no persigue el logro de la efectividad de la prestación, ni la finalización del vínculo obligacional, sino reequilibrar la economía del acreedor tras el daño patrimonial sufrido por causa del incumplimiento y, además, exige que la inobservancia sea imputable al deudor; y en este sentido, esta Sala ha declarado que los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 son la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o causa mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos (STS de 3 de julio de 2001 (RJ 2002, 1701)).

La Audiencia argumenta en primer lugar las facultades de revisión de la prueba practicada en la instancia de las que dispone, reconocidas por la numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que se establece que “el recurso de apelación es de los llamados de

plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez “a quo”, en la sentencia apelada”. No obstante, la demandante habrá de acreditar la concurrencia de los requisitos que condicionan el éxito de la acción por responsabilidad contractual que ejercita en la demanda y la revisión por la Sala del examen de los mismos verificado por la “ juez a quo” a partir de la prueba practicada, sólo será posible “si se aprecia error manifiesto que evidencie que se han alcanzado conclusiones absurdas, ilógicas o irracionales”. Por lo tanto, de las pruebas analizadas, la Audiencia concluye que si bien queda acreditado que la muerte de los animales se produjo como consecuencia del incremento de temperatura dentro de la nave y del no funcionamiento- o funcionamiento deficiente-, del sistema de ventilación y tales son deficiencias imputables a la parte demandada, concurren otras causas que coadyuvaron a la producción del resultado, que se refieren al fallo de activación del sistema de alarma advirtiendo a la propiedad de dicha circunstancia y que es imputable a la propia actora. Este último aspecto constituyó la base de la argumentación de la Sentencia apelada para exonerar de responsabilidad a la demandada, pero la Audiencia discrepa con las conclusiones en ella alcanzadas declarando que el sistema falló al no mantener la temperatura interior, siendo esto un hecho imputable a la parte demandada y la actora no fue advertida de tal circunstancia evitando con su actuación la muerte de los animales al haber dejado desconectada la alarma, hecho imputable a la demandante, de forma que en la producción del resultado final se puede constatar la actuación negligente en ambas partes, valorada en el 50% para cada una de ellas, por lo que el importe de la indemnización que se debe reconocer a la demandante se ha de reducir al 50% del total que sería procedente.

En relación a las cantidades reclamadas por la actora en concepto de pagos que hubo de satisfacer a terceros para reparar lo mal hecho o mal ejecutado por la demandada, la Audiencia rechaza aquellas facturas que no responden efectivamente a la necesidad de suplir las deficiencias apreciadas en los trabajos ejecutados por la parte demandada, admitiendo sin embargo a aquellas que justifican dichos trabajos por la cantidad íntegra sin aplicar la reducción del 50%, al considerar que dichos defectos no son imputables a la actora sino únicamente a la demandada.

**I.R.S.**

**DAÑOS Y PERJUICIOS: DAÑOS MORALES:** improcedencia: responsabilidad profesional del abogado por expresiones vertidas en el escrito de contestación a la demanda que han provocado a la demandante daños morales: no ha rebasado el límite de la libertad de expresión ni el ejercicio del derecho de defensa de su patrocinado: falta de acreditación de la existencia del daño y del nexo de causalidad con la actuación del abogado. **IMPOSICION DE COSTAS PROCESALES:** a la demandante: improcedencia: exclusión del artículo 32.5 LEC. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 4 febrero 2011.

La parte actora reclama la indemnización por daños morales, que considera se le habían ocasionado, por las expresiones injuriosas utilizados por el letrado que defendía a la Comunidad de Propietarios, de la cual la primera formaba parte, en la contestación a la demanda en otro pleito, en el que la actora impugnaba los Acuerdos adoptados por aquella. Alega la demandante que la utilización de dichas expresiones injuriosas le provocan “ansiedad por el abuso y merma de sus derechos” adjuntando Informe Médico donde se refleja que le fue diagnosticado “Trastorno adaptativo con ansiedad”.

El Juez de Primera Instancia consideró que el Letrado, en el ámbito de derecho de defensa, no se extralimitó en su actuación, pudiendo este actuar, conforme al artículo 33.2 del Estatuto General de la Abogacía Española aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio en relación con su artículo 42.2, “con libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la Ley y por las normas éticas y deontológicas”. La Audiencia acoge ésta argumentación y recuerda que el Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de noviembre 2007 (RJ 2008, 17) declaró que “...no toda declaración de culpabilidad conlleva la de responsabilidad, pues para ello es preciso que pueda anudarse a la actuación negligente del agente un daño susceptible de ser reparado, en su caso, mediante la correspondiente indemnización, de tal forma que, si falta éste, no cabe imponer indemnización alguna...”. Por lo anterior y por lo dispuesto en el art. 1902, establece que se tiene que acreditar tanto la existencia del daño como del nexo causal. Como la parte actora, ahora recurrente en grado de apelación, alega trastorno por ansiedad, pero no acredita la conexión entre los daños producidos y la actuación supuestamente negligente del abogado demandado, desestima la demanda.

Por último, la Audiencia considera que debe excluirse de la condena en costas, los derechos y honorarios devengados por los profesionales

que hayan asistido a la parte contraria, en virtud del artículo 32. 5 de la LEC, por lo que en este punto estima parcialmente el recurso.

### **I.R.S.**

#### **DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA:**

procedencia: artículo que publica y difunde un anónimo cuyo contenido, además de no contrastado ni apoyado en diligencias penales ni policiales ningunas, viene a reforzarse tanto con el texto elaborado como con las fotografías que lo adornan, ya de personas citadas en el anónimo, como de sitios de los que se dice provenían: errores circunstanciales, que con el empleo de una mínima diligencia, no se habrían cometido; efectos: publicación de la sentencia en el mismo medio donde se produjo aquella intromisión, que siendo de ámbito nacional, no necesita reforzarse con la publicación en un medio local o provincial. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sentencia de 17 marzo 2011.

Se interpone la demanda por vulneración del derecho al honor por la publicación de un reportaje anónimo que a juicio de la parte actora no ha sido suficientemente contrastado con la realidad y que contiene informaciones falsas, pues insinúa la participación de una pluralidad de personas en los hechos investigados por la policía. Se trata de un artículo sobre la muerte de un peatón atropellado por un funcionario de justicia, basado en las fuentes judiciales y policiales, pero que involucra a terceras personas de relevancia en la localidad y que no tienen ninguna vinculación con los hechos investigados. El reportaje también informa de que antes del atropello dichas personas supuestamente se habían reunido en un local de alterne, donde han comido juntos y al salir del cual se ha producido el accidente mortal del peatón. La Sala da por probada la falta de la diligencia exigible, pues ninguno de estos datos con los que se “adereza” la investigación penal es cierto, ni ha sido contrastado con la realidad, por lo que no puede calificarse como un mero “error circunstancial” como pretende la recurrente. En consecuencia, se acoge la demanda de la intromisión ilegítima en el derecho al honor y se condena a la revista responsable al pago de 10.000 en concepto de daños morales y a la publicación de la sentencia.

### **K.L.**

#### **DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA:**

improcedencia: regular ejercicio por el demandado de una acción penal



en el juicio de faltas: condena como autor de una falta de injurias leves: posibilidad de acreditar la oportuna «exceptio veritatis» para eludir su condena: falta de acreditación de que se hubiera empleado mentira para ganar ningún juicio: actuación circunscrita al marco estrictamente procesal. Audiencia Provincial de Ciudad Real , sentenciade 15 marzo 2011.

El actor denuncia el ataque a su derecho de honor en base a la condena en el juicio de faltas como autor de falta de injurias leves por la acreditada expresión por escrito al demandado de la frase “estoy en contra de abogados que ganan juicios utilizando la mentira”, en relación con la manifestación de éste en el seno de un proceso de que las fincas inicialmente embargadas no se encontraban inscritas. La Sala señala que de esta forma se pretende calificar como intromisión ilegítima el normal ejercicio de una acción penal por parte del demandado en el juicio de faltas, en el que el actor tuvo la suficiente oportunidad de acreditar la concurrencia de la *exceptio veritatis*. Además, la sentencia establece que aun de no ser cierto lo manifestado por el demandado, consta que tal manifestación no le ha servido para ganar ningún juicio y que fue la propia conducta del apelante la que causó la desestimación de la tercería promovida en el seno del proceso en el cual el demandado vertió la manifestación aludida. La demanda se desestima en ambas instancias.

## K.L.

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS: DERECHO AL HONOR: INTROMISION ILEGITIMA:** existencia: programa de televisión en el que la presentadora realiza afirmaciones y expresiones que atacan el honor el demandante en su dimensión profesional: conocimiento pleno del tema por ella: introducción de comentarios y valoraciones que son innecesarios y exceden de la crítica: indemnización: cuantía: determinación. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sentencia de 31 marzo 2011.

Se interpone una demanda por intromisión ilegítima en el derecho de honor vinculada a la realización de una entrevista por sorpresa por parte de una presentadora de un programa emitido por la Televisión de Castilla-La Mancha, cuyo formato se basa en este tipo de actuaciones. Según la sentencia, el procedimiento consiste en que “una persona, a petición de otra que actúa como cebo -en este caso su hija-, asiste engañada como invitado al programa y posteriormente es sacado del público para ser entrevistado, donde cuenta una experiencia o historia

personal, recibiendo a continuación un mensaje de ánimo o cariño”. Es en el seno de dicha entrevista cuando se vierten las manifestaciones insidiosas por parte de la presentadora que conocía anteriormente la sinopsis de la historia. Las expresiones de las que se trata son las siguientes: “usted me está hablando no de un médico de...no un médico de la sanidad pública, ni siquiera de una sociedad”, calificación como “mejunje o bomba de relojería para la salud” lo suministrado en la clínica del demandante, “estas pastillas contenían toda suerte de sustancias y de todo, le habrían creado adicción y en lo físico fue lo que le puso al borde de la muerte, pero así que anímicamente usted tiene que estar...” o “pero ahí motivos para denunciar”, “se está jugando con la buena voluntad de la gente”, “ahora lo que tiene usted así que estar en manos de buenos médicos”. La Sala entiende que la entrevistadora introduce comentarios y calificaciones innecesarias y que no han sido contrastadas, para aderezar la historia con un matiz sensacionalista. Por tanto, en su consideración global merecen la calificación de la intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante.

No obstante, se rechaza la indemnización por daño moral cifrada por la demandante en 60.000 euros, en atención a que se trata de un programa único, emitido a nivel autonómico, por lo cual se reduce la indemnización a 6.000 euros. En consecuencia, se acoge parcialmente el recurso de apelación.

## K.L.

**DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS: DERECHO AL HONOR:** derecho al honor y libertad de expresión; intromisión ilegítima: inexistencia: entrevista publicada en diario local: prevalencia de la libertad de expresión: informaciones y expresiones se proyectan sobre aspectos de indudable interés público ligados a la representante del Ayuntamiento, persona con proyección pública. Audiencia Provincial de Cuenca, sentencia de 25 enero 2011.

La SAP DE Cuenca de 25 de enero de 2011, desestimó el recurso planteado por la parte demandante, confirmando la sentencia apelada desestimatoria de la demanda. Los hechos que han originado el pleito se refieren a las declaraciones del demandado, portavoz del PSOE en el periódico “EL DÍA” de Cuenca, en el año 2008 criticando a la alcaldesa de Carrascosa. En el artículo en cuestión se recogía textualmente: <<El portavoz del Grupo municipal del PSOE, Ramón, en el Ayuntamiento de Carrascosa, considera que el equipo de gobierno local está perjudicando a la comarca

*de Campos del Paraíso con su actuación. Ramón crítica a la alcaldesa, Pilar, por no haber cumplido con su promesa de construir un polígono industrial que reactive el letargo en el que, a su parecer, se encuentra inmerso el lugar. “Carrascosa se encuentra con un retraso enorme en relación con los demás pueblos de la región, no hay actividad ni puestos de trabajo y se están fomentando medidas para que no se haga nada”, afirma Ramón, que asegura que el polígono se encuentra paralizado porque “los terrenos donde se podía construir se han donado una cooperativa de viviendas”, asegura Ramón. Además, el concejal socialista sostiene que hay proyectos que no se ejecutan con la excusa de que el POM no se ha aprobado tras 8 años redactándolo, “ahora se quiere vender como que Cuenca se lo ha echado atrás, ¿cómo es posible cuando hay pueblos que en 8 meses se aprueban? ¿Hay algo encubierto especulativo?”, se plantea el socialista. El canon impuesto a la entrada de vehículos por la población, la limitación de la travesía de Carrascosa a calle del pueblo y la ausencia de carteles informativos en la autovía son otras de las actuaciones consistoriales que a juicio del portavoz socialista perjudican a la zona. El edil del PSOE lamenta que le haya sido denegado en reiteradas ocasiones el acceso a las cuentas públicas. En esta materia, Ramón señala la existencia de un desfase de más de 100.000 euros en las cuentas de la Residencia de Ancianos. Para finalizar, Ramón sentencia que “el Ayuntamiento de Carrascosa del Campo no tiene un duro, no se presentan cuentas y la contabilidad de Carrascosa descansa en el bolso de la señora alcaldesa”. El PSOE no descarta pedir la dimisión del alcaldesa si ésta no respondiera a las demandas socialistas>>, siendo estas declaraciones confirmadas por el demandado en un artículo posterior del mismo periódico.*

Los argumentos de la Audiencia son doctrina de la Sentencia dictada por la Sala 1ª del T.S., Sección 1ª, en fecha 22.11.2010 (RJ 2010, 8000), (que analiza la publicación de una entrevista en un periódico de Galicia), se establece lo siguiente:

“.....TERCERO.- Libertad de expresión e información y derecho al honor.

A) El art. 20.1.a) y. d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el art. 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE, tiene un

campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio (RTC 1986, 104), y 139/2007, de 4 de junio (RTC 2007, 139) ), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero (RTC 2009, 29), FJ 2 , 77/2009, de 23 de marzo (RTC 2009, 77), FJ 3).

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005, 21 de julio de 2008 (RJ 2008, 4489), 2 de septiembre de 2004, 22 de julio de 2008, 12 de noviembre de 2008, 19 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5525), 5 de febrero de 2009, 19 de febrero de 2009, 6 de julio de 2009 (RJ 2009, 4455), 4 de junio de 2009 (RJ 2009, 3378)).

B) La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación (i) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1639), (ii) debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49), F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre (RTC 2001, 204), F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no

existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992 (TEDH 1992, 1), Castells c. España, § 42 , y de 29 de febrero de 2000 (TEDH 2000, 90), Fuentes Bobo c. España , § 43).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva, (i) la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión e información es más intenso, como establece el artículo 8.2.A LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la «proyección pública» se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias; (ii) la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones; (iii) la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204), F. 2; 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 110), F. 8 ; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7 ; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio (RTC 2004, 127) o, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero (RTC 2005, 39)).

En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser

puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el art. 2.1 LPDH (RCL 1982, 1197) se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

La jurisprudencia, en efecto, admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 19 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1324), 26 de febrero de 1992 y 29 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9820) (campana electoral); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campana política entre rivales); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero de 2003, 6 de junio de 2003 (RJ 2003, 4125), 8 de julio de 2004 (RJ 2004, 5243) (las tres sobre polémica política).

Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política, sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros. Así, las SSTS de 9 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6385) (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (RJ 2006, 3991) (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita un fuerte rechazo social por atribuírsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas), 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 723), RC n.º 3718/2001 (a propósito de un comunicado en que se imputaba a un medio de comunicación haber exigido un canon periódico por mejorar la información de un Ayuntamiento, 2 de junio de 2009 (RJ 2009, 3370), sobre un caso similar).....”.

En aplicación de la doctrina expuesta, el Tribunal destaca que estando frente a una colisión entre el derecho al honor y el derecho a la libre expresión o información, se ha de aplicar la técnica de la ponderación “para inferir si, atendidas las circunstancias del caso, la colisión con el derecho al honor de la demandante puede invertir la posición prevalente que las libertades de información y de expresión ostentan en abstracto en una sociedad democrática”.

Por lo tanto se debe tomar en consideración que las informaciones y expresiones se proyectan sobre aspectos de indudable interés público ligados a la representante de un Ayuntamiento, persona con proyección pública, por su actividad política, y por ello los límites de la libertad de información y expresión se amplían restringiendo el derecho al honor; que las expresiones proferidas por el demandado se personalizan en la Alcaldesa como cabeza representativa del equipo de gobierno local, lo que evidencia en un contexto de crítica política; que en el caso enjuiciado predomina el ejercicio de la libertad de expresión, (pues a través de la entrevista básicamente se pretende el traslado a la opinión pública de impresiones y apreciaciones personales), por lo que sus consecuencias jurídicas deben calibrarse principalmente en torno al alcance de la libertad de expresión y que resulta de menor relevancia el requisito de la veracidad de las informaciones que al hilo de las expresiones difundidas pueden entenderse transmitidas; y por último, las expresiones utilizadas, calificadas por la Audiencia como “duras”, si bien pudieran resultar literal y aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con el contexto en el que se profirieron, (crítica política para desgastar al equipo de gobierno municipal de cara a posteriores comicios electorales; siendo irrelevante por ello, en contra de lo pretendido por la parte apelante en su recurso, que se trate de un municipio pequeño), no revisten trascendencia suficiente para revertir el juicio de ponderación que hemos plasmado.

## I.R.S.

**JUICIO CAMBIARIO:** demanda de oposición: excepciones: pagaré de favor por no quedar acreditada deuda alguna entre demandante de oposición y actor del cambiario. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 10 de febrero de 2011.

Por la Sentencia de la Audiencia Provincial se estima la demanda de oposición al juicio cambiario, declarándose no haber lugar al despacho de ejecución ordenado por la sentencia apelada.

En el FJ.1º de la Sentencia declara la Audiencia que las dos cuestiones que vienen a plantearse en esta alzada se refieren a si es oponible en el proceso cambiario por pagaré el carácter de ser de favor, por englobarse bajo la rúbrica de excepciones basadas en las relaciones personales entre favorecidos y favorecido por aquel, y, si estamos o no en presencia de pagares de favor.

Declarando acreditado que se trata básicamente de un contrato de prestación de servicios presupuestado en una obra terminada en el tiempo pactado y una factura de 200.000€ pagada, en cuanto no se discute su abono por el actor cambiario, la Audiencia considera que estamos ante un pagaré de favor, si bien intenta el actor cambiario aumentar el valor de dicha factura, aportando otras que no están firmadas por el actor de oposición, con fecha de unos meses anteriores a la demanda iniciadora del proceso. Por tanto, cumpliendo el que se opone a la acción cambiaria con los requisitos del artículo 217 LEC, con arreglo al cual “corresponde al demandado la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos en que se funde la pretensión del actor, en relación con el principio de presunción de la existencia y licitud de la causa del contrato a que se refiere el artículo 1277 CC”, considera que no existe la obligación de pago.

Para argumentar la existencia del pagaré de favor cita la SAP de Salamanca, de 10-7-2009 (PROV 2009, 328872), que aplica la doctrina del Tribunal Supremo, “El pagaré de favor financiero se emite por un acuerdo previo en virtud el cual el favorecedor se compromete a emitir como firmante un pagaré para reforzar con su declaración cambiaria el acceso al crédito del favorecido tomador mediante su descuento en una entidad de crédito. De modo que en los pagarés financieros la relación causal y cambiaria entre firmante y tomador es en todo caso instrumental de la posterior relación causal y cambiaria entre el tomador (como descontatario y endosante) y el banco (como descontante y endosatario). Es obvio, entonces, que en letras y pagarés de favor (particularmente en letras y pagarés financieros) falta una relación causal o extracambiaria entre las partes implicadas en la declaración cambiaria; no existe una obligación causal material entre el favorecedor y el favorecido (es decir, no hay atribución patrimonial del tomador al firmante del pagaré). Ahora bien, esto no significa que no exista causa antecedente que justifique la emisión y entrega del título: el título de favor.

El pacto de favor, que justifica la emisión o entrega del título del favorecedor al favorecido, es un pacto o contrato perfectamente válido y lícito, dotado de notable tipicidad social (distinto por tanto del clásico peloteo o cabalgata de letras o pagarés donde se emiten fraudulentamente con carácter cruzado títulos cambiarios para obtener fondos simulando la existencia de relaciones comerciales estables, no atendiendo los títulos a su vencimiento por la absoluta insolvencia de todos los firmantes). Dado que la firma de favor es instrumento necesario para la posterior obtención de crédito del tomador o adquirente del título mediante su descuento en una entidad de crédito, y siendo la relación de valuta que



une al banco descontante con el descontatario reconducible causalmente al préstamo mutuo, puede afirmarse la existencia de una “causa credendi” (siquiera instrumental o mediata) en el contrato o pacto de favor que motiva la emisión o entrega del título por el favorecedor al favorecido.

Mediante el pacto de favor el favorecedor se obliga frente al favorecido a suscribir una letra de cambio o pagaré, asumiendo la obligación cambiaria correspondiente (en el caso del firmante del pagaré se convierte en obligado directo y principal, equiparado al librado-aceptante de una letra de cambio, ex art. 97 LCCh). El favorecido, por su parte, se obliga frente al favorecedor a mantenerle indemne de las consecuencias patrimoniales que conlleva la asunción de la obligación cambiaria, bien rescatando el título mediante su pago antes del vencimiento, o bien anticipando o reintegrando al favorecedor los fondos necesarios para atender el pago del título cambiario a su vencimiento. En consecuencia, el favorecedor que incumpliere la obligación cambiaria dispondrá de una excepción personal contra el favorecido que le reclame el cumplimiento de la misma. Y es así porque el pacto de favor excluye la responsabilidad cambiaria del favorecedor frente al favorecido, ya que el favorecido se compromete a mantenerle indemne de las consecuencias patrimoniales asociadas a la obligación cambiaria. Esta excepción de favor formaría parte de las excepciones personales o no excluibles del art. 67 I LCCh, aplicable también al pagaré ex art. 96 LCCh, aunque parte de la doctrina científica prefiere configurarla como una excepción de validez, al estar fundada en el contenido del contrato de entrega que da lugar a la obligación cambiaria. “

## I.R.S.

**JUICIO CAMBIARIO: EXCEPCIONES:** incumplimiento parcial: procedencia: oponibilidad en juicio cambiario: arrendamiento de obra: incumplimiento por la ejecutante al abandonar las obras sin motivo fundado o probado, existiendo defectos que no debe soportarlos la entidad deudora: cuantificación. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 31 enero 2011.

La entidad Promotora demandada en un juicio cambiario, se opuso a la ejecución de unos pagares emitidos como pago a cuenta de dos obras a ejecutar por la demandante, por considerar que esta, abandonó las mismas y, de lo que había ejecutado la demandante, tuvo que subsanar por su cuenta algunos defectos, por lo que solicitó la reducción de la deuda en esa cantidad. La sentencia apelada rechazó las alegaciones

de la demandada, al considerar que no eran esgrimibles en un juicio cambiario y ordenó continuar la ejecución o vía de apremio por el total reclamado. La entidad demandada presentó recurso de apelación, basando su argumentación en la posibilidad legal de oponerse a la reclamación de los pagarés por incumplimiento parcial y defectuoso cumplimiento, insistiendo se despache ejecución por el importe reducido.

La Audiencia estima el recurso argumentando que los criterios utilizados por la jurisprudencia menor, «basados en la antigua Ley procesal, en el sentido de no considerar examinable en éste tipo de procesos las objeciones al pago reclamado cuando se trate de incumplimientos parciales, no absolutos (que sólo serían abordables en juicio “ordinario”) -es decir, según dichas tesis cabría enjuiciar las “exceptio non adimpleti contractus” pero no las “exceptio non rite inadimpleti contractus”», han sido superados, recordando la STS de 17.07.2007 (PROV 2007, 336538), conforme a la cual, «la nueva Ley de Enjuiciamiento configura el proceso cambiario no como un tipo de proceso de ejecución, sino como un proceso especial, que no es sumario ni de limitada oposición cuando la litis se entabla entre emisor y firmante del título, por no expresarlo dicha ley y por, incluso, indicar lo contrario el art 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque u 824 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que permite esgrimir todo tipo de excepciones basadas en las relaciones personales, sin limitaciones) e incluso el art 826 y 827 determinan la plena “cognitio” al no cercenar medios y causas de prueba y la conclusión del juicio por “Sentencia” (no Auto) e impone efectos de cosa juzgada a la misma». Por tanto, después de admitir que es examinable en un juicio cambiario la objeción de la demandada, la Audiencia declara acreditado, en base a los informes técnicos aportados en el juicio, el incumplimiento por la ejecutante al abandonar las obras sin motivo fundado y, sobre todo, los defectos, “que no eran soportables por quien encargó la obra, sino que ha de asumir su reparación la entidad que obraba y no actuó conforme a la “lex artis” de su oficio”, debiéndose de restar dicha cantidad de la suma por la que se despachó ejecución.

## I.R.S.

**JUICIO CAMBIARIO: DEMANDA DE OPOSICIÓN: EXCEPCIONES: FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA:** art. 9 LCCh: interpretación: doctrina del TS y las Audiencias Provinciales; improcedencia: ejecución de pagarés: título que carece de mención alguna al nombre de la sociedad estampillado en el lugar de firma del emisor del mismo y carece de sello alguno de la empresa («contemplatio

domine»): falta de acreditación por el demandante en oposición de que firmó los pagarés en nombre de la sociedad que administraba con pleno conocimiento de ello por la tenedora: conversión del firmante en obligado cambiario; FALTA DE PROVISIÓN DE FONDOS: improcedencia: alegación por la tenedora de los pagarés de la existencia de una nueva relación jurídica de garantía nacida directamente entre el tenedor y el firmante, como persona física, y por la que este mismo, y con su patrimonio personal, respondía del pago de las deudas dimanante de anteriores contratos con la sociedad que administraba: pacto de garantía de tercero: inexistencia de prueba en contrario. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 27 abril 2011.

La sentencia enjuicia el problema de la ejecución de unos pagarés. El Juez de la Primera Instancia desestima la demanda de su ejecución, acogiendo la excepción de que el firmante de los pagarés no lo hizo en nombre propio sino como administrador de una empresa no demandada, ya que los pagarés se libraron contra la cuenta corriente de la sociedad en cuestión y la deuda derivaba de las relaciones comerciales entre el demandante en ejecución y la sociedad. No obstante, en el pagaré no consta sello de la sociedad ni mención alguna a la misma. Por tanto, pese a la presunción de la autorización de los administradores de la sociedad para firmar los pagarés en nombre de la sociedad (art. 9 Ley Cambiaria), la falta de la estampilla o los datos de la sociedad preimpresos determina que se quede obligado quien firmó el pagaré, en atención a la protección del principio de la apariencia. La mera aparición de la cuenta societaria no es suficiente para desvirtuar dicha apariencia, pues no puede exigirse al tenedor que averigüe quién es el titular de la cuenta. En conclusión, se estima el recurso de apelación y se confirma el despacho de ejecución.

## K.L.

**LITIS CONSORSIO PASIVO NECESARIO:** **IMPROCEDENCIA:** acción de resolución por responsabilidad en el proceso constructivo, es decir, por no construir y entregar en la fecha prevista en el contrato, ni en ninguna otra posterior suficientemente próxima para estimar un mero retraso culpable no invalidante: no existe litis consorcio pasivo necesario, pues, aún concurriendo pluralidad de agentes, la causa es única y no es posible establecer distintas responsabilidades. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 13 junio 2011.

Se trata de un contrato de compraventa de vivienda futura celebrado entre un particular y dos promotoras inmobiliarias. Pese a que la vivienda debió haberse entregado en noviembre 2007, hasta enero 2009 no se ha cumplido todavía la obligación. El juez de la primera instancia acoge la demanda de resolución contractual por incumplimiento de plazo y condena a la devolución del precio pagado.

En el recurso la demandada alega la existencia del litisconsorcio pasivo necesario. Resulta que la demanda iba dirigida inicialmente contra las dos promotoras, pero una de ellas no compareció en juicio y además fue declarada en concurso, continuándose el procedimiento sólo contra una de las codemandadas. La sentencia señala que aunque ambas promotoras aparezcan como vendedoras en el contrato de compraventa, en el juicio se ventila únicamente la responsabilidad por no haber construido y entregado en plazo la vivienda. Como la causa es única y no procede establecer distintas responsabilidades, es más adecuado fijar el vínculo de solidaridad con relación al perjudicado y no procede la figura de litisconsorcio pasivo necesario en el caso de obligaciones solidarias, y en especial en la responsabilidad por vicios ruinógenos del art. 1591 CC. El hecho de que la vivienda se haga mal debe equipararse a la situación en la no se inicia siquiera el proceso constructivo, según la sentencia, pues a lo que falta el demandado es a su obligación de entregar la vivienda en condiciones adecuadas para su uso. En consecuencia, se desestima el recurso de la promotora condenada.

## K.L.

**MANDATO: OBLIGACIONES DEL MANDATARIO:** responsabilidad: procedencia: mala fe del mandatario: aplicación a usos propios de la cantidad que correspondía a la actora: valoración del daño. Audiencia Provincial de Toledo, sentencia de 24 marzo 2011.

La demandante había otorgado a su hermano un poder notarial para extinguir parcialmente el estado de proindivisión de la finca. El mandatario lleva a cabo el negocio de la división en dos partes iguales, adjudicando una de ellas a la mandante y quedándose la otra. Más tarde, el mandatario permuta su trozo de finca por un chalé. Resulta que la parte de la finca adjudicada a la mandante tiene la calificación del suelo rústico y la otra parte se califica como suelo urbano, por lo cual tienen valor muy diferente, según el informe pericial.

En la primera instancia se desestima la demanda de la mandante en base a que en la escritura de división se hace constar la naturaleza urbana de la finca a dividir, lo que justifica la pretendida ignorancia del mandatario de las circunstancias mencionadas. No obstante, la Audiencia resalta que se trata solamente de la manifestación de la parte y que en el documento del recibo catastral unido a la escritura consta la calificación de la finca como rústica. Además, queda probado el conocimiento del mandatario de la distinta calificación de ambas porciones de la finca, pues se reflejaban en la licencia pedida al Ayuntamiento para la segregación. También se tiene en cuenta la inmediata permuta por parte del mandatario de su suelo por un chalé, nada más efectuada la división.

Aunque el mandato no contenía instrucciones específicas, el Código Civil impone que el mandatario se someta a lo que haría un buen padre de familia. Aun teniendo en cuenta que el mandato otorgado permitía la autocontratación, ello no salva la calificación de dolosa y abusiva actuación por parte del mandatario. En consecuencia, se acoge el recurso y se condena al mandatario a indemnizar los daños y perjuicios, cifrados en la mitad del valor de ambos trozos de la finca según el informe pericial más los intereses legales en atención a lo dispuesto por el art. 1724 CC.

## K.L.

**NULIDAD DE ACTUACIONES: PROCEDENCIA:** acción de responsabilidad de administradores: improcedente acumulación de acciones: falta de competencia objetiva del juzgado de primera instancia: es requisito imprescindible para la admisibilidad de la acumulación de acciones que el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acumulada o acumuladas. Audiencia Provincial de Cuenca, sentencia de 1 febrero 2011.

La sentencia de Primera Instancia ahora apelada, condenó a la entidad mercantil y a los dos administradores demandados, al pago de la cantidad reclamada en la demanda. Uno de los administradores interpuso recurso de apelación, alegando falta de legitimación pasiva de los administradores al considerar que ésta corresponde al liquidador que omitió la existencia de la deuda en el desempeño de sus funciones y la nulidad del documento en el que se basó el Juzgado para la condena de la entidad, al entender que el mismo está firmado por una persona

que se atribuye la representación de una sociedad que se encuentra liquidada y que la deuda es del propio firmante a título personal y no de la sociedad.

La Audiencia Provincial de Cuenca declara, en la Sentencia de 1 de febrero de 2011, que las acciones de responsabilidad de los administradores no son competencia de los Juzgados de Primera Instancia, sino de los Juzgados de lo Mercantil, conforme a la mayoría de la jurisprudencia menor que se ha pronunciado en este tipo de asuntos, y ello con base en el art. 86.ter.2 de la L.O.P.J. en el que se dispone que “los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de las demandas que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas. Y, precisamente, las acciones social e individual de responsabilidad contra los Administradores de sociedades mercantiles, contempladas en los arts. 133 a 135 de la L.S.A., art.133 art.134 art.135 en relación con el art. 69 de la L.S.R.L., y la acción de responsabilidad solidaria por deudas sociales de los arts. 262 de la L.S.A. y 105 de la L.S.R.L., pertenecen a esa categoría que resulta exclusiva competencia de los Juzgados de lo Mercantil”.

Por tanto declara la nulidad de lo actuado en primera instancia, en relación a la responsabilidad de los administradores, en virtud de lo previsto en el art. 48.1 y 2 de la LEC: “la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto se advierta, y caso de que el Tribunal que conozca del asunto en segunda instancia entienda que el órgano ante el que se siguió la primera instancia carezca de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de órgano que corresponda”.

Argumenta en relación a la improcedente acumulación de acciones que “el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial relaciona un catálogo de materias cuyo conocimiento atribuye a los Juzgado de lo Mercantil, de manera que éste, como órgano especializado, carece de competencia objetiva para enjuiciar lo que no le viene expresamente atribuido, por razón de la materia, en dicho precepto legal. El resto de las materias civiles no comprendidas en ese ámbito competencial incumben al Juez de Primera Instancia, (art. 85.1 de la LOPJ). Como ha declarado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 08.03.1993 (RJ 1993, 2048), en relación a los órganos especializados, éstos no pueden conocer de otras cuestiones que las explicitadas en las leyes que regulan su competencia. Entre las materias que contempla el núm. 2 del citado artículo 86 ter de la LOPJ no se incluyen las acciones de reclamación de

cantidad por incumplimiento contractual dirigidas contra una sociedad mercantil, porque no se sustentan en la legislación societaria, pues de la aplicación de ésta no surgen deudas de la sociedad para con terceros. Su fundamento debe buscarse en el contenido de lo convenido entre las partes al amparo de lo previsto en el artículo 1.255 CC o, en su caso, de las normas que regulen cada tipo de contrato, ya sea en el propio Código Civil, el Código de Comercio o la legislación especial que resulte aplicable. Por el contrario, las acciones de responsabilidad contra los Administradores tienen su fundamento en la legislación societaria antes mencionada. Por lo tanto, están comprendidas en el artículo 86 ter, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando señala como competencia del Juez de lo Mercantil “todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional -civil- se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”. La expresión del núm. 2 del artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al afirmar que los Juzgados de lo Mercantil conocerán de “cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil”, no puede ser interpretada aisladamente de la relación de materias concretas que siguen a esa mención. Su finalidad es concretar que la competencia del Juzgado de lo Mercantil lo es para el aspecto civil de las materias enumeradas, (pleitos entre particulares), y no para otros, (administrativo, penal, etc). En ese mismo sentido debe entenderse la expresión “todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas”. En ese ámbito no están comprendidas las reclamaciones de cantidad derivadas de incumplimiento de contratos en que sea parte la sociedad, pues no se sustentan en la legislación societaria. Es más, existe el significativo precedente de que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial se propuso una enmienda al artículo 86 ter que sugería la siguiente adición: “g) las demás acciones a las que se acumule cualquiera de las comprendidas en los números anteriores”. Tal enmienda fue rechazada, lo cual es signo de la voluntad del legislador de excluir la posibilidad de acumulación de acciones fuera de los casos en los que exista atribución expresa de competencia al Juez de lo Mercantil”.

En definitiva, para que sea procedente la acumulación de acciones se tienen que cumplir los requisitos del artículo 73.1.1º LEC, es decir que “el Tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia para conocer de la acumulada o acumuladas”, y como el Juzgado de lo Mercantil no tiene atribuida legalmente la competencia objetiva para conocer de las acciones derivadas de responsabilidad contractual contra la sociedad, no procede la acumulación de acciones pretendida.

Concluye la Audiencia señalando que si bien el Tribunal Supremo ha admitido el criterio de flexibilidad en la acumulación de acciones (SSTS de 28.06.1994 [RJ 1994, 5330] ó 30.05.1998 [RJ 1998, 4539]), “no lo ha hecho a costa de eludir prohibiciones legales”, como las del art 73.1.1º, y ello porque “la competencia objetiva del órgano judicial es un presupuesto del que no puede prescindirse para la aplicación del criterio de flexibilidad”.

## I.R.S.

**PAGARE: ACCIONES POR FALTA DE PAGO:** excepciones del deudor: improcedencia: falta de acreditación de pacto de renovación de los pagarés: viejos pagarés en poder de la entidad acreedora. **LEGITIMACION PASIVA: PROCEDENCIA:** juicio cambiario contra comunidad de bienes: legitimación del comunero firmante de los pagarés; **IMPROCEDENCIA:** falta de legitimación del comunero no firmante de los pagarés: el obligado cambiariamente es únicamente quien acepta la letra de cambio o firma el pagaré. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 25 mayo 2011.

El presente recurso tiene como origen la sentencia dictada en un juicio cambiario, mediante la cual se condenaba a los dos demandados, comuneros de la misma Comunidad de bienes, a abonar la cantidad de 67.239 € en concepto de principal, más 18.900€ en que se calculan prudencialmente los intereses y costas, a la entidad actora, extendiéndose la condena a la Comunidad, por no haberse opuesto a la pretensión cambiaria.

Los demandados, alegan en el recurso de apelación, falta de legitimación pasiva, al entender que la firmante de los cuatro pagares cuya ejecución se solicita es la comunidad de bienes.

Partiendo del hecho probado que la firmante de los pagares, a favor de la entidad demandante, ha sido la mencionada comunidad, cuyo únicos socios eran los dos demandados, siendo uno de ellos el que los firmó físicamente, la Audiencia procede a establecer si en el juicio cambiario, por la propia naturaleza del pagaré, la comunidad de bienes tiene que ser demandada y si tienen legitimación pasiva cada uno de los demandados. Recuerda en este sentido, que la jurisprudencia es unánime “en el sentido de que no es preciso demandar a la comunidad de bienes, sino que basta con que la demanda se interponga contra los comuneros” - SAP Cáceres nº 51/2011, de 31 de enero (PROV 2011,



126950), SAP Vizcaya nº 662/2006, de 17 de noviembre (PROV 2007, 99222), SAP Santa Cruz de Tenerife nº 440/2009, de 13 de noviembre (PROV 2010, 77961) ; SAP Madrid nº 460/2004, de 22 de julio (PROV 2004, 243584)- lo que significa que el demandante puede demandar tanto a los comuneros, como a la comunidad de bienes o bien a todos conjuntamente. La jurisprudencia anteriormente mencionada es unánime también en cuanto al reconocimiento de la legitimación pasiva del demandado que firmó con su puño y letra los pagares si bien no en su propio nombre sino como comunero.

En relación a la legitimación pasiva del comunero no firmante, la Audiencia recuerda las dos posiciones mantenidas por la jurisprudencia menor. Por un lado, la SAP de Cáceres nº 51/2011, de 31 de enero (PROV 2011, 126950), y la SAP de Madrid nº 460/2004, de 22 de julio (PROV 2004, 243584), que declaran la falta de legitimación pasiva de los comuneros no firmantes, y por otro, la SAP de Santa Cruz de Tenerife nº 440/2009, de 13 de noviembre (PROV 2010, 77961) que declara que "...ha de tenerse en cuenta que dicho apelante ha sido llamado a la litis en su condición de comunero o partícipe -junto al otro codemandado- de la comunidad de bienes, que, como tal, carece de personalidad jurídica propia, siendo la única con la que, como se desprende de la prueba practicada, en particular del interrogatorio de parte y testifical en conjunción con la documental, mantuvo relaciones comerciales la entidad actora, por lo que para la exigencia a la misma de las responsabilidades que sobre ella pesan ningún obstáculo existe para llamar al juicio a todos sus integrantes, quienes responden solidariamente frente a terceros, con independencia de que entre ellos opere la distribución por cuotas en virtud de lo dispuesto en los artículos 392 y ss., todos del Código Civil" y la SAP de Barcelona, de 3 de junio de 2002 (PROV 2002, 278065) que estima la demanda ejecutiva presentada contra dos comuneros (uno de ellos, no firmante), en base a la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de la comunidad, sin perjuicio de que en las relaciones internas opere la distribución por cuotas. No obstante, en el presente caso, la Audiencia considera que la situación de partida en un juicio cambiario es distinta en comparación a un proceso declarativo, declarando que "lo característico del juicio cambiario es que el título que permite iniciar este proceso ha de ser una letra de cambio, un cheque o un pagaré, y que sólo podrá ser demandado en este tipo de proceso el aceptante o firmante del título, no un tercero... sin perjuicio de la responsabilidad que deban asumir como integrantes de la comunidad de bienes deudora."

En el segundo motivo del recurso, los apelantes denuncian incongruencia *extra petitum* de la sentencia recurrida, en cuanto a la extensión de la condena a la comunidad que no ha sido demandada ni ha participado como tal en el proceso. La Audiencia estima el motivo, argumentando que “es evidente que la sentencia no puede condenar a la comunidad de bienes, pues esa condena no ha sido solicitada por el demandante”.

El tercer motivo de impugnación es desestimado por la Audiencia al considerar que no se ha acreditado fehacientemente la novación de los pagarés invocada por los apelantes, ya que “si hubiera existido un acuerdo de renovación de los pagarés, los pagarés viejos habrían sido devueltos a los comuneros, y a cambio éstos hubieran entregado a la entidad acreedora los pagarés nuevos”.

La Sala estima parcialmente el último motivo, relativo a la validez de algunos de los cuatro documentos aportados en la demanda que se refieren a los gastos bancarios producidos por el impago y devolución de los pagarés por falta de fondos, reconociendo la autenticidad de los dos en los que aparece el logotipo de la entidad bancaria y rechazando los otros dos que no tenían la apariencia de unos recibos bancarios. Por tanto, estima parcialmente el recurso, condenando al comunero firmante al pago del principal de la deuda más los gastos de devolución reducidos en la cantidad correspondiente a los dos documentos cuya validez había rechazado.

## I.R.S.

**PAGO: PROCEDENCIA:** pago realizado por uno de los obligados a quien parecía o aparentaba ser el acreedor, por ser titular de la vía, esto es el Estado o el Ministerio de Fomento: validez cuando se hace de buena fe por los obligados, desconociendo si hay concesionario o aún así desconociendo los términos del contrato entre ellos. **DAÑOS Y PERJUICIOS: INDEMNIZACION:** daños causados por un vehículo en la infraestructura de una autovía: inclusión de los gastos de maquinaria y personal: concesionaria perjudicada al sufrir daños en las instalaciones de la carretera cuya concesión tiene adjudicada, al haber reparado los daños ocasionados o responsabilidad de terceros: el importe de la indemnización no puede limitarse al material de sustitución, sino que comprende todos los perjuicios causados. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 26 abril 2011.

El caso resuelto por esta sentencia es parecido al solucionado mediante Sentencia núm. 125/2011 de 26 abril AC2011\1299, de la misma Audiencia, con la particularidad que la sentencia ahora apelada, es estimatoria de la demanda, declarando el Juzgado de Primera Instancia que el pago efectuado a favor del acreedor aparente –Ministerio Fiscal titular de la vía- es irrelevante y que no debía abonarse más que los gastos de material, excluyendo los gastos por utilización de maquinaria y de personal, por entender que se trataba de gastos fijos ya remunerados por el Ministerio.

La Audiencia, basándose en los mismos argumentos que utilizó en la sentencia antes mencionada (y analizada) declara la eficacia del pago realizado al Ministerio como acreedor aparente y condena a las demandadas al pago de las cantidades correspondientes por los gastos de mano de obra y maquinaria.

No obstante, en el presente recurso, las demandadas, alegan también que la indemnización por daños materiales reconocida a favor de la demandante, no ha de incluir la partida de IVA, pues la perjudicada es una empresa que ha de recuperar después lo abonado por ese concepto. La Audiencia rechaza dicha argumentación, declarando que “es doctrina jurisprudencial reiterada que no corresponde al orden jurisdiccional civil resolver las controversias sobre si procede repercutir o no el impuesto, y la consiguiente posibilidad de un doble cobro, que habrá de resolverse posteriormente con los medios que el ordenamiento jurídico arbitra para obtener el reembolso. Así, declara el TS en S. 7.Oct.2008 (RJ 2008, 5676), en el ámbito de la impugnación de tasaciones de costas pero igualmente aplicable para el presente supuesto, que “no corresponden a este orden jurisdiccional civil los debates sobre la procedencia del impuesto, sujeto pasivo, base imponible y tipo aplicable (Ss. de 31.May.2006 (RJ 2006, 322), 13.Jul. y 7 Nov.2007 (RJ 2007, 8421), entre las más recientes), como no cabe pretender que interprete exclusivamente preceptos del orden fiscal (Ss. de 13.Nov.2006 (RJ 2006, 7141) y 26.Nov.2007), y si bien puede adoptar decisiones en algunos aspectos (cuando se trata de cuestión accesoria - Ss. 27.Oct.2005, 31.May., 12.Jul. (RJ 2006, 4510) y 29.Sep.2006, 6.Mar. (RJ 2007, 2513) y 7.Nov.2007-; o aplicación de cláusula contractual en que el comprador asume el pago de IVA - S. 27.Ene.1996 (RJ 1996, 733)), tal posibilidad no cabe extenderla a temas complejos como el que se suscita en la impugnación..., sin que quepa apreciar indefensión para la parte impugnante de la tasación, porque con independencia de la responsabilidad que pueda derivarse para el que exige el IVA de un doble cobro, el ordenamiento jurídico arbitra los medios adecuados para obtener el reembolso”.

**I.R.S.**

**PAGO: PROCEDENCIA:** pago realizado por uno de los obligados a quien parecía o aparentaba ser el acreedor, por ser titular de la vía, esto es el Estado o el Ministerio de Fomento: validez cuando se hace de buena fe por los obligados, desconociendo si hay concesionario o aún así desconociendo los términos del contrato entre ellos. **DAÑOS Y PERJUICIOS: INDEMNIZACION:** daños causados por un vehículo en la infraestructura de una autovía: inclusión de los gastos de maquinaria y personal: concesionaria perjudicada al sufrir daños en las instalaciones de la carretera cuya concesión tiene adjudicada, al haber reparado los daños ocasionados o responsabilidad de terceros: el importe de la indemnización no puede limitarse al material de sustitución, sino que comprende todos los perjuicios causados. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 26 abril 2011.

Los hechos que han originado el presente recurso de apelación se refieren a la reclamación por parte de la entidad concesionaria de una carretera de utilidad pública, de la indemnización por daños y perjuicios causados por un accidente de tráfico, a la entidad aseguradora de la conductora que lo ocasionó. La aseguradora, oponiéndose a la demanda, alega que ya realizó el pago al Ministerio de Fomento, como titular de la vía en cuestión al desconocer la existencia de la concesionaria y, en segundo lugar, la exclusión de la cantidad indemnizatoria de los gastos por mano de obra y maquinaria empleada en la reparación de los daños causados por la demandante. La Sentencia apelada estimó parcialmente la demanda, reconociendo el efecto liberatorio del pago efectuado (181,42€) y condenando a la demandada al pago de la cantidad restante (1231,88) por los gastos de mano de obra y maquinaria, antes mencionados.

La Audiencia declara la eficacia liberatoria del pago hecho por la apelante al Ministerio de Fomento como acreedor aparente, basando su argumentación en la interpretación que se ha venido dando al artículo 1164 CC, aplicable al caso, tanto por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales como por la del Tribunal Supremo. En este sentido, recuerda su propio pronunciamiento -Sentencia de 1-3-2011 (PROV 2011, 156954)- en un caso anterior, similar al de autos con cita de la SAP de Huelva en su resolución de 5-2-2010 (PROV 2010, 365107) en los términos literales siguientes: “En aplicación del art. 1164 CC, anteriormente reseñado y a la vista de todas las circunstancias, concurren todos y cada uno de los presupuestos legal y jurisprudencialmente requeridos para ello (se citan entre otras, las Sentencias TS 03.02.1927 , 04.07.1994 , 30.10.1995 (RJ 1995, 7653), 17.10.1998 (RJ 1998, 7439)), no solo el objetivo de que el pago se haya efectuado a favor de quien estuviera en “posesión del

crédito” lo que debe entenderse como una apariencia jurídica adecuada, razonable y objetivamente verosímil respecto de la cualidad de acreedor, sino también el subjetivo de la “buena fe” del deudor, como creencia equivocada de que la persona que se comporta como acreedor lo es efectivamente. No se trata de una buena fe que descansa en el mero subjetivismo del pagador o que pueda presumirse sin más, sino de una convicción emanada de datos objetivos y fiables que éste tiene el deber de aportar y acreditar en cuanto que van encaminados a la extinción de una obligación que recae sobre él”. En el mismo sentido la SAP de Baleares de 15-1-2010 (PROV 2010, 91501) cuando señala: “Pero es que, además el artículo 1164 del Código Civil atribuye eficacia al pago hecho de buena fe al que estuviera en posesión del crédito, expresión esta última de dudosa fortuna que según doctrina prácticamente unánime no hace referencia a la idea técnica de la posesión crediticia, sino a la del acreedor aparente, concepto de mayor amplitud que designa a quien sin ser realmente acreedor se muestra como tal al exterior, entendiendo la doctrina que estar en posesión del crédito es un requisito objetivo que apunta a una apariencia perceptible y verosímil que concurre, por otra parte, en quien actúa como acreedor o parece fundadamente serlo. Y así entendida la posesión del crédito, la buena fe del deudor no es sino la convicción de éste de que quien recibe el pago es el acreedor, en tanto se comporta como tal según los signos normales al respecto, de forma que en realidad el supuesto de hecho del precepto analizado no entraña dos requisitos sino uno solo consistente en la existencia de una situación externa lo suficientemente convincente y normal como para que el deudor considere que paga bien cuando realiza la prestación a favor de quien aparece legitimado por aquella; la apariencia, pues, depende de la buena fe del deudor, pero al mismo tiempo ésta solo puede estimarse cuando tal apariencia revista determinadas notas de razonabilidad y normalidad; buena fe que no puede descansar en el mero subjetivismo del deudor, sino en la convicción de éste emanada de datos objetivos y fiables, hallando, en fin, justificación dogmática en el principio de protección de la confianza en la apariencia, que en el campo de las relaciones jurídicas obligatorias, si alguien aparece y se comporta como acreedor en base a circunstancias objetivamente estimables como suficientes y razonables, el deudor que satisfaga la prestación debida, paga bien y queda liberado de su obligación porque ha confiado en una apariencia adecuada y la ley juzga que ello es bastante para exonerarle de su vinculación”.

Los requisitos mencionadas en las dos sentencias anteriores se cumplen en este caso, conforme al Tribunal, si se tiene en cuenta que el Ministerio de Fomento era el titular de la autoría, que la demandada

no tenía la obligación de conocer las relaciones internas entre aquel y sus concesionarios, que los dos reclamaron el pago a la demandada con pocos días de diferencia, haciéndolo el Ministerio con apercibimiento de cobro por vía ejecutiva y por último, que solo el dictamen emitido por la Abogacía General del Estado, permitió resolver el contencioso entre Ministerio y concesionaria quien era la que tenía derecho a reclamar daños.

Una vez resuelto este primer punto del recurso, la Audiencia trata de aclarar si las cantidades reclamadas por mano de obra y medios materiales están ya incluidas en la concesión otorgada a la actora, como pretende la apelante. Es decir, si entre las obligaciones de la concesionaria, como explotadora de una carretera de interés público, se incluyen las reparaciones de los daños derivados de accidentes de tráfico.

En aplicación de los arts. 228. c y 238 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, el Tribunal declara que la retribución o contraprestación al concesionario de una carretera de titularidad pública por parte del Estado se refiere a los gastos en conservación y mantenimiento de estado de la vía por su uso normal, por lo que no comprende las reparaciones o gastos derivados del uso anormal como los daños derivados de dolo o culpa derivados de accidentes de tráfico. Lo mismo se desprende del clausulado del contrato administrativo, que nada dice en relación a los costes de reparación de eventuales daños que se causen a la vía pública por terceros, al menos conocidos e identificados. El hecho que una de las cláusulas, invocada por la apelante para exonerarse de la responsabilidad, se indique que “el concesionario estará obligado a disponer de todos los medios técnicos y humanos necesarios para restaurar y mantener la vialidad en condiciones de seguridad, incluso cuando se trate de efectos ocasionados por causas extraordinarias extremas de fuerza mayor”, no significa que se incluyan las reparaciones “extraordinarias” o causadas por terceros responsables, sino “las reparaciones naturales o derivadas del uso normal”. Otro argumento encuentra la Sala en el art 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y del Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, cuando indica que “el conductor de vehículos a motor es responsable en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o a los bienes con motivo de la circulación”, y en el art. 1902 del Código Civil, de carácter más amplio y genérico prevé la responsabilidad y obligación de “reparar” lo dañado a quien por acción u omisión causa el mismo. Por tanto, el contrato administrativo de concesión no obliga a la concesionaria, al tratarse de daños derivados de negligencia de un tercero y no por el uso normal de la vía, a asumir el coste de las reparaciones,

teniendo derecho a ser indemnizada por el responsable que causó la negligencia o por quien responde directamente por dicho causante como es su aseguradora (art 76 de la Ley del Contrato de Seguro) y “el importe de dicha indemnización no puede limitarse al material de sustitución, sino que comprende todos los perjuicios causados, y por tanto también los gastos de personal y técnicos (mano de obra y “maquinaria”), pues producido el daño incumbe la reparación al causante (art 1902 del Código Civil y art 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y del Seguro por el Uso Y Circulación de Vehículos a Motor) o a quien por él deba responder, (...) sin que ello suponga enriquecimiento ilícito por la concesionaria, ya que, la contraprestación a la concesionaria lo es por el cuidado y mantenimiento derivado del uso “normal” de la vía (además de su seguridad, vigilancia, etc), pero no por los descuidos o negligencias de terceras personas.”

## I.R.S.

### **PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES:**

inexistencia de alteración o alteración permitida: obras en el patio interior de vivienda consistentes en un habitáculo soterrado y consiguiente elevación de aproximadamente un metro sobre el nivel anterior del suelo en parte de dicho patio: patio privativo que forma parte de la vivienda: ausencia de alteración de la configuración exterior o de la seguridad: ampliación parcial de vistas que no afecta a la intimidad de los actores. Audiencia Provincial de Albacete, sentencia de 18 abril 2011.

El Juzgado de Primera Instancia declaró ilegales y condenó a la demolición de las obras realizadas por los demandados, entre abril y mayo de 2008 en el patio interior de su vivienda, “consistentes en una habitáculo soterrado (o ampliación del garaje) y consiguiente elevación de aproximadamente un metro sobre el nivel anterior del suelo en parte de dicho patio”, al considerar que suponían “una modificación del título constitutivo por ampliación de la superficie en sótano, una ampliación de vistas, constituyendo o agravando servidumbre, y una afección a los elementos comunes, concretamente al muro de cerramiento, vuelo y suelo, todo ello sin unánime consentimiento del resto de la Comunidad de Propietarios”.

Los demandados recurren en grado de apelación, al considerar que la declaración de ilicitud y la condena a la demolición de la obra supone una infracción del art 3 “a” y art 7.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, por aplicación indebida del art 543 del Código Civil , en

cuanto entienden se contrarió el principio de igualdad ya que obras similares habrían sido aceptadas o consentidas al menos tácitamente por la Comunidad, invocándose incluso -como también se alegó en primera instancia- abuso de derecho por los demandantes (art 7.2 del Código Civil).

Conforme al FJ segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 18 de abril de 2011, la cuestión principal a establecer es si las obras llevadas a cabo por los demandados afectan a un elemento común o a uno privativo, ya que sólo en el primero de los casos la obra sería ilícita. Tomando en consideración lo estipulado en el art. 2 de los Estatutos, así como la disposición arquitectónica de la vivienda y del lugar que ocupa el patio litigioso, la Audiencia deduce que se trata de un elemento “privado o privativo, al margen de las limitaciones dominicales que puede tener todo inmueble, incluidos los que no se integran en propiedades horizontales, derivadas de las normas urbanísticas, de seguridad, higiene o similares, o incluso comunitarias (a que se refiere el art 7 LPH ), en especial, la prohibición de que pueda realizarse en el indicado patio obras que alteren la configuración exterior. Por lo tanto, y de conformidad con los arts. 3 y 7 de la LH “El propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario...”

Considera la Audiencia que se trata en el presente caso de un supuesto de propiedad horizontal especial, “tumbada”, en el que, de acuerdo a la más reciente jurisprudencia, -SAP de Ciudad Real, Secc 1ª, de 7.09.2007, nº 234/2007 (PROV 2008, 16021)-, deben concurrir elementos privativos y comunes, siendo los primeros extendidos sobre la superficie del solar en vez de estar superpuestos en planos horizontales, y los elementos o servicios comunes, aunque no tengan un significado tan intenso, como en la propiedad horizontal ordinaria, en cuanto no tienen por qué afectar a la propia subsistencia del edificio, se trata más de la unidad funcional o de destino de los elementos, que complementan a los privativos, (patios comunes, jardines, servicios integrados de agua o calefacción, zonas deportivas, etc). Por consiguiente, rechaza la aplicación de la doctrina invocada por los demandantes sobre el carácter común del suelo en los supuestos ordinarios o tradicionales, tenidos en cuenta en el art 396 CC, toda vez que en el presente caso se trata de supuestos de propiedad horizontal tumbada o complejos urbanísticos especiales, conforme al art 24 LPH, ya que “no hay un solo suelo de toda la finca (como se invoca en la demanda), pues parece obvio que



hay diferentes fincas o chalets (cada una con su número registral como tal), cada una con su suelo y su vuelo (aunque en su origen solo hubiera antes de construir o al menos antes de segregar e inscribir las nuevas fincas o chalets)”.

Por lo expuesto anteriormente, considera la Sala que la obra no es ilícita, porque no hay alteración de la configuración “exterior”, ni de la seguridad o de elementos comunes, tampoco una ampliación de las vistas sobre la propiedad de los demandantes que afecte su derecho a la intimidad, sino “una mera ampliación parcial de vistas, propia de toda relación de vecindad, máxime cuando obras similares de ampliación de terrazas, ampliación de superficies construidas (buhardilla, incluso salón) se han realizado en toda la urbanización, inclusive por los demandantes, sin que nada de ello haya supuesto ampliación del título constitutivo ni de la cuota de contribución a gastos comunes ya asignada en cada Escritura de adquisición”. La falta de incidencia en el patrimonio e intereses de los demandantes advierte una falta de legitimación activa de estos con el correlativo abuso de derecho previsto en el art. 7 CC por su actuación procesal, que ha sido denunciado por los demandados en el recurso, ya que al haber sido denunciado el caso ante la Comunidad de Propietarios, (legitimada, conforme al art 12 LPH) “ésta no consideró afectados los intereses comunes, no convocó Junta ni ejerció acciones legales por la obra litigiosa”.

## I.R.S.

**PROPIEDAD HORIZONTAL (Ley 49/1960 reformada por Ley 8/1999): ELEMENTOS COMUNES:** alteraciones: inexistencia de alteración o alteración permitida: instalación de aparato de aire acondicionado: falta de prueba que el mismo ocasione ruidos o molestias a los vecinos: carga de la prueba. Audiencia Provincial de Guadalajara, sentencia de 24 febrero 2011.

En la demanda rectora del presente pleito se indicaba que la demandada había procedido a la instalación de un aparato de aire acondicionado en el patio interior del inmueble sin contar con la autorización de la comunidad, con afectación de la configuración exterior, produciendo la alteración de un elemento común y creando una servidumbre no consentida, infringiendo los Estatutos así como que emite un ruido superior al regulado por las ordenanzas municipales. La Sentencia de Primera Instancia estima la demanda, condenando a la parte demandada a retirar el aparato de aire acondicionado y sus

accesorios, reponiendo a su costa al estado primitivo los elementos comunes afectados. La Audiencia Provincial de Guadalajara, desestima el recurso de apelación presentado por la parte demanda, en la Sentencia de 24 de febrero de 2011, confirmando la sentencia apelada.

El argumento principal en el que se basa la Audiencia para desestimar el recurso se refiere a las molestias causadas a los demás propietarios, por el nivel de ruido que genera el aparato en cuestión, superando el límite admitido, conforme a una prueba objetiva constatada por la policía local. El Tribunal reconoce que se trata de un tema polémico que ha dado lugar a dos corrientes jurisprudenciales, de modo que de acuerdo a la primera se requiere la existencia de permiso de la comunidad para la válida instalación de aparatos de aire acondicionado en las fachadas de los edificios y la segunda que opta por una flexibilidad de la interpretación normativa, de acuerdo a la realidad social, “como establece el artículo 3.1 del Código Civil, siendo actualmente los aparatos de aire acondicionado electrodomésticos de existencia habitual y normal en viviendas y locales de negocio, de tal manera que su instalación se tratará simplemente de una manifestación de la posesión de la vivienda o local de negocio y un uso inocuo de elemento común autorizado por el artículo 394 CC, señalándose normalmente un triple requisito para entender viable la instalación de aparatos de aire acondicionado sin necesidad de acuerdo comunitario, como es que no se instalen en la fachada principal, no sean de tamaño desmedido y no generen molestias a los vecinos.

Destaca la Audiencia que el hecho de que se autorice la instalación de un aparato de aire acondicionado en los Estatutos “no implica el que se autorice con ello el que el funcionamiento de dicho aparato ocasione molestias a los demás propietarios, pues debe tenerse en cuenta que si se entendiese que la instalación de un aparato de aire acondicionado implica también la autorización para provocar inmisiones por ruido en los pisos de los propietarios que dieron su consentimiento, sería tanto como considerar que éstos, mediante dicha autorización, han renunciado a su derecho a poder gozar y disfrutar plenamente de su vivienda, dicho de otro modo supondría que han aceptado una limitación a su derecho de propiedad, ya que el derecho de propiedad implica el pleno uso y disfrute del bien objeto del mismo sin otros límites que los marcados por la ley (artículo 348 del Código civil), por lo cual en definitiva la hipótesis de que la autorización de una instalación de aire acondicionado implica la autorización a que dicho aparato de aire acondicionado genere molestias en el piso o local del propietario que ha prestado su consentimiento, supone entender que éste ha renunciado a su derecho a evitar dichas molestias, siendo constante la doctrina del Tribunal Supremo que señala

que la renuncia a los derechos tiene que ser expresa (SSTS de 31-10-1996 [RJ 1996, 7724], 19-12-1997 [RJ 1997, 9110], 11-10-2001 [RJ 2001, 8796] y 01-04-1993 [RJ 1993, 2983], entre otras muchas)". Por consiguiente, entiende que si bien no se han vulnerado los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, que regulan la realización de obras en los elementos comunes, en cuanto se podría deducir una toleración por parte de los copropietarios, de acuerdo a los principios de igualdad (art. 14 CE) y buena fe (art. 7 CC) que impiden el rechazo a una obra cuando existen otras similares en el edificio –como ocurre en el presente caso-, lo fundamental para tomar en consideración es la prueba objetiva, anteriormente mencionada de las molestias por ruido excesivo, causadas a los vecinos, ya que “se trata de conjugar el derecho del propietario del local a disfrutar de un nivel de confort con el derecho al descanso del titular de la vivienda, y además aquel derecho se puede satisfacer de otra forma, ubicando el aparato en el interior del local, lo que lo haría compatible con el segundo de los derechos mencionado”.

## I.R.S.

**REGISTRO DE LA PROPIEDAD: INSCRIPCIÓN:** títulos inscribibles: sentencia dictada en juicio ordinario ordenando cancelar una inmatriculación previa ya practicada y proceder a continuación a inscribirla a favor del actor: innecesario recurso a los procedimientos inmatriculadores de la LH. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sentencia de 16 febrero 2011.

Se demanda la declaración de ineficacia de una nota negativa expedida por la Registradora de la Propiedad referida a la inmatriculación de una finca. La inmatriculación en cuestión se basa en una sentencia declarativa de dominio adquirido por usucapión, pero la Registradora no lo acepta como título suficiente para el acceso al Registro y señala que para que una finca pueda ser inscrita por primera vez hace falta el emplazamiento de los titulares de los predios colindantes. La Sala considera que no puede prosperar la pretensión de la Registradora, pues trata de modificar lo establecido en una sentencia declarativa firme que no puede ser objeto de revisión por parte de la Audiencia Provincial. En cuanto a los derechos de los terceros, la sentencia no estima que se hayan perjudicado, pues en todo caso los eventualmente afectados podrán reclamar su derecho a partir de la misma publicidad del Registro. Por tanto, la pretensión de la declaración de ineficacia de la nota registral se acoge en primera instancia y el recurso es desestimado.

## K.L.

**SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA:** acción de reclamación de cantidad fundamentada en un acuerdo adoptado por la sociedad: procedencia: aceptación explícita por el demandado por la constatación del crédito en cuestión en las cuentas anuales, no sólo no impugnadas, sino aprobadas de forma unánime por los socios: crédito reconocido como tal en cuentas anuales de la sociedad, que venía configurado por una superior percepción de salarios por parte del demandado, respecto de lo pertinente. Audiencia Provincial de Ciudad Real, sentencia de 16 noviembre 2011.

La sociedad demandante reclama el reembolso de las cantidades percibidas de forma improcedente por el socio administrador demandado, debidas al incremento unilateral del salario. El Juez de la Primera Instancia estima la pretensión, si bien señala la falta del acuerdo correspondiente por parte de la junta general que permite entablar la acción social de responsabilidad contra el administrador. No obstante, la Audiencia entiende que se trata de una acción de reclamación de cantidad, reflejada como crédito en las cuentas anuales, sin que el socio demandado las haya impugnado. Por tanto, se acoge la pretensión en ambas instancias, si bien se califica distintamente la acción ejercitada. Según la Audiencia, no se incurre en “mutatio libelli” y la consecuencia de las irregularidades debe tener reflejo solo en las costas del proceso.

**K.L.**



**RESEÑA NORMATIVA DE  
CASTILLA-LA MANCHA**



# RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA (VIII LEGISLATURA)

*María Martín Sánchez*

Profa. Contratada Doctora

Área de Derecho Constitucional.

Universidad de Castilla-La Mancha.

Alterando el modelo adoptado en ediciones anteriores, en esta ocasión se presenta una reseña breve, a modo de recopilación de la actividad legislativa llevada a cabo por las Cortes de Castilla-La Mancha durante su VIII legislatura, iniciada apenas hace unos meses. A continuación, se expondrá la actividad legislativa llevada a cabo durante la presente VIII legislatura desde su comienzo en 2011, hasta la fecha (abril 2012).

En esta oportunidad no trataremos en profundidad el contenido de estas leyes, aunque apuntaremos siquiera a modo enunciativo las leyes aprobadas hasta la fecha de la presente publicación, con el fin de seguir de cerca la actividad de las Cortes Regionales.

Cronológicamente, las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha, durante el citado periodo, han sido las siguientes:

- Ley 12/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha
- Ley 13/2011, de 3 de noviembre, de supresión del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha
- Ley 14/2011, de 1 de diciembre, por la que se conceden suplementos de crédito por importe de 1.533.959.490,82 euros, para atender obligaciones de diversas Consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
- Ley 15/2011, de 15 de diciembre, de Emprendedores, Autónomos y PYMES
- Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales



- Ley 2/2012, por la que se modifica la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos y se establecen otras medidas fiscales

A continuación, haremos una breve reseña de las leyes aprobadas durante el primer tramo de 2012 (desde enero hasta el mes de abril), anteriormente mencionadas, para dar cuenta de los objetivos previstos en cada una de ellas. En el próximo número de la Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, tendremos ocasión de analizar en detalle estas leyes de manera conjunta con el resto de las que serán aprobadas en el presente 2012, con la intención de ofrecer una visión global de la actividad legislativa de Castilla-La Mancha durante dicho periodo. Así, pretendemos retomar el modelo de crónica anual seguido habitualmente.

Así pues, de las leyes aprobadas hasta la fecha, resulta interesante señalar lo siguiente:

*Ley 1/2012, de 21 de febrero, de Medidas Complementarias para la Aplicación del Plan de Garantías de Servicios Sociales*

En esta ocasión, nos encontramos ante una ley directamente vinculada con la actual crisis económica por la que atraviesa nuestra Región, igual que el resto de España. En concreto, tal y como refleja la Ley, Castilla-La Mancha tiene un endeudamiento superior a los diez millones de euros. Ante este panorama, el nuevo Gobierno adopta la presente Ley con el objetivo de combatir esta situación y cumplir con los objetivos de déficit, de cara a la recuperación económica y la creación de empleo. Para alcanzar este objetivo, el Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos hecho público en agosto de 2011, contempla actuaciones concretas caracterizadas por “*la austeridad, la racionalización y la transparencia en el gasto público*”.

Entre las medidas adoptadas, se contempla la supresión de organismos como el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, el Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha, y el Organismo Autónomo Servicio Público de Empleo de Castilla-La Mancha. Además, se recogen otras medidas de ahorro en el gasto público como son la reducción de Altos Cargos del Gobierno Regional, la subasta de vehículos e inmuebles, y la reducción de gastos de material y de telefonía móvil.

Entre las acciones concretas previstas para cumplir con el Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos, se contemplan medidas de control del absentismo laboral y medidas dirigidas a los profesionales

que trabajan para la Administración Pública, como son el aumento de su jornada semanal –se 35 a 37.5 horas semanales-, además de una reducción de 10% sobre el complemento específico en las retribuciones.

*Ley 2/2012, por la que se modifica la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Tributos Cedidos y se establecen otras medidas fiscales*

De nuevo, nos encontramos ante una ley que, como la anterior, se aprueba en el marco de crisis económica y déficit financiero en que se encuentra nuestra Comunidad Autónoma. En ella se adoptan medidas de carácter financiero y tributario encaminadas a dar cumplimiento a los objetivos de austeridad propuestos en el Plan de Garantías de los Servicios Sociales Básicos.

Se trata de medidas tributarias que tratan de paliar la delicada situación de la Hacienda Regional, ante la falta de una Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012 y de una Ley de Presupuestos Generales de la Junta para el mismo año. Con estas medidas, se persigue la recuperación del equilibrio económico-financiero de la Hacienda Regional, potenciar el tejido empresarial a través de los emprendedores, autónomos y PYMES de la Región, y a la atención de los grupos de población más afectados por la crisis económica.



## NOTAS DE ACTUALIDAD



# REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

*Notas de actualidad para el Número 51*

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

XIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN  
DERECHO

Toledo, del 7 al 24 de enero de 2013

## PRESENTACIÓN:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la XIII Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS,

La XIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para Iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 7 al 24 de enero de 2013, 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:

- El derecho ambiental ante la globalización: instrumentos para la protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático
- Contratación internacional, comercial y financiera
- Fiscalidad Internacional y comunitaria: retos ante la crisis económica global
- Nuevas perspectivas en el derecho de las sociedades mercantiles
- Derecho penal económico y empresarial. Desafíos ante la crisis económica internacional
- Derechos Fundamentales y garantías constitucionales en la justicia penal
- Derecho del trabajo y crisis económicas
- Prevención, análisis y gestión de conflictos: estrategias avanzadas de negociación y mediación

Más información: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho>

Correo electrónico: [postgrado.derecho@uclm.es](mailto:postgrado.derecho@uclm.es)

Tél: 925 256 351/ 680 222 319