Castilla-La Mancha

UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Registradores
de Castilla - La Mancha

REVISTA JURIDICA
DE
CASTILLA-LA MANCHA

Nº 40 - Mayo 2006

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Quienes deseen publicar estudios, reseñas normativas, comentarios y notas, pueden enviar trabajos a la Secretaría General de la Consejería de Administraciones Públicas. Avda. de Portugal s/nº. 45071-Toledo.

2. Los originales en papel a doble espacio y por una sola cara, en tipo de letra arial o similar y cuerpo 9, no deberían exceder de treinta y cinco páginas. Deben ir acompañados de diskette o ser remitidos simultáneamente en soporte informático al e-mail: diario.oficial@jccm.es.

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

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

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

Venta:
MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS
San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303
Fax 91 3272367 - 28037 MADRID
e-mail: revistas@marcialpons.es

Información y venta:
DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA
Avda. de Portugal, s/n - Teléf. 925 266 285 - 925 266 278
Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO
Consulta últimos números publicados: **http://www.jccm.es/docm/revistajccm.htm**
e-mail: diario.oficial@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

REALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR (II). *Miguel Beltrán de Felipe*..... *9*

LA PROHIBICIÓN DE LOS ESPECTÁCULOS TAURINOS: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES. *Gabriel Doménech Pascual*..... *71*

UNA APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y SUS PROBLEMAS. *Jesús Flores Rodríguez*..... *113*

EFECTOS DE LA RESERVA DE DOMINIO. *Manuel Montánchez Sánchez*..... *155*

LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LOS RETOS MEDIOAMBIENTALES. *Carlos-Mª Rodríguez Sánchez*..... *193*

EL PROBLEMA DE LA DOBLE IMPOSICIÓN Y LOS MÉTODOS PARA SU ELIMINACIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES ESPAÑOL. *Luis María Romero Flor*..... *217*

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA (De 1 de julio a 31 de diciembre de 2005). *María Martín Sánchez*..... *259*

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A CONSECUENCIA DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR ASISTENCIA SANITARIA..... *289*

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. *Pedro José Carrasco Parrilla, Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia Mª Luchena Mozo, Mª Prado Montoya López, Saturnina Moreno González, Gemma Patón García, Esther Sánchez López, José Alberto Sanz Díaz-Palacios*. *329*

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. *Susana Casado Díaz y Magdalena Ureña Martínez*. *423*

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

COMENTARIO AL LIBRO DE CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: L*a autonomía del paciente: Del consentimiento informado al Testamento Vital.* "Editorial Bomarzo", Albacete, 2005. *Marcelino Pérez Sánchez*. *435*

COMENTARIO AL LIBRO, *Principles of European Contract Law*, Ole LANDON and Hugh BEALE (Eds.), Prepared by the Commission of European Contract Law. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000 and 2003. *Jesús Padilla Gálvez*. *443*

VII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 8 a 25 de enero de 2007. . . . . *459*

ESTUDIOS

Realidad y constitucionalidad en el Derecho administrativo sancionador (segunda parte)

Miguel Beltrán de Felipe
Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: En estos dos artículos (la primera parte se publicó en el nº 39, págs. 57 y ss.) pretenden dar una aproximación realista, crítica y problemática a la situación actual del Derecho administrativo sancionador en España, combinando el análisis jurídico-constitucional con la aplicación práctica del derecho administrativo sancionador. Este segundo punto de vista intenta poner de manifiesto las incoherencias y arbitrariedades en la persecución administrativa de las infracciones, así como los problemas derivados, entre otros, de la injustificada inflación formativa. La aproximación constitucional se fija en algunos de los principios que, derivados del Derecho penal, el Tribunal Constitucional ha ido poco a poco aplicando al ius puniendi administrativo (legalidad, tipicidad o taxatividad, culpabilidad, ne bis in idem, proporcionalidad). Se apuntan asimismo conclusiones respecto del imperfecto e involuntario equilibrio que el legislador, la jurisprudencia (constitucional y administrativa) y algunos autores han querido ver entre las exigencias de las garantías sustantivas y procedimentales y la eficacia en el castigo administrativo.

4.2 El principio de tipicidad (*lex certa*)

El segundo principio es el principio de tipicidad (o vertiente material de la garantía de legalidad). Ya quedó dicho que se trata de la exigencia de que la norma, al margen del rango que tenga, describa de forma precisa todos los elementos de la conducta infractora y de la medida sancionadora que se anuda a su comisión, de manera que los ciudadanos puedan conocer qué es objeto de castigo y qué no lo es. Más modernamente se habla del principio de taxatividad, que más o menos viene a ser lo mismo[1]: en palabras de la STC 100/2003, FJ 3º,

> "Supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el

> mandato de taxatividad o de *lex certa*, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el "máximo esfuerzo posible" [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita "predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa" [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de "formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador" (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5)".

De esta manera, el principio impide que las normas reguladoras de infracciones y sanciones utilicen cláusulas excesivamente vagas o ambiguas. Contrariamente a la reserva de ley, que se supone que es una reserva "relativa", desde la STC 42/1987 el Tribunal Constitucional aplica a esta garantía material el calificativo de absoluto. Pero lo cierto es que ha admitido por lo menos tres matizaciones de importancia: a) con carácter general, en materia deontológica o disciplinaria; b) la norma sancionadora puede utilizar conceptos jurídicos indeterminados allí donde sea estrictamente necesario; y c) la norma sancionadora puede válidamente realizar una "tipificación incompleta de una infracción, siempre que la norma sancionadora se remita a otra para completar dicha tipificación"[2], o sea, la lla-

mada norma penal "en blanco". Al respecto, dos observaciones. Una, que en principio le regla es más o menos la misma que para lo penal. Y otra, que en realidad se trata casi siempre de la misma excepción, pues normalmente la jurisprudencia sobre tipificación por remisión o mediante conceptos indeterminados estaba referida, precisamente, a la materia disciplinaria administrativa o de Colegios Profesionales. La STC 219/1989 fue la que con mayor detalle resumió la doctrina constitucional:

> "No vulnera la exigencia de *lex certa* la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada. Del mismo modo, puede decirse que no vulnera esa misma exigencia la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes u obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión" (FJ 5º).

Con respecto a lo que algunos (I. Pemán 2000 : 200) llaman cláusulas omnicomprensivas, hay quien sostiene que el Tribunal Constitucional ha proscrito con carácter general la tipificación genérica o residual de infracciones[3], y hay quien, como Valencia o Nieto, se fijan en otra doctrina constitucional – y en la realidad legislativa - para concluir que tales tipificaciones sí son válidas, siempre que se remitan a una norma escrita y publicada, y dependiendo del rango de esta norma de remisión[4]. Parece acertada la postura intermedia defendida por I. Pemán, muy próxima a la de Nieto: las cláusulas omnicomprensivas o genéricas son admisibles si vienen referidas a deberes ya existentes, porque la antijuridicidad ya está en la norma remitida.

Dos sentencias del año 2002 son bastante ilustrativas de los requisitos de la tipicidad. La STC 26/2002 se refería a una sanción impuesta al

amparo de una ley en materia de juego y apuestas que consideraba infracción grave "cualquier acción u omisión que signifique alteración sustancial de lo que ordenan los reglamentos respectivos". Como la conducta sancionada (no mantener una máquina recreativa de juego en el establecimiento durante un determinado plazo mínimo) no se hallaba prevista en ninguna ley sino en un reglamento, el Tribunal Constitucional anuló la sanción impuesta por falta de cobertura legal (rango legal), pero en realidad por falta de tipicidad (contenido): el recién citado precepto legal

> [FJ 4º] "no es una norma habilitante, esto es, una norma que habilite para el ejercicio del poder reglamentario en el ámbito sancionador, sino que es de suyo — como se evidencia por la simple lectura de su texto — una norma que, por sí misma, define infracciones administrativas mediante la simple remisión (una remisión ciertamente genérica y abierta) a la regulación de normas reglamentarias. Es por todo ello, precisamente, por lo que dicha norma no ofrece la cobertura legal que pretende la representación procesal de la Comunidad Autónoma".

Pero es que además de la tacha de reserva de ley está la tacha de la remisión a otra norma que no permite conocer la tipificación: "El citado precepto legal sólo se refiere a la contravención de Reglamentos que regulen los juegos y apuestas, conteniendo una tipificación residual (sólo son infracciones muy graves las contravenciones reglamentarias que no estén ya específicamente tipificadas en otro precepto de la Ley 6/1985); mas, como señalamos en la STC 60/2000, FJ 4 [con cita en la STC 341/1993, FJ 10 b)], "*la simple acotación de una materia" (en este caso, juegos y apuestas) "o el carácter residual de un tipo de infracción (respecto de otros tipos definidos con precisión en la misma Ley) no permiten identificar, en la Ley, qué conductas serán sancionables*"" (el subrayado es mío).

Como ha señalado Hernández (2005 : 179), el mismo día que se dictó la STC 26/2002 la STC 25/2002 dijo algo que hasta cierto punto vendría a contradecirla, al decir que el "conjunto normativo" compuesto por dos leyes y una orden ministerial en materia de energía nuclear "ofrece un nivel de previsibilidad y certeza que cumple las exigencias de *lex certa*" (FJ 5º). Dijo el Tribunal Constitucional que "la normativa indicada permitía pre-

decir con suficiente grado de certeza que existía una infracción administrativa consistente en la tardanza en la comunicación de un suceso generador de peligro, lo que sin duda incluía el incidente litigioso", cuando más bien ese "conjunto normativo" lo que hacía es establecer obligaciones, pero no tipificar su incumplimiento como infracción, ni anudar a su inobservancia consecuencias punitivas: Hernández (2005 : 179), siguiendo a Rebollo, dice que la tipificación por remisión a normas reglamentarias por lo menos debe exigir que los hechos estén descritos como infracción, lo que no ocurría en este caso.

También se admite lo que se conoce como "norma penal en blanco", que es más o menos lo mismo que la tipificación por remisión[5].

En cuanto a la tipificación por medio de conceptos jurídicos indeterminados, nadie la discute (por ser una herramienta completamente indispensable en la técnica legislativa), sino que la cuestión está en el nivel de determinación. Valencia (2000 : 112) trae a colación ejemplos de conceptos declarados acordes con la exigencia de tipicidad ("irrespetuosidad", "probidad moral y material", "tenencia ilícita" – este ya en el mundo de lo penal). I. Pemán (2000 : 231) se refiere a "notoria falta de rendimiento", a "grave desconsideración", a "grave perturbación del servicio", ejemplos todos ellos en materia de empleo público. En sentido contrario, la STC 116/1993 declaró inconstitucional una tipificación alusiva, entre otras cosas, al "modo de vida" de las personas. Se trataba de una norma gubernativa preconstitucional relativa a la expulsión de extranjeros, y de ella se dijo que (FJ 2º)

> "El art. 29.1 del Decreto 522/1974, incluido en el Título V sobre «Infracciones y sanciones», no sólo no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados por no establecer con claridad criterios para la graduación de las infracciones y las sanciones, sino que infringe directamente el art. 25.1 C.E. al definir las conductas determinantes de la expulsión a través de conceptos que por su amplitud y vaguedad dejan en la más absoluta indefinición los tipos punibles merecedores de tal medida. En efecto, *«forma de vida», «actividades que desarrollen», «conducta que observen», «relaciones que mantengan» y «otras causas análo-*

> *gas» son términos imprecisos, absolutamente indeterminados e indeterminables, por lo que inmediatamente diremos, y omnicomprensivos de todas las conductas imaginables*. La fórmula empleada como criterio de cierre del enunciado de la norma «cuando... así resulte procedente», agrava aún más el carácter indeterminado del precepto tipificador, pues, de acuerdo con ello, podrá acordarse la expulsión del territorio nacional de los extranjeros cuando por su forma de vida, actividades que desarrollen, conducta, relaciones, etc., «así resulte procedente»" (el subrayado es mío).

También está la discrecionalidad, cómo no. Remitiéndose a la STC 113/2002, la recién citada STC 100/2003 resume lo que hay que decir al respecto:

> "la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Así lo ha reconocido este Tribunal al decir en su STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3º, que el establecimiento de dicha correspondencia 'puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa'; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede 'encomendada por entero a ella', ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio, lo cual, como hemos dicho anteriormente (con cita de la STC 42/1987), contraviene frontalmente las exigencias constitucionales."

El Derecho administrativo sancionador conoce también la técnica de las normas llamadas en blanco. Son normas, muy conocidas y muy debatidas en el Derecho penal, en las que se tipifica por remisión a otra norma, que en ocasiones no tiene carácter sancionador sino de mera prohibición o regulación. De modo que en estas normas en blanco el supuesto de hecho, o parte del mismo, se halla en esta otra norma. El ejemplo penal más común es el delito de quiebra fraudulenta, para el cual el código penal se remite a las normas mercantiles o concursales. En lo adminis-

trativo encontramos infinidad de normas en blanco o de remisión[6]. Como vengo diciendo, no voy a abordar aquí el problema de la remisión sancionadora a normas emanadas de las Comunidades Autónomas. Pero quede apuntada la distorsión que introduce en el sistema punitivo.

En alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse sobre la tipificación por remisión. La STC 24/2004 es un caso interesante que resume la doctrina constitucional sobre la tipicidad, aplicable en principio tanto a lo penal como a lo sancionador. El primer inciso del art. 563 del código penal tipifica como delito y castiga con pena de prisión de uno a tres años "la tenencia de armas prohibidas", sin realizar ninguna especificación ulterior acerca de cuáles son éstas. Cuestionada la constitucionalidad de este precepto, por contravenir el principio de tipicidad[7], el Tribunal Constitucional, reconociendo que el legislador podía y debía haber satisfecho mucho mejor las exigencia de la descripción normativa de la conducta prohibida, optó por una sentencia interpretativa conforme a la cual (FJ 7º)

> "Acudiendo ahora a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de un bien jurídico (la seguridad ciudadana y mediatamente la vida y la integridad de las personas, como anteriormente señalamos) frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudirse en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado.
>
> La concreción de tales criterios generales nos permite efectuar nuevas restricciones del objeto de la prohibición, afirmando que la

> intervención penal sólo resultará justificada en los supuestos en que el arma objeto de la tenencia posea una especial potencialidad lesiva y, además, la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana. Esa especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso, sin que corresponda a este Tribunal su especificación".

Adviértase que para solucionar una supuesta falta de tipicidad del art. 563 del código penal el Tribunal Constitucional "retipifica" dicho precepto de una manera, se dijo, adecuada a la predeterminación normativa. El resultado es muy discutible desde el punto de vista, precisamente, de la predeterminación normativa: conforme a la "reconstrucción" del tipo penal realizada por el Tribunal Constitucional, se incurre en delito cuando el arma tenga "especial potencialidad lesiva" y la tenencia "se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana". No parece que ello sea suficiente, ni que encaje bien con la propia doctrina que el Tribunal Constitucional había establecido hasta entonces. El voto particular discrepante de la magistrada Casas así lo pone de manifiesto con total claridad[8].

Antes me referí a las relaciones de sujeción especial o de especial sujeción como la principal excepción o matización en la aplicación a lo sancionador de los principios constitucionales. Las traigo ahora a colación porque la matización ha alcanzado tanto a la reserva de ley como a la tipicidad. Veámoslo.

Muy escuetamente explicado, se trata de aquellas situaciones en las cuales algunas personas, físicas o jurídicas, se encuentran sometidas a la regulación o intervención administrativa con mucha mayor intensidad que el común de los ciudadanos. Los ejemplos clásicos son los presos, los funcionarios (particularmente los militares), los estudiantes, los enfermos hospitalizados, etc. Se trata de una categoría jurisprudencial, originariamente importada del Derecho alemán. Quiero decir que en absoluto aparece en la legislación, y así lo reconoce con claridad el Tribunal Constitucional, según

veremos en seguida. Como tal creación jurisprudencial, tiene vaivenes, en el sentido de que para algunas circunstancias los tribunales acuden a las relaciones de sujeción especial y para otras no, o dependiendo del periodo histórico, del órgano judicial de que se trate, etc., a la misma realidad se aplica, o no, la etiqueta de las relaciones especiales de sujeción. Admitiendo que "la distinción entre relaciones de sujeción general y especial es en sí misma imprecisa" (SSTC 61/1990, 132/2001 y 26/2005), el Tribunal Constitucional (normalmente siguiendo los criterios que el Tribunal Supremo ha venido elaborando) ha dicho algunas cosas importantes.

A finales de la década de 1980 pareció dar a entender que en la esfera doméstica o interna propia de las relaciones de sujeción especial la potestad sancionadora no era tanto una concreción del genérico *ius puniendi* del Estado como más bien "manifestación de la capacidad propia de autoordenación de la Administración" (SSTC 2/1987, 42/1987, 69/1989). Más recientemente, en lo que podría interpretarse como un cambio de rumbo, el Tribunal Constitucional ha dijo que tal categoría no tiene rango ni carácter constitucional:

> "Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas *donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales*, llámense tales relaciones de 'especial sujeción', 'de poder especial', o simplemente 'especiales'. Lo importante ahora es afirmar que la categoría 'relación especial de sujeción' no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos" (SSTC 61/1990, 132/2001 y 26/2005. El subrayado es mío).

Siendo un concepto no constitucional o normativo, sino descriptivo de realidades, el Tribunal Constitucional ha incluido en él a las siguientes personas o grupos de personas: funcionarios, usuarios de servicios públicos, concesionarios de servicios públicos (STC 2/1981), presos (SSTC 2/1987, 120/1990, 11/1991, y posteriores), promotores de viviendas sometidas a algún régimen de protección (STC 66/1984), profesionales sometidos a la disciplina colegial (SSTC 219/1989, 305/1993 y posterio-

res), soldados – profesionales o no - y objetores de conciencia, cuando existían (STC 160/1987) y detectives privados (STC 61/1997). El Tribunal Constitucional ha negado expresamente que estén en una relación de sujeción especial los titulares de un establecimiento de venta de tabaco, que lo son por concesión administrativa (SSTC 26/2005 y 54/2005). Y lo mismo – con menos énfasis - para los titulares de licencia de auto taxis (STC 132/2001) y los productores de vino espumoso (SSTC 50/2003, 52/2003 y 132/2003). El listado de situaciones aludidas por el Tribunal Supremo es casi idéntico, debiendo añadirse a los taxistas, a los bancos y banqueros, a los contratistas y concesionarios de la Administración, a quienes intervienen en los espectáculos taurinos (empresarios, ganaderos, espectadores): véase Lozano (1997 : 65-66). El legislador ha guardado un prudente silencio al respecto. Lo único que ha dicho, y de modo indirecto, se lo podía haber ahorrado[9].

Acerca de las sanciones que se pueden imponer en estos ámbitos, el Tribunal Constitucional dijo lo siguiente (STC 66/1984 FJ 1º):

> "Se trata de unas sanciones diferenciadas cualitativamente de las que dentro del complejo mundo de las sanciones, no reconducibles a una categoría única y a tratamientos uniformes, se orientan a la protección del orden general, próximas a las punitivas y reclamadoras, en línea de principio, de garantías que teniendo su inicial campo de aplicación en el punitivo, son extensibles al sancionador que hemos dicho, en la medida que la afinidad material lo exija. Constituiría un exceso, desconocedor de la diferencia cualitativa de las sanciones de que se trata en este recurso, que pretendiera trasladarse a ellas el conjunto de principios que es obligado en el caso de aquellas en que, por su afinidad con las punitivas, son otras las reglas. El no entenderlo así ha llevado al actor - con otros equívocos en cuanto a la inteligencia del amparo - a reclamar para su caso prescripciones que si pueden ser válidas para el campo sancionador del orden general, no se compadecen con el distinto y bien diferenciado que hemos considerado".

De modo que el Tribunal Constitucional, diferenciando entre sanciones "del orden general" y sanciones "especiales", ha dado su visto

bueno a que las sanciones que la Administración pueda imponer a todas las personas incursas en una relación de sujeción especial estén parcialmente exentas de cumplir con los requisitos de reserva de ley y de tipicidad (sobre todo aquél). No hace falta insistir mucho en la importancia práctica de la categoría: dependiendo de que la persona sancionada esté o no en una relación de sujeción especial, el tipo sancionador previsto en el reglamento, o redactado de manera muy laxa, servirá o no para imponer válidamente la sanción. En ocasiones se ha reconocido la existencia de una relación de sujeción especial pero sin embargo ello no ha implicado la admisión del reglamento independiente (la STC 61/1990 incluyó a los detectives privados en tal categoría, pero anuló la sanción impuesta sin cobertura legal). De hecho, normalmente las alegaciones de los sancionados, y las discusiones entre los magistrados que componen el tribunal sentenciador, suelen estar centradas en si se trata o no de una relación de sujeción especial[10].

Sobre las relaciones de sujeción especial se ha escrito mucho, y apenas se llega a ninguna conclusión clarificadora. Es cierto que últimamente, desde la STC 132/2001, el Tribunal Constitucional ha hecho un esfuerzo por delimitar y acotar su doctrina al respecto. Pero el criterio diferenciador sobre el que pivota la doctrina constitucional (consistente en determinar si "algún precepto constitucional**,** ni tampoco una ley conforme con la Constitución, prevén, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales": SSTC 132/2001 o 26/2005) me parece bien, como no, pero no siempre será útil, habida cuenta de las amplísimas realidades a las que potencialmente puede aplicarse la categoría de las relaciones de sujeción especial (además de ser un concepto evolutivo, si el legislador altera el estatus limitador de derechos de las personas a que se aplica)[11]. Tampoco va a ser fácil deslindar entra la "limitación" de derechos y la "delimitación" de derechos (o el condicionamiento de los mismos). Y, naturalmente, parece que la limitación de derechos está pensada para personas físicas, de manera que no podría aplicarse a personas jurídicas. Entonces aquí el criterio falla, porque las personas jurídicas no podrían estar nunca en una relación de sujeción especial, cuando lo cierto es que sí lo están, según la jurisprudencia contencioso-administrativa (bancos y entidades de crédito, concesionarios de servicios públicos). Pero es que según el criterio del Tribunal Constitucional no se puede tratar de relacio-

nes de sujeción especial (habida cuenta de que los bancos, cajas de ahorros y entidades de crédito no son, que se sepa, titulares de derechos constitucionales).

Desde el punto de vista de la técnica legislativa la principal consecuencia de las exigencias de legalidad y de tipicidad ha sido la necesidad de que las asambleas legislativas (estatal o autonómicas) incluyesen en cada ley exhaustivos listados de tipos sancionadores. No hace falta insistir demasiado en lo difícil de la situación: si describe las conductas sancionables con generalidad, actuará inconstitucionalmente por falta de tipicidad, pero si las describe con exceso de detalle y de minucia, dejará impunes las que no estén expresa y específicamente mencionadas. Con el fin de no dejar ningún cabo suelto, normalmente el legislador tiende a hacer las dos cosas, o sea, incluir en las leyes larguísimos listados de infracciones[12], y al final añadir una cláusula más o menos general para intentar recoger lo que no se ha podido o sabido tipificar[13]. Hernández (2005 : 191) señala que con sentencias como la antes mencionada 16/2004 el legislador está tentado de redactar las normas sancionadoras de forma deliberadamente inconcreta o vaga: “Cuando más imprecisa y vaya sea la regulación legal de una determinada materia, y por consiguiente, más amplia la regulación contenida en la ordenanza municipal, más fácil resulta otorgar cobertura legal a la sanción tipificada reglamentariamente”.

Finalmente, siguiendo a Lozano (1997 : 61) ,diré que en realidad las consecuencias del mandato de tipicidad (o vertiente material del principio de legalidad) son a veces muy similares a las del mandato de reserva de ley (o vertiente formal del principio de legalidad). Como vimos antes al hablar de la STC 25/2002, cuando el ciudadano sancionado impugna la sanción con el argumento de que la infracción estaba en el reglamento en lugar de en la ley (reserva de ley), muchas veces lo que dice es que la ley delegó en exceso en el reglamento la tipificación concreta de la conducta (tipicidad), de manera que en el fondo su queja no se refiere tanto al rango en sí mismo sino a la manera con que se tipificó. Luego su queja no es “formal” sino más bien “material”, pues imputa a la ley no haber precisado suficientemente los tipos infractores, deslegalizando una determinada materia y habiéndola entregado al Gobierno para que la regule por vía reglamentaria.

4.3 La culpabilidad

Definida por Cid (1996 : 147) como “exclusiva sanción de comportamientos dolosos o imprudentes”, en el campo de la culpabilidad se manifiesta con gran claridad la aplicación “matizada” de los principios penales. La personalidad de la pena (o principio de culpabilidad) queda modulada en las sanciones administrativas por la responsabilidad de las personas jurídicas y por la responsabilidad solidaria, ambas cosas vedadas en Derecho penal español – no así en otros derechos[14].

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de reafirmar la aplicación del principio de culpabilidad, negando categóricamente en la STC 76/1990 (y luego precisándolo en la STC 149/1991) que sea constitucional una ley que prescindiese de él. En el caso, se trataba de una ley tributaria que había excluido el calificativo “voluntarias” de la anterior tipificación (hasta entonces la ley exigía que las acciones y omisiones constitutivas de infracción tenían que ser “voluntarias”). De modo que parecía que el legislador estaba prescindiendo del elemento volitivo, y en definitiva implantando una responsabilidad objetiva. Ante ello, el Tribunal Constitucional reaccionó diciendo que “ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se ha suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, tal resultado sería inadmisible en nuestro ordenamiento”.

Como se ha puesto de manifiesto (Nieto 1992 : 340), esta exigencia de culpabilidad es muy reciente. El sistema español de sanciones administrativas descansaba hasta no hace mucho justamente en lo contrario, y aun en 1989 había sentencias del Tribunal Supremo que decían que “las infracciones en materia de disciplina de mercado no requieren para su existencia jurídica y para ser sancionadas un propósito preconcebido o voluntad intencional de infringir, bastando con el hecho material constitutivo de la infracción”.

Descartada la responsabilidad objetiva o al margen de la conducta del infractor, se plantean varios problemas. El primero es ¿cómo entonces

es admisible la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas? La respuesta se ha venido dando de forma bastante apodíctica y no demasiado motivada, basándose sólo en la aplicación "matizada" o "excepcionada" de los principios penales. Es verdad que el Tribunal Constitucional hizo un muy apreciable intento de explicación en la STC 246/1991:

> "Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos/otros sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir. Capacidad de infracción, y por tanto reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por una norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de esa norma".

Sin embargo, en lugar de decir con claridad que la culpabilidad no se aplica (por lo menos a las personas jurídicas), el Tribunal Constitucional siguió empeñado en sostener que se aplica de forma "distinta", aun a costa de decir cosas sin ningún sentido (que las personas jurídicas "asumen riesgos", como si estuvieran dotadas de voluntad y capacidad para calcular el riesgo)[15]. Lozano (1997 : 56) apunta una explicación bastante plausible de por qué se sigue admitiendo esta responsabilidad y de para qué sirve: como el código penal no permite sancionar a las empresas, las sanciones – de elevada cuantía – que se puedan imponer es la única forma de castigo posible: "La elevada cuantía de algunas multas se explica por el principio de responsabilidad directa de las personas jurídicas, que exige que las multas deban alcanzar grandes cuantías para que puedan desempeñar con eficacia su finalidad preventiva, al resultar, de otro modo, integrables en los costes de producción de las empresas".

La LRJAPyPAC de 1992 se limitó a prever la responsabilidad sancionadora de las personas “físicas y jurídicas” (art. 130.1).

Otra peculiaridad de la capacidad de las personas jurídicas para cometer infracciones es que también las pueden cometer las Administraciones públicas. Sí, por extravagante que parezca, el ordenamiento español contempla expresamente tal posibilidad. Dejando de lado algunas de las consecuencias que ello comporta, para lo que ahora interesa baste con señalar que para poder sancionar a la Administración infractora la Administración sancionadora deberá en teoría acreditar la culpabilidad de aquella (es decir, acreditar que al cometer la infracción hubo elemento volitivo o intencional, hubo algún grado de culpabilidad conducente a que la Administración, sometida a la ley y al Derecho, cometiese una infracción). Como ejemplo de sanción interadministrativa puede verse el art. 46 de la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal, que prevé expresamente la comisión de infracciones por las Administraciones Públicas que sean responsables de ficheros de datos informatizados. En materia de vertidos de la ley de aguas, una entidad local puede pedir y obtener una autorización de vertidos (art. 101.4 de la Ley de Aguas) y luego incurrir en cualquiera de las infracciones del art. 116 de la Ley de Aguas, cuya sanción corresponde al Organismo de cuenca, al Ministerio de Medio Ambiente o al Consejo de Ministros, según su gravedad. Por otro lado el art. 2.1 de la ley 16/1989 de defensa de la competencia contempla la posibilidad de que la ley se aplique “a situaciones de restricción de competencias que se deriven del ejercicio de potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos”, y por consiguiente el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) puede aplicar a una Administración las sanciones de los arts. 9 y ss. De hecho algunas resoluciones del TDC sancionaron a Colegios Profesionales (resolución de 28 de julio de 1994, *asunto Colegio de Arquitectos de Madrid*, o resolución de 5 de junio de 1997, asunto *Colegio de Arquitectos de Castilla-La Mancha*) – bien es verdad que un Colegio Profesional es sólo muy indirectamente Administración Pública.

El segundo problema es que tampoco queda del todo explicado por qué en Derecho penal se excluye la responsabilidad solidaria, pero en cambio se admite en Derecho administrativo sancionador. Lo que al respecto ha dicho el Tribunal Constitucional no permite aclararlo demasiado:

> "El precepto no consagra una responsabilidad objetiva sino que la responsabilidad tributaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el art. 77.1, que gira en torno al principio de culpabilidad. Una interpretación sistemática de ambos preceptos permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve […], porque el art. 38.1 conecta con toda nitidez la responsabilidad solidaria a la realización o colaboración en la realización de una infracción tributaria" (STC 76/1990).

De modo que se trata de una responsabilidad solidaria peculiar, pues solo responden solidariamente quienes hayan cometido un ilícito (incluso a título de colaborador, lo cual parece indicar que el Tribunal Constitucional admite la responsabilidad administrativa sancionadora en casos de autoría mediata o incompleta).

En todo caso, García de Enterría y Fernández Rodríguez (2004, 179) dudan de que la previsión de la solidaridad del art. 130.3 de la LRJAPyPAC sea constitucional, pues no parece compatible con el principio de culpabilidad tan enfáticamente afirmado por el Tribunal Constitucional en la STC 76/1990. I. Pemán (2000: 386) no es tan tajante, pero opina que no hay motivos razonables para seguir manteniendo la responsabilidad solidaria[16].

4.4 La presunción de inocencia

Pese a que no siempre se considera así, la aplicación a lo sancionador de la regla de la presunción de inocencia es en puridad una de las consecuencias del principio de culpabilidad. Porque la inocencia es lo contrario de la culpabilidad. Para que la Administración imponga una sanción ha de haber probado judicialmente la culpabilidad, es decir, debe haber destruido la presunción de inocencia a que toda persona tiene derecho según el art. 24.2 de la CE. La Constitución parte de la libertad y de la inocencia, de modo que el poder público, para imponer castigos, tiene que probar la culpabilidad. Parte, digamos, en desventaja porque sobre él recae la carga de convencer a un juez de que existe delito, falta o infrac-

ción, y en cambio la persona a quien se imputa el delito, falta o infracción no tiene que convencer a nadie de su inocencia, porque es inocente. Es a priori inocente, y por ello, como escribe Caamaño, "quien acusa, miente" (2003 : 193).

Cuando se aplica esta regla penal a lo sancionador aparecen los problemas[17]. Porque en el ámbito de lo sancionador, la presunción de validez y de legalidad de los actos administrativos no es compatible, desde un punto de vista lógico, con la presunción de inocencia. O lo uno o lo otro, pero las dos cosas al mismo tiempo no pueden ser.

En efecto, desde antiguo existe en Derecho español la regla conforme a la cual "*Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa*" (art. 57.1 de la LRJAPyPAC). Si lo que dice la Administración en el acto sancionador se presume válido, entonces es que no hay presunción de inocencia sino, indirectamente, de culpabilidad (porque se presume cierto lo afirmado por la Administración). Los autores, desde el fin de la dictadura del General Franco, denunciaron esta situación por contraria al art. 24.2 de la CE. Conforme a los principios constitucionales, y siguiendo las reglas procesales ordinarias[18], se dijo que la carga de la prueba debe corresponder a la Administración que pretende sancionar, y atribuir valor de prueba a las declaraciones, actas, constataciones, etc. realizadas por funcionarios públicos en realidad desplaza la carga de la prueba al ciudadano, que se ve así obligado a probar su inocencia. Y tal cosa es inconstitucional.

Tras una década difícil y llena de incertidumbres, el Tribunal Constitucional pretendió dar solución a este problema en la STC 76/1990, relativa al valor probatorio de las actas levantadas por los inspectores tributarios. Se quiso equilibrar los derechos de los ciudadanos con la posibilidad – en realidad necesidad - de que lo afirmado por la Administración tenga algún tipo de relevancia o de capacidad de persuasión mayor que la palabra en contrario del ciudadano. Y a tal fin se estableció el siguiente criterio: lo dicho por la Administración, si había seguido todos los cauces y formalidades procedimentales, es un medio de prueba más, sin carácter absoluto, que puede ser contradicho por cuantas pruebas en contrario

aporte el ciudadano al que se pretende sancionar. En seguida el legislador retomó esta idea y la plasmó en el art. 137.3 de la LRJAPyPAC, y el resultado es que el ciudadano tiene la carga de impugnar judicialmente el acto sancionador (pues se presume válido y surte efectos desde que es dictado y notificado), pero en esa impugnación la carga de la prueba sigue corriendo a cargo de la Administración. Luego la carga de accionar (que tiene el ciudadano) no implica también desplazamiento de la carga de la prueba (que sigue estando a costa de la Administración)

Cuando la Administración de tráfico afirma que ha visto como un ciudadano, al volante de un vehículo, conducía peligrosamente, esa afirmación tiene un valor jurídico importante, que se denomina presunción de certeza o de veracidad, pero no es prueba definitiva e irrefutable – ni ante la Administración, y menos aun ante el juez. Pese a ello, en opinión de los más críticos, esta presunción – rebatible - de certeza prima en términos prácticos sobre la presunción de inocencia del ciudadano. Como a esa afirmación del funcionario la ley atribuye lo que podemos denominar llanamente capacidad de convicción a un juez ("tendrán valor probatorio", dice el art. 137.2 de la LRJAPyPAC), es al ciudadano a quien corresponde acreditar que no cometió la infracción. La prueba de un hecho negativo (no haber conducido un vehículo de manera peligrosa) es una prueba imposible. Los más críticos (Parada Vázquez, por ejemplo) dudan de que ello sea compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia[19]. Pero no parece haber otra solución.

No hay otra posibilidad, ciertamente, siempre que se exijan ciertas condiciones o requisitos a las afirmaciones realizadas por la Administración[20]. Por ejemplo, no describir con precisión, en su acta o atestado, la conducta infractora: hay sentencias que han anulado sanciones por basarse en relatar la acción infractora como "no obedecer las órdenes del agente de la circulación", sin concretar qué tipo de órdenes, por qué se daban y cuál fue el comportamiento exacto del supuesto infractor. Siguiendo a Aguado (2001 : 105 y ss.), diré que la jurisprudencia ha acuñado los siguientes requisitos de la prueba de cargo aportada por la Administración: deben quedar identificados los funcionarios que han participado en la elaboración de los documentos; deben recogerse en ellos no sólo los hechos en sí, sino las circunstancias que los rodearon; deben

reflejarse tanto la fecha como el lugar en el que se produjeron los hechos; deben especificarse las fuentes (testificales, etc.) utilizadas por los funcionarios para acreditar el contenido del acta o documento; y en caso de fuentes testificales (las denuncias), debe ser ratificadas, por que si no lo son lo alcanzan valor de prueba.

En todo caso, Cid (1996 : 158-159) señala las diferencias procesales entre la prueba penal y la prueba administrativa:

> "En el nivel procedimental, mientras que las sanciones formalmente penales exigen que las pruebas en las que se basa la acusación sean obtenidas con todas las garantías del juicio contradictorio, esto es, planteadas en el juicio en régimen de inmediatez y con posibilidad de ser refutadas por la defensa, las pruebas que fundamentan la imposición de sanciones administrativas no necesitan obtenerse en régimen de juicio contradictorio, considerando en Tribunal Constitucional conforme con la CE que determinadas actuaciones de verificación de infracción por parte de la Administración gocen de presunción de legalidad y puedan servir, en su caso, para romper la presunción de inocencia de la persona sometida a expediente administrativo".

De manera que la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa afirma de manera categórica la regla de la presunción de inocencia y de la carga de la prueba:

> "Según tiene reiteradamente afirmado este Tribunal, 'la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas ..., pues el ejercicio del *ius puniendi* en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: Que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté

> obligado a probar su propia inocencia, y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio' [SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8 b), y 169/1998, de 21 de julio, FJ 2]. De entre los contenidos que incorpora el derecho fundamental ahora invocado (enumerados para el proceso penal, recientemente, en la STC 17/2002, de 28 de enero, FJ 2), resulta de todo punto aplicable al procedimiento administrativo sancionador la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del acusado, sin que a éste pueda exigírsele una *probatio diabolica* de los hechos negativos (por todas, STC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4)" (SSTC 117/2002 FJ 9 y 131/2003 FJ 7º)[21].

De modo tal que a) la sanción ha de estar basada en actos o medios probatorios de cargo, o sea, incriminadores de la conducta punible; b) la carga de la prueba corresponde a quien acusa, no estando nadie obligado a probar su inocencia; y c) las insuficiencias en las pruebas practicadas, libremente valoradas por el órgano sancionador, deben traducirse en la imposibilidad de imponer la sanción. Se exige pues que exista prueba de cargo. ¿Sobre qué, en concreto, ha de versar la prueba? La jurisprudencia señala que han de probarse, esencialmente, dos cosas: los elementos de hecho integrantes del tipo infractor, y la culpabilidad de la persona a quien se imputa su comisión. A veces, sin que exista un criterio claro de por qué, se ha exigido prueba completa de los elementos del tipo (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, imputabilidad), excluyendo así cosas como la prueba por indicios o las meras valoraciones en conciencia (Aguado 2001 : 97).

No me detengo en algunas cosas (que posiblemente sean las que de verdad importen). Por orden de importancia, de menor a mayor. Primero. El derecho a la prueba, que como ya dije antes es en lo que en realidad queda el derecho a la presunción de inocencia[22], es susceptible de amparo constitucional por estar en el art. 24.2 de la Constitución, o sea, la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución. Pero no toda vulneración de las reglas probatorias implica un quebranto

del derecho a la prueba constitucionalmente reconocido, sino sólo aquél que cause indefensión desde el punto de vista del art. 24.1 de la CE. De modo, por ejemplo, que la falta de práctica de una prueba admitida y tenida por válida no desencadena automáticamente la lesión constitucional, debiendo el recurrente en amparo acreditar, por ejemplo, que la prueba era "decisiva en términos de defensa" (puede verse la STC 217/1998, y otras posteriores). Del mismo modo, las peculiaridades conceptuales y lógicas del juicio de amparo constitucional hacen que el Tribunal Constitucional no pueda pronunciarse sobre la corrección o no de la valoración de la prueba realizada por el órgano administrativo que impuso la sanción[23].

Segundo. Junto al derecho a la presunción de inocencia y a la prueba, el art. 24.2 de la CE recoge el derecho a no declarar contra sí mismo. Al respecto, importa señalar que algunos preceptos legales establecían obligaciones que eran dudosamente compatibles con tal derecho. El art. 72.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial establece que "El titular del vehículo, debidamente requerido para ello, tiene el deber de identificar al conductor responsable de la infracción y si incumpliere esta obligación en el trámite procedimental oportuno sin causa justificada, será sancionado pecuniariamente como autor de falta grave". El precepto fue cuestionado ante el Tribunal Constitucional por contrario al derecho a no declarar contra sí mismo, pero la STC 197/1995, y luego la STC 7/1996, le dieron el visto bueno con el siguiente argumento (FJ 8º):

> "A diferencia de la obligación de someterse a la prueba de impregnación alcohólica (STC 103/1985) o del deber del contribuyente de aportar a la Hacienda Pública los documentos contables (STC 76/1990), el deber que al titular del vehículo impone la norma cuestionada de identificar al conductor que ha cometido la presunta infracción de tráfico obliga a aquél a hacer una declaración que exterioriza un contenido relativo a la identidad de quien realizaba la conducción en un momento determinado. Sin embargo, el art. 72.3 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial no conmina al titular del vehículo a declarar sobre la supuesta infracción de tráfico, sino simplemente, a comunicar a

> la Administración el nombre del conductor del vehículo, de modo que, aunque concurran en una misma persona las circunstancias de conductor y propietario del vehículo, a éste no se le impone el deber ni de efectuar declaración alguna sobre la infracción, ni de autoinculparse de la misma, sino únicamente el de comunicar la identidad de quien realizaba la conducción. No puede, pues, compartirse la afirmación esgrimida en los Autos de planteamiento de que el deber de colaboración que contiene el precepto cuestionado sitúa al titular del vehículo en la tesitura de confesar la autoría de la infracción bajo la amenaza de una sanción pecuniaria. No cabe confundir, como en este sentido señala el Abogado del Estado, el cumplimiento de la obligación legal pública de colaborar en la identificación del conductor presuntamente responsable de una infracción con la obligación de autoconfesar conductas sancionables, ya que con tal requerimiento no se compele al propietario del vehículo a emitir una declaración admitiendo su culpabilidad ni presumiendo responsabilidades ajenas, sino a exigir su colaboración, en razón a la titularidad de un objeto cuyo uso entraña un peligro potencial para la vida, salud e integridad de las personas, en la tarea inicial de identificación del conductor del vehículo en la fecha y hora en la que se formuló la denuncia.
>
> En suma, en cuanto el deber de colaboración que al titular del vehículo impone el precepto legal cuestionado no supone la realización de una manifestación de voluntad ni la emisión de una declaración que exteriorice un contenido inculpatorio no puede considerarse el mismo, ni la consiguiente tipificación de su incumplimiento sin causa que lo justifique como infracción, contrario al derecho a no declarar contra sí mismo”[24].

Tercero. Por mucho que se esmere el Tribunal Constitucional, sigue habiendo resquicios para situaciones incompatibles con la presunción de inocencia. Nieto (2002 : 389) relata como ya vigente la Constitución el Tribunal Supremo dijo literalmente que “en el Derecho sancionador, contrariamente a los ámbitos civil o penal, basta el hecho del vertido tóxico desde una industria, como titular responsable de su funcionamiento ante la Administración autorizante para acreditar la imputabilidad y presumir la cul-

pabilidad con el consiguiente desplazamiento de la carga probatoria". De modo que responsabilidad objetiva, presunción de culpabilidad, y necesidad de probar la propia inocencia. Caamaño (2003 : 298) relata lo sucedido en las SSTC 219/1988 y 154/1994, esta última recién aludida al hablar de la obligación que se impone al propietario del vehículo de identificar al conductor. La STC 219/1988 estimó un amparo y anuló la sanción impuesta a un propietario de un vehículo que negó haber cometido la infracción (y aun así se le multó por ello). Posiblemente ello movió al legislador a introducir en 1990, con ocasión de una reforma de la legislación de tráfico, una previsión conforme a la cual se tipificaba la infracción consistente en no revelar la identidad del conductor. Después recayó la STC 154/1994 en la cual el Tribunal dio marcha atrás con respecto a 1988 y, denegando el amparo, vino a establecer algo así como una especie de responsabilidad objetiva o presunción objetiva de culpabilidad, y ante hechos prácticamente idénticos y con el mismo marco legal que en la STC 219/1988, primero mantuvo – de forma incongruente con el fallo que pronunció - que no se trata de una responsabilidad objetiva o por el resultado, y luego dijo que la sanción estaba bien impuesta aun cuando no se había podido acreditar que el ciudadano sancionado la hubiese cometido:

> "La Administración probó, como así se declaró en la Sentencia recurrida, que con el vehículo propiedad del recurrente se cometió la infracción, a lo que se une la conducta evasiva del mismo en orden a identificar al posible infractor. Todo ello es suficiente para enervar la presunción de inocencia y trasladar la responsabilidad al referido propietario, por lo que la sanción impuesta es, desde los planteamientos constitucionales, correcta" (STC 154/1994, FJ 4º).

Como se ha visto, en seguida la situación se arregló (SSTC 197/1995 y 7/1996), y hoy el deber de identificación del conductor es el mecanismo con el que se salva la constitucionalidad de estas sanciones.

Cuarto. Con todo, lo más relevante para el derecho a la presunción de inocencia es su ámbito de aplicación. Teóricamente, se trata de un principio relacionado con la acusación, o sea, con la imputación de la comisión de delitos o de infracciones administrativas. De manera que no se aplica a ámbitos no sancionadores o no delictivos. En el apartado 4.7 me fijaré más

despacio en lo que sea o deje de ser una sanción administrativa, pero para lo que ahora interesa es posible decir que este ámbito de aplicación limitado al ejercicio del *ius puniendi* implica que otras medidas perjudiciales o negativas no se ven protegidas por este derecho. Por ejemplo: el incumplimiento de un contrato por el contratista o concesionario faculta a la Administración a rescindirlo, y en la apreciación de si la conducta representa o no un incumplimiento no rige la presunción de inocencia (porque no estamos en el ámbito de las sanciones). Lo mismo para la denegación de licencia administrativa para el ejercicio de una actividad. Caamaño (2003 : 203) menciona las relaciones laborales, ámbito *inter privatos* en el que sin embargo existe el llamado despido disciplinario; las sanciones civiles, antiguamente conocidas como cuasi delitos; la expulsión de un alumno de un centro de enseñanza privado, y señala que no se aplica, y a su juicio está bien que así sea, la presunción de inocencia. Lo que dice la jurisprudencia constitucional me parece bastante acertado:

> "El derecho fundamental a la presunción de inocencia no puede alegarse en el ámbito de las relaciones laborales, cuando éstas son extinguidas unilateralmente por el empleador mediante el despido disciplinario. En efecto, cuando el empresario sanciona con el despido una conducta del trabajador constitutiva de incumplimiento grave y culpable de la relación contractual, no se halla en juego, en puridad, la inocencia o culpabilidad del trabajador despedido, ni, en consecuencia, la actividad probatoria producida en el proceso laboral emprendido frente al acto extintivo se encamina a destruir la presunción de inocencia garantizada por el art. 24.2 de la Constitución, sino, más sencillamente, a justificar el hecho o hechos causantes del despido y su atribución al trabajador. Así lo ha establecido la doctrina constitucional, a partir de la STC 30/1992, de 18 de marzo, conforme a la cual: "*debe partirse del alcance específico y en cierto modo restrictivo que el derecho de presunción de inocencia tiene en el ámbito laboral, pues su campo de aplicación natural es el proceso penal (y, por extensión, el procedimiento administrativo sancionador) y, si bien en un primer momento este Tribunal entendió aplicable tal derecho a dicha clase de procesos en tanto en cuanto la jurisdicción laboral ha venido y viene sosteniéndolo, posteriormente ha rectificado y es hoy doctrina uniforme el considerar apli-*

> *cable la presunción de inocencia exclusivamente en el ámbito del proceso penal*". Además, como se ha dicho también reiteradamente por este Tribunal, "dicho procedimiento laboral se rige por el principio dispositivo y, en él, no se ejerce el *ius puniendi* del Estado", doctrina después reiterada en las SSTC 27/1993, de 25 de enero, 6/1995, de 10 de enero, y 53/1995, de 23 de febrero" (STC 153/2000, FJ 2º. El subrayado es mío).

En sentido contrario, en alguna ocasión el Tribunal Constitucional se ha decantado por una interpretación expansiva del derecho a la presunción de inocencia: en la STC 13/1982 dijo que tal derecho "no puede verse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside cualquier resolución, administrativa o jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos", y por ello lo aplicó a un caso de separación matrimonial en el que se discutía la custodia de los hijos. Pero esta doctrina no parece haberse repetido desde entonces. Como señala Aguado (2001 : 96) tampoco se aplica a medidas no sancionadoras como son apremios y embargos administrativos por impago de deudas tributarias, si bien en ciertos casos la jurisprudencia matiza esta negativa, y sí tiene en cuenta la presunción de inocencia cuando la medida de que se trate está relacionada con una sanción administrativa[25].

Por último, diré que tampoco voy a analizar algunos extremos – por lo demás importantísimos – de la presunción de inocencia como es su no fácil encaje con la regla general de la ejecutividad de los actos administrativos (arts. 56 y 94 de la LRJAPyPAC). La solución que para ello se ha establecido (la no ejecutividad de las resoluciones sancionadoras hasta que son firmes[26]) es una solución que está funcionando, pero que, como muchas en el derecho sancionador, está siempre en un equilibrio bastante delicado[27].

4.5 La prohibición de doble castigo (*ne bis in idem*)

Desde muy pronto el Tribunal Constitucional creó lo que en España algunos denominan una regla subconstitucional, deduciendo del art. 25.1 de la CE la prohibición de doble castigo (penal y administrativo).

Además de los problemas dogmáticos que ello ha suscitado[28], y de dudas no tan dogmáticas[29], el *ne bis in idem* ha sido objeto de abundante jurisprudencia constitucional y administrativa. Los tribunales, como casi siempre, establecieron una regla y en seguida la excepcionaron. Regla: el doble castigo, o *bis in idem*, está prohibido por el art. 25.1 de la CE. Excepción: en ciertos casos, en general calificados como de relaciones de especial sujeción, y en los que sea posible detectar un doble fundamento o bien jurídico protegido, se permite el doble castigo[30]. De esta jurisprudencia, luego reflejada casi literalmente en el art. 133 de la LRJAPyPAC, se pueden extraer consecuencias en cuanto al doble castigo en sí (*ne bis in idem* material) y también en cuanto a la vertiente llamada procesal. En efecto, en los últimos años ha recaído jurisprudencia constitucional sobre un aspecto procesal o procedimental, que ha dado ocasión al Tribunal Constitucional para afirmar, a mi juicio sorprendentemente, que de la Constitución se deduce la preferencia del enjuiciamiento penal sobre el enjuiciamiento administrativo.

Empecemos por las relaciones de sujeción especial. Como acabo de decir, la jurisprudencia constitucional y administrativa admitió el doble castigo, ratificando la validez de bastantes cláusulas legislativas de doble incriminación, sobre todo en la función pública civil o militar[31]. Se dijo que en tales casos existía identidad de hechos y de sujeto, pero no de fundamento, equivaliendo esto último a lo que los penalistas denominan el bien jurídico protegido. Y es que desde el primer momento (STC 2/1981, y luego 66/1986, 154/1990, etc.) el Tribunal Constitucional dijo que el doble castigo está constitucionalmente prohibido cuando exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento, de modo que la apreciación de distinto fundamento o bien jurídico o interés protegido convierte en legítimo el doble castigo, y por ello preceptos como el art. 23 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios públicos, al que luego me referiré, prevén que el procedimiento sancionador continúe aun cuando se aprecien indicios de delito.

Lo que pasa es que hay varios flancos de crítica. El principal es lo etéreo y maleable del concepto de “bien jurídico”. Porque como bien señala Prieto, ante la gigantesca expansión del Derecho penal y la criminalización de un gran número de conductas, el bien jurídico es tan amplio y

generalizado que se diluye, y puede ser prácticamente cualquiera, con lo cual el debate sobre cuál es en cada caso el fundamento o el bien jurídico que en cada caso se protege es estéril, y vale cualquier solución[32]. Por su parte Nieto (2002 : 407) escribe que "los intereses protegidos, junto a las relaciones de sujeción especial, operan como la gran coartada para justificar las excepciones al régimen garantizador del Derecho administrativo sancionador", añadiendo (2002 : 408) que "el concepto [de interés protegido] en determinadas ocasiones no resiste la prueba de la casuística […] La proliferación arbitraria de estos bienes e intereses hace trizas las grandes conquistas del Derecho administrativo sancionador, empezando por la regla del *ne bis in idem*"[33]. Como señala Nieto, no se trata de una crítica meramente teórica. Veámoslo.

La STC 177/1999 versaba sobre un *bis in idem* recaído en aplicación de un precepto penal y de un precepto administrativo. Aquél (art. 347 bis del código penal, en su redacción dada por la ley orgánica 8/1983) se refería a realizar vertidos "que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles", mientras que la norma sancionadora, que era el art. 108 f) de la Ley de Aguas de 1985 y art. 316 g) del Reglamento del dominio público hidráulico de 1986, hablaban de "vertidos que puedan deteriorar la calidad del agua o las condiciones de desagüe del cauce receptor, efectuados sin contar con la autorización correspondiente". El Tribunal Constitucional pasó por alto la posible diferencia entre ambos tipos, limitándose a afirmar que "*concurre identidad de fundamentación, no negada por la jurisdicción penal, dado que el potencial peligro para la salud pública ya concurría en la infracción administrativa, al haber evidenciado el análisis de las aguas un alto índice de cianuros y de níquel*". Ello le permitió concluir que existió la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, para la cual queda proscrito el doble castigo. Por el contrario, en el voto particular discrepante del Presidente Cruz y de la magistrada Casas se incide en la supuesta diferencia entre ambos tipos: "La mayoría prescinde del dato normativo esencial: las infracciones administrativa y penal eran distintas". Para la comisión de aquella basta realizar un vertido, mientras que el delito requiere que se ponga en peligro grave la salud de las personas o el medio ambiente, y por tanto "la Junta de Aguas de Cataluña sancionó unos vertidos no autorizados, que superaban

los límites máximos previstos por la legislación sobre las aguas continentales y, en especial, sobre la calidad de las aguas superficiales destinadas a producir agua potable; los Tribunales penales sancionaron unos vertidos que, por su alto contenido en cianuros, níquel y otros elementos contaminantes, suponían un grave peligro para la salud pública". La conclusión no es difícil de adivinar: los dos castigos no eran iguales, y por tanto podían ser ambos impuestos.

> "La infracción administrativa, tal y como se configura por la Ley de Aguas, fue el medio necesario para cometer el delito contra el medio ambiente, incriminado por el Código Penal. *La pena infligida por perpetrar éste, por consiguiente, no supone una reiteración inadmisible de la multa impuesta por cometer aquélla, pues se trata de dos conductas distintas y que lesionan intereses jurídicos diferentes*. Por lo demás, los Tribunales penales han tenido cuidado de evitar una desproporción punitiva, al considerar que la cantidad abonada en concepto de multa administrativa debía ser aplicada al pago de la multa penal" (el subrayado es mío)[34].

Otro ejemplo clásico de justificación del doble castigo por la diferencia de intereses protegidos es, como antes dije, los funcionarios públicos, sometidos en general a penas y a sanciones por los mismos hechos. La pena atendería a un interés jurídico determinado, dependiendo del delito cometido, y la sanción al interés de la Administración y de sus servicios, en cualquier caso distinto al bien jurídico relevante en lo penal.

Al respecto puede verse, entre otras, la STC 234/1991, relativa a una sanción impuesta a un policía, por la comisión de una falta muy grave prevista en el entonces vigente art. 217 del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17 de julio de 1975 ("cualquier conducta constitutiva de delito doloso"). El Tribunal Constitucional justificó la sanción acudiendo a la doctrina habitual del distinto fundamento o interés protegido: "Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección. El interés legítimo de la Administración en su conjunto es, el de servir con objetivi-

dad los intereses generales (art. 103.1 de la CE); el de cada uno de los entes u órganos que la integran, en particular el de asegurar el funcionamiento eficaz del servicio público que les está encomendado, de donde fácilmente se infiere que la conducta de los funcionarios como simples ciudadanos, al margen de su función propia, no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de ésta; salvo, claro está, y la salvedad es decisiva, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza de éste. Desde esta perspectiva, la norma que analizamos, en cuanto que aplicada al caso, es evidentemente compatible con el principio *ne bis in idem* y por tanto su aplicación no ha lesionado el derecho fundamental del recurrente. La tarea propia de la policía gubernativa es, entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, es cosa que no ofrece duda alguna, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizados por otros. La irreprochabilidad penal de los funcionarios de la policía gubernativa es un interés legítimo de la Administración que, al sancionar disciplinariamente a los que han sido objeto de condena penal, no infringe en consecuencia el principio *ne bis in idem*"[35].

El otro aspecto que quiero abordar es la vertiente procesal o procedimental del *ne bis in idem*. Para ello retomaré un ejemplo que dejé apuntado en el apartado 2.1. Una prueba de alcoholemia a la que se sometió el conductor de un vehículo dio positivo, y fue origen de un procedimiento sancionador y de un procedimiento penal. Se iniciaron dos procedimientos, penal y administrativo, que se tramitaron de forma paralela. Se abrieron diligencias penales previas, que finalizaron con la condena al conductor como autor de un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 del código penal a las penas de multa de cinco meses con

cuota diaria de mil pesetas y privación del derecho a conducir vehículos de motor por período de dos años. El procedimiento penal se sustanció sin que el imputado comunicara a los órganos judiciales la existencia del expediente administrativo. Sólo lo hizo en el acto del juicio oral, donde planteó la excepción de cosa juzgada como cuestión previa, que fue desestimada en aplicación de la tradicional preferencia de la jurisdicción penal. La sentencia fue recurrida en apelación, pero el recurso fue desestimado. El tribunal sentenciador reconoció implícita pero claramente que se había producido el *bis in idem*, y para remediarlo, en el fallo acudió al criterio de la compensación, considerando que el error cometido por la Administración al no paralizar la vía sancionadora administrativa hasta el término de la vía judicial penal[36] no podía determinar la absolución y era subsanable mediante el descuento en la pena, en ejecución de sentencia, de las cantidades que acredite haber satisfecho a la Administración y el tiempo que efectivamente el recurrente haya sido privado el permiso de conducir. Esta es la sentencia de apelación contra la que se dirigió la demanda de amparo constitucional que se resolvió en la STC 2/2003.

Por otra parte, la vía administrativa sancionadora se inició cuatro meses después de abrirse las diligencias penales, tras la presentación de denuncia de las autoridades policiales ante la Jefatura Provincial de Tráfico. A esta denuncia se adjuntó el Auto de incoación de las diligencias penales y la declaración como imputado del recurrente (de modo que a la Administración le constaba la existencia del pleito penal). Se tramitó el correspondiente procedimiento sancionador (la apertura del expediente y la propuesta de resolución se notificaron por edictos) que finalizó mediante resolución del Delegado del Gobierno con imposición al infractor de una multa de cincuenta mil pesetas (unos 300 euros) y suspensión de la autorización administrativa para conducir durante dos meses. El ciudadano sancionado interpuso recurso ordinario ante la Dirección General de Tráfico alegando la excepción de cosa juzgada por estar sustanciándose procedimiento penal por los mismos hechos (pero aun no había recaído sentencia ni siquiera en primera instancia). El recurso se resolvió estimando parcialmente las pretensiones, reduciendo la duración de la suspensión de la autorización administrativa para conducir vehículos a un mes y desestimando el recurso en todo lo demás. Ulteriormente interpuso recurso

contencioso-administrativo, pero desistió del mismo. La sanción devino firme (ello ocurrió durante la tramitación del pleito penal, antes que el Juzgado dictase sentencia).

He relatado con cierta prolijidad los hechos porque ponen de manifiesto la doble tramitación en paralelo de los dos procedimientos, lo cual contraviene la ley, y porque a primera vista parecen revelar una peculiar utilización de los recursos en función del discurrir de uno y otro procedimiento. En efecto, ya se ha visto que cuando se inicia el procedimiento sancionador la Administración conocía la existencia de diligencias previas penales, y sin embargo, seguramente por error, no lo tuvo en cuenta e incumplió la obligación de paralizar el procedimiento – establecida en el art. 7 del RD 1398/1993 relativo al ejercicio de la potestad sancionadora (REPS)[37] y, específicamente para asuntos de tráfico, en el ya citado art. 65.1 del RD-leg. 339/1990. Posteriormente, al resolver la Administración el recurso ordinario, dijo, también de forma errónea, que figuraba en actuaciones la resolución penal absolutoria. De modo que se impuso una sanción que conforme al ordenamiento jurídico no hubiese debido imponerse, y aparentemente hubo un *bis in idem*, puesto que por los mismos hechos hubo dos castigos.

Contra la condena penal se interpuso recurso de amparo constitucional. Para el Tribunal Constitucional la situación no era fácil. Por un lado, no podía anular la sanción administrativa, pues no era objeto de recurso alguno: había devenido firme ya que el conductor sancionado había desistido del recurso administrativo que había interpuesto. Y si anulaba la sentencia penal, estaría diciéndole al juez penal que las ilegalidades administrativas le impiden dictar condena cuando aprecie la existencia de delito. Así que no solamente lo administrativo (ilegal) prima sobre lo penal, sino que el delito queda impune. Pese a estos obstáculos, justamente esto fue lo que se produjo en la STC 177/1999: se anuló la sentencia penal por contraria al derecho a no ser doblemente sancionado. Esta doctrina fue expresamente rectificada en la STC 2/2003, que volvió a restablecer la primacía de la jurisdicción penal. Pero no puso remedio a la existencia del *bis in idem*: al desestimarse el recurso de amparo contra una sentencia penal idéntica a la del año 1999, se mantuvo la condena y se mantuvo, por consiguiente, la sanción administrativa.

Teóricamente el problema procesal o procedimental no podía plantearse, pues salvo cuando puede legalmente sancionar las conductas que también son delito[38], la Administración está siempre obligada a paralizar su expediente sancionador si aprecia que los hechos sobre los que recae son constitutivos de delito[39]. Pero, como ha quedado visto a la luz de las SSTC 177/1999 y 2/2003, no lo paraliza y sanciona hechos que luego también son objeto de condena penal, aparece un problema constitucional insoluble. Bueno, se soluciona, como hizo la STC 2/2003, acudiendo a interpretaciones forzadas y a mi juicio muy discutibles. Como he expuesto en otro lugar (Beltrán –Puerta, 2004), no creo que de la Constitución quepa deducir una preferencia del castigo penal sobre el castigo administrativo: es hacer decir a la Constitución cosas que no dice, y que posiblemente es mejor que no diga[40]. Entonces, si considero equivocada la STC 2/2003, ¿es que debe aplicarse, como defiende Caamaño, el criterio cronológico, de modo que la sanción administrativa impide la posterior condena penal? Creo que, conforme a la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, no se puede hacer padecer al ciudadano una doble sanción, de manera que la sanción administrativa (mal) impuesta prevalece sobre la penal, e impide, efectivamente, que el juez penal pueda condenar[41].

Como he señalado en otro lugar (Beltrán – Puerta 2004 : 392), la solución sólo la puede dar el legislador[42]. Será posiblemente mejor que la que se deriva de la STC 2/2003.

En realidad, después de esta STC 2/2003 y de otra jurisprudencia constitucional, cabe preguntarse si el principio *ne bis in idem* está en realidad en la CE y en el ordenamiento. Primero, porque no aparece en la CE. No es inverosímil pensar que si los constituyentes hubiesen querido prohibir el doble castigo, lo hubiesen dicho expresamente (de hecho, como ya hemos visto, el anclaje constitucional del principio es muy discutido). Segundo, porque existen bastantes supuestos (llámense relaciones de especial sujeción o no) en los que hay doble castigo. Y tercero, porque la STC 2/2003 ha dicho que el doble castigo, en los casos en que la sanción administrativa se impudo indebida pero anticipadamente, no es inconstitucional.

Hay otros problemas constitucionales – que considero de muy difícil solución - a los que no voy a aludir aquí[43].

4.6 El principio de proporcionalidad

Este principio es de muy reciente elaboración jurisprudencial en España. Y ha sido objeto de mucha literatura, tanto en lo penal como en lo administrativo (en este segundo caso tras su consagración legislativa en la LRJAPyPAC de 1992 – art. 131 - y en su reforma del año 1999). Antes de resumir lo que al respecto se ha dicho, debo precisar que prácticamente toda la jurisprudencia recaída lo ha sido en materia penal, en relación con si una determinada pena era o no proporcionada. No hay, que yo sepa, jurisprudencia sobre si es proporcionada la decisión del legislador de castigar con medidas administrativas o con medidas penales (o de no hacerlo de ninguna manera), ni tampoco sobre si es proporcional, y por tanto constitucional, que el castigo administrativo sea mayor que el penal (por ejemplo, que la multa administrativa pueda superar en cantidad a la multa penal), circunstancia esta que autores como García de Enterría y Fernández Rodríguez, y también Parada, consideran exorbitante y posiblemente inconstitucional (véase un resumen de sus opiniones en Lozano 1997 : 56)[44].

Antes dije, citando a Caamaño y a Prieto, que pese a indicaciones muy confusas (arts. 45 y 46) nada en la Constitución obliga al legislador a proteger penal o administrativamente un determinado valor o “bien jurídico”. Conforme a ello, no habría cortapisas al castigo, o a la falta de castigo. Pero sí las hay, y es posible no estén donde casi todo el mundo dice que están, o sea en la proporcionalidad, sino en otros lugares[45]. Al margen de ello, lo cierto es que si en la Constitución no existen criterios punitivos sobre como ejercer el *ius puniendi*, no hay entonces fundamento para el control de constitucionalidad de la decisión legislativa de incriminar o de no hacerlo. Pero no es así como se entiende modernamente, al haberse acogido con cierta alegría el control de la proporcionalidad de las normas de castigo.

Inicialmente el Tribunal Constitucional acogió con cautela este nuevo criterio. En la STC 65/1986 consideró excesivamente severa la pena de más de dieciséis años de cárcel por malversación de caudales públicos (apropiación de una partida de carne congelada propiedad de un matadero público), pero no por ello la consideró desproporcionada, y le dio

el visto bueno. En la STC 160/1987 pareció hasta casi desentenderse de la cuestión:

> [FJ 6º] "El problema de la proporcionalidad entre pena y delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana [*sic*.], tal como se dijo en el FJ 2° de la STC 65/1986, de 22 de mayo".

Hasta el punto de afirmar que no había en la Constitución un derecho fundamental frente al legislador, y exigible en amparo, a la proporcionalidad de la pena: "No cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito" (STC 65/1986, FJ 3º).

Sin embargo en la STC 59/1990 se anuló una condena penal por delito de desórdenes públicos (en aplicación del código penal de la dictadura del General Franco) porque, al menoscabar los derechos constitucionales de reunión pacífica y de manifestación del art. 21 de la CE, era un castigo "desproporcionado", pero no se formuló ninguna teoría general sobre el control de la proporcionalidad. En la STC 53/1994 tampoco le pareció al Tribunal Constitucional contraria a la proporcionalidad la pena de más de dos años de cárcel por pescar cangrejos en época de veda. La reflexión más interesante está en la STC 55/1996, relativa al delito de negarse a cumplir la prestación social sustitutoria al servicio militar[46]. Entonces se reconoció el amplísimo margen del legislador para diseñar la política criminal, afirmando sin embargo la necesidad de articular sobre él un "control material de constitucionalidad sobre la pena, ya que la legislación penal no es un ámbito exento":

> "El control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC

66/1985 FJ 1º; 19/1988, FJ 8.; 50/1995, FJ 7º), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento" (FJ 8º).

Ello ha sido ratificado en la STC 24/2004 (FJ 5º): "Si así fuera, el recurso a la sanción penal resultaría desproporcionado, en primer lugar, frente a todas aquellas conductas que, constituyendo tenencia de armas prohibidas por estar incluidas en tal concepto en la normativa administrativa, carecieran de potencialidad lesiva para la seguridad ciudadana, pues la imposición de sanciones penales sólo puede considerarse proporcionada, y constitucionalmente legítima, si es necesaria para proteger bienes jurídicos esenciales frente a conductas lesivas o peligrosas para los mismos (principio de lesividad o exigencia de antijuridicidad material). En segundo lugar, también resultaría desproporcionado el establecimiento de sanciones penales cuando el recurso a la sanción administrativa fuera suficiente para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 8º), pues la sanción penal sólo resulta necesaria cuando no existen otras vías de protección alternativas en el ordenamiento jurídico menos restrictivas de derechos y suficientes para obtener la finalidad deseada (principio de *ultima ratio*)".

Adviértase la trascendencia potencial de esta última afirmación: conforme a ella, y a otras más tendentes a limitar la disponibilidad por el legislador del castigo penal[47], la existencia de posibilidades de protección del bien jurídico que sean menos gravosas (se alude expresamente a la sanción administrativa) convierten en inconstitucional el castigo penal. Rectamente entendido, ello convierte en inconstitucionales varias docenas de preceptos del código penal.

La línea de cautela continuó en la STC 161/1997, que recayó sobre el delito de negarse los conductores de vehículos a practicar la prue-

ba de alcoholemia (prueba que, como es sabido, es auto inculpatoria). Prieto (2003 : 291), citando el voto particular discrepante que el magistrado García Manzano formuló a esta sentencia, pone de relieve una llamativa contradicción: la pena por negarse a soplar por el aparado medidor era superior a la que se impone por conducir el vehículo bajo la afectación de bebidas alcohólicas o de drogas.

La excepción a esta jurisprudencia deferente con el legislador fue la STC 136/1999, que en España se hizo famosa porque supuso la puesta en libertad de dirigentes de un partido político de la ultraizquierda nacionalista radical vasca. El Tribunal Constitucional consideró que la pena era demasiado rígida, pues era la misma, y no susceptible de gradación, para un delito tan amplísimo como era el de colaboración con banda armada[48]. Pese a que el Tribunal se esmeró por afirmar que no se apartaba de su doctrina anterior, lo cierto es que sí lo hizo, tanto en su tratamiento de los derechos fundamentales en relación con el castigo penal como en los resultados prácticos de su sentencia.

Como antes apunté, hay muy poca jurisprudencia constitucional sobre la proporcionalidad de sanciones administrativas. La STC 160/1987 despachó la cuestión sin apenas disimulo[49], y la STC 14/1998, relativa a sanciones en materia de caza, tampoco fue excesivamente explícita: al examinar la relativa severidad de las sanciones (retirada de la licencia, o imposibilidad de obtenerla por plazo de uno a tres años) que podían corresponder a infracciones leves, dijo que

> [FJ 10º] “Tampoco la alegación sobre la falta de proporcionalidad de esta sanción puede ser acogida. En efecto, alguno de los comportamientos tipificados por el art. 89.1 de la Ley (así, los contemplados en sus núms. 4, 5, 6, 7, 10, 11, 14, 17, 18, 24 y 25) pueden ocasionar un significativo daño a la riqueza cinegética y a su hábitat, o poner en peligro la seguridad de las personas por lo que se justifica la imposición de una sanción que, por lo demás, no priva de otra cosa que de la posibilidad de realizar una actividad cuyas normas reguladoras se han infringido con resultados perjudiciales para las especies cinegéticas y su entorno, o con intencionalidad o reincidencia”.

El control de la proporcionalidad de las leyes penales es hoy un arma muy poderosa en manos del Tribunal Constitucional. Pero de contornos inciertos. En todo caso, tiene un efecto potencialmente devastador, habida cuenta de los muchos excesos en la cantidad de leyes penales.

4.7 Un problema añadido: ¿qué es una sanción administrativa?

A todo lo hasta aquí explicado hay que añadir algo que, no siendo un principio penal del art. 25.1 de la CE, tiene importantes consecuencias en cuanto a la aplicación del derecho administrativo sancionador. Me refiero a lo que sea, y a lo que no sea, una sanción administrativa.

Recuérdese que en el apartado 4.4, al hablar de la presunción de inocencia, dije que se planteaba el problema de su aplicación a ámbitos no penales o no sancionadores. Recuérdese asimismo que en el apartado 2 puse un ejemplo de cómo la Administración calificó como sanción administrativa una resolución (el cierre de un establecimiento) que no tenía naturaleza sancionadora, por tratarse de una medida de policía tendente al restablecimiento de las cosas a su estado legal. Y es que hay cosas que la Administración hace que pueden ser, o no ser, sanciones administrativas dependiendo de si expresamente así lo dice el legislador. La misma medida (dar por terminada una concesión administrativa, reintegrar la cuantía de una subvención) puede ser tanto una medida de policía (por haber transcurrido el tiempo por el que se otorgó, por constatarse sobrevenidamente que el titular carecía de los requisitos para el otorgamiento, etc.) como una medida sancionadora. Así lo ha advertido el Tribunal Supremo (citado por Casino 2000 : 571): “La vulneración del ordenamiento jurídico puede dar lugar a distintas consecuencias, que pueden clasificarse en dos categorías distintas: a) la imposición de una sanción, si aquella está tipificada como infracción, y b) la restauración del orden jurídico perturbado”. De modo que una misma medida puede ser sancionadora o no. De ahí la a mi juicio muy confusa expresión de “sanciones rescisorias” para referirse a medidas de revocación de situaciones favorables que son sanciones pero que no se distinguen de otras medidas no sancionadoras[50].

La confusión se extiende a la Administración, en el ejemplo relatado por Casino (2000) y transcrito más arriba, e incluso al legislador.

Rebollo (2001 : 162-163) detalla ejemplos de cómo algunas leyes (ambientales, de vivienda, de telecomunicaciones, de puertos) califican como sanción cosas que en realidad no lo son, por tratarse de simples medidas de policía tendentes al restablecimiento de la legalidad[51].

La cuestión tiene importantísimas consecuencias prácticas: ante la misma medida, en un caso (cuando se trate de una sanción) se aplica el arsenal de principios y garantías penales, y en otro caso no. En palabras de Casino: "de ello depende la aplicación, o el distanciamiento, de los principios y garantías vinculados al *ius puniendi* del Estado" (2000 : 569). Y de ello depende – insisto: con un trascendental efecto inmediato – nada menos que la aplicación o no de un procedimiento cuasi jurisdiccional como es el procedimiento administrativo sancionador. En caso de no tratarse de una sanción, la Administración puede y debe adoptar la medida sin trámite de audiencia, alegaciones, prueba, etc.: el cierre del establecimiento es automático, y si el afectado no está conforme, será en el momento de interponer el correspondiente recurso cuando haga valer sus derechos y alegue en su defensa.

¿Existe algún criterio para definir técnicamente, y con precisión, una sanción administrativa? No, no lo hay, con lo que el eje de la cuestión en ocasiones se rompe. Tan es así que hay casos en los que el legislador precisa que medidas que habitualmente se denominan "sanciones rescisorias" no son sanciones, y por tanto la Administración está validamente habilitada para adoptarlas sin sumisión a los principios penales ni al procedimiento especial para las sanciones[52]. En otros casos[53] el legislador ha limitado en exceso el margen de actuación de la Administración, diciendo que la medida que acaso realmente sea la importante (reparar el daño causado al medio ambiente o a los bienes públicos) solo pueda ser exigida como medida aparejada a la sanción, en lugar de directa e independientemente de un expediente sancionador.

Como es natural, el problema que se plantea es la constitucionalidad de estas normas: ¿querrá el Tribunal Constitucional entrar a enjuiciar si el legislador puede válidamente decir que una cosa que parece una sanción administrativa - y que además encaja en la definición de sanción que ha elaborado el propio Tribunal Constitucional - en realidad no es una sanción?[54]

Además de lo que sugiere I. Pemán, algún criterio sí hay para diferenciar las sanciones de las medidas no sancionadoras[55]. Casino (2000 : 571 – 572), y más matizadamente Rebollo (2001 : 155 - 157) apuntan que

> "Las sanciones administrativas son siempre, en cualquier de sus formas, de naturaleza constitutiva y de contenido aflictivo. Instituyen al infractor en una posición jurídica nueva o distinta, y además desfavorable respecto de la que disfrutaba antes de cometer la infracción. Esa nueva situación consiste, típica y principalmente, en la imposición de una obligación de pago y/o en la pérdida de una situación subjetiva favorable constituida por el Derecho administrativo, acordadas en el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora y con un fin punitivo. Por el contrario, las medidas de tipo reparatorio, aun cuando traen causa también de un incumplimiento previo, son simplemente declarativas del régimen jurídico sustantivo de referencia no respetado o incumplido, y su contenido, limitado por ello mismo a restablecer la situación indebidamente alterada, carece de todo contenido aflictivo, sin añadir ni quitar nada a la posición del infractor. Y son por ello también independientes y compatibles, en su caso, con la imposición de la sanción que proceda" (Casino 2000 : 571 – 572).

La diferencia está pues en el fundamento o, para I. Pemán, la "finalidad represora" (2000 : 76). Con la sanción se *castiga* el incumplimiento, y con la medida de policía o rescisoria se pretende *reparar* el incumplimiento (el resultado del incumplimiento): "Las sanciones castigan la perturbación, inflingiendo un mal que no restablece el orden quebrantado por la infracción; las medidas reparatorias la remedian, restituyendo las cosas a su estado anterior" (Casino, 2000 : 572).

Algo ha dicho al respecto el Tribunal Constitucional. La STC 132/2001 partió de una comprensión amplia de las sanciones administrativas, afirmando el carácter sancionador de resoluciones administrativas que, como la enjuiciada en el caso (se trataba de la retirada de una licencia de taxi), contienen un juicio subjetivo de reproche sobre un sujeto concreto. La doctrina más elaborada y de más amplia aplicación – pues alude a lo penal - está en la STC 48/2003 (relativa nada menos que a la disolu-

ción de un partido político). Los recurrentes, que no pertenecían al partido que se pretendía disolver sino que era el Gobierno de una Comunidad Autónoma, alegaban que la disolución era una sanción del poder público, de manera que debían respetarse los principios del *ius puniendi*. El Tribunal Constitucional rechazó esta alegación:

> "Como señalamos en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 3º), y 276/2000, de 26 de noviembre (FJ 4º), para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (en el mismo sentido, ya la STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2º). A lo que ha de añadirse que "hemos negado la existencia de una función retributiva porque las medidas impugnadas tenían la finalidad de constreñir a la 'realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta' (STC 239/1988, FJ 2º), perseguían la 'simple aplicación' del 'ordenamiento por parte de la Administración competente' (STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 4º), o, en fin, tenían como único objetivo 'restablecer la legalidad conculcada' (STC 119/1991, FJ 3)". *No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho*. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo cri-

> minal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente" (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9º. El subrayado es mió).

La conclusión fue que "en el caso de los preceptos recurridos no se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones".

Adviértase como el Tribunal se sitúa en línea con la doctrina que antes he citado, diferenciando lo sancionador de lo no sancionador por la finalidad a que responde (el "sentido retributivo") y por ser constitutivas (creando "un mal añadido"). Ello al margen de que tal criterio sea operativo en todos los casos, y de que los tribunales, o la Administración, en alguna ocasión se confundan y traten la sanción como si no lo fuera, o traten lo no sancionador como si lo fuera (esto último es lo más frecuente).

La doctrina constitucional más reciente está en las SSTC 26/2005 (FJ 5º), que viene a incidir en lo ya dicho, y 126/2005. En la primera, con ocasión de la suspensión por quince días de la concesión de venta de tabaco, se reiteró que "En la suspensión de la concesión acordada concurre la "función represiva, retributiva o de castigo" (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3; 132/2001, de 8 de junio, FJ 3), con restricción de derechos "como consecuencia de un ilícito" (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9), que es, en esencia, la característica destacada por la jurisprudencia de este Tribunal como específica de las sanciones"[56]. La STC 126/2005 se refería a la retirada temporal de la licencia de un establecimiento de hostelería por incumplir las condiciones de la licencia (ruidos, aforo). En este caso la normativa aplicable (art. 38 del Reglamento de Actividades Clasificadas, del año 1961) califica expresamente como sanción la clausura o cese de actividad, diciendo que deberá adoptarse con audiencia de parte. De modo que el Ayuntamiento tramitó varios expedientes sanciona-

dores, que finalizaban en sanción, pero que eran ignorados por el titular del local, dando lugar a una nueva tramitación. Acaso por esta reincidencia y por la inutilidad de las previas sanciones, un expediente de clausura temporal se tramitó sin audiencia ni alegaciones. El Tribunal Constitucional, como no podía ser de otro modo, estimó el recurso y anuló la sanción por vulneración del derecho a la defensa del art. 24.2 de la CE. A este respecto, dos reflexiones. Una, que la Administración (y los órganos jurisdiccionales) estaban por completo sometidos a la obligación de tramitar expediente sancionador contradictorio. Al margen de que pueda tal vez considerarse que ello no resultaría necesario. Y la segunda es que de esta circunstancia (que es cierto que se fundamenta en una norma preconstitucional) parece poder deducirse un criterio respecto de cuando el cierre o clausura de un establecimiento es o no una sanción, criterio por lo demás aquilatado en la doctrina y en la jurisprudencia: “Las actividades clandestinas, es decir, aquellas que carecen de la preceptiva autorización o concesión, constituyen un presupuesto de hecho que habilita a la Administración para adoptar las medidas necesarias a fin de impedir la continuación del uso o actividad. Así, la ausencia o existencia de licencia o autorización, la falta o concurrencia de titulo de una actividad, configura un criterio para calificar la misma medida como sanción o como control de la legalidad” (I. Pemán 2000 : 77). Si no había licencia, el cierre no es una sanción (pues como vengo diciendo no se trata de castigar sino de reponer el estado de cosas a la situación que legalmente le corresponde), pero si existía licencia, entonces en el cierre, por incumplimiento de la misma, prima la componente represiva y sí se trata de una sanción. Al margen de que, como en el caso de los incumplimientos reiterados a que se refería la STC 126/2005, ello impida a la Administración ejercer con inmediatez y efectividad sus potestades de velar por el respeto a la legalidad.

En la jurisprudencia constitucional se pueden rastrear otros pronunciamientos: es sanción la revocación de la licencia de un detective privado (STC 61/1990), así como la expulsión del país de un extranjero (STC 116/1993), pero no es sanción las consecuencias de un ilícito civil (STC 73/1982 – injurias de un cónyuge a otro que desembocaron en separación), la condena al pago de costas judiciales (ATC 171/1986), el corte del suministro de agua (ATC 9/1988), el traslado de un funcionario sometido a disciplina militar (ATC 323/1996), la denegación de una pensión

(136/1988), o la clausura de instalaciones no autorizadas como las maquinas de apuestas o de juego (STC 219/1991)[57]. Hubo dos casos en los cuales la cuestión no estaba tan clara. Las multas coercitivas no son, según el Tribunal Constitucional (STC 239/1988), sanciones, porque no persiguen el castigo de una conducta antijurídica sino que son medidas de autotutela ejecutiva, y como tal las define el art. 99 de la LRJAPyPAC[58].

En cuanto a los recargos tributarios, la cosa es bastante complicada. La STC 164/1995 negó que tuviesen carácter sancionador[59], si bien el Tribunal tuvo mucho cuidado en precisar que estaba hablando de recargos de cuantía relativamente escasa (10%). Pese a todo, la discrepancia puesta de manifiesto el voto particular del magistrado Mendizábal pudo ser síntoma de que la cuestión volvería a plantearse[60]. Y efectivamente así fue. En la STC 276/2000 el Tribunal, haciendo doctrina, dijo una cosa distinta a cuanto había dicho cinco años antes: que los recargos eran sanciones, pues dada su cuantía, la finalidad es represiva y no meramente "coercitiva, disuasoria o de estímulo", como había dicho en 1995 para el recargo del 10%. En este caso se trataba de un recargo nada menos que del 50%. Esta trascendental doctrina se aplicó en seguida. En las SSTC 312/2000 y 25/2001 se otorgó un amparo y se anuló un recargo acudiendo a la siguiente doctrina: "La reciente STC 276/2000, de 16 de noviembre, en la cual se declaró la inconstitucionalidad del art. 61.2 de la Ley General Tributaria, según la redacción que a este precepto le dio la Disposición adicional decimocuarta, apartado 2, de la Ley 18/1991, al establecer un recargo único del 50 por 100 para los ingresos correspondientes a declaraciones liquidaciones o autoliquidaciones realizadas fuera de plazo sin requerimiento previo por parte de la Administración". De manera que (STC 25/2001 FJ 2º)

> "Hemos afirmado en esta Sentencia 276/2000 -a cuya doctrina nos remitimos ahora-, que el recargo del 50 por 100 previsto en el citado precepto legal «en tanto que supone una medida restrictiva de derechos que se aplica en supuestos en los que ha existido una infracción de Ley y desempeña una función de castigo, no puede justificarse constitucionalmente más que como una sanción» (FJ 5). Por ello dejamos establecido que a estos recargos les resultan de aplicación las garantías materiales y procesales que se dedu-

> cen de los arts. 25.1 y 24.2 de la CE. Declaramos, en suma, la inconstitucionalidad de este precepto al comprobar que, si bien era respetuoso con las garantías de certeza que se derivan del principio de legalidad penal, no podía considerarse, sin embargo, acorde con las garantías que se deducen del art. 24.2 de la CE; la norma que lo consagra no sólo no establece expresamente que deba aplicarse respetando estas garantías, sino que, dado su tenor literal, conduce justo a lo contrario, esto es, a su imposición de plano".

Si eso se dijo en la STC 276/2000 (y se aplicó en las SSTC 312/2000 y 25/2001 y para un recargo del 50%), con mayor motivo tenía que decirse también de un recargo aun mayor. La STC 291/2000, relativa a un recargo del 100% para el IVA, también lo consideró sanción[61].

Luego en algunos casos el Tribunal adopta sin mayor dificultad, y sin demasiado esfuerzo argumentativo, una noción relativamente amplia de sanción (como en el caso de la retirada de la licencia de taxi, considerada sanción en la STC 132/2001), y en otros casos la medida de cuya constitucionalidad se dudaba no es calificada de sanción (la disolución de un partido político). Y en otros casos la misma cosa (un recargo por impago o pago tardío de deuda tributaria) es considerado sanción o no, dependiendo de su cuantía. Ello merece dos comentarios finales. El primero, que algunos autores, y mucha jurisprudencia, defienden una reducción del concepto de sanción, de manera que quedan de él excluidas ciertas medidas administrativas gravosas tales como, entre otras, las suspensiones o revocaciones de licencias (ya hemos visto que se suelen denominar "sanciones rescisorias"). Esta comprensión limitada del concepto de sanción (y por tanto, de la reserva de ley sancionadora del art. 25.1 de la CE) fue la que defendió el magistrado Garrido Falla en su voto particular a la STC 132/2001[62]. El segundo, que el criterio empleado, al margen de no ser todo lo claro que resultaría deseable,[63] se fija en algo bastante subjetivo como es la función o finalidad de castigo, que no solamente es interpretable sino que esta sometido a lo que al respecto pueda decir el legislador. Con lo cual, como ya apunté más arriba, el problema puede no resolverse sino desplazarse al control de constitucionalidad de una decisión legislativa no calificando de sanción – con el fin de que el poder publico actúe libre de

las ataduras de las garantías que conlleva el ejercicio del *ius puniendi* – algo que en realidad sí tiene naturaleza sancionadora.

5. Final

Desde 1978 existe en España un Estado de Derecho (que además es democrático y social, pero esto no añade ni quita casi nada para lo que ahora me interesa decir). Existe un poder público limitado, controlado, que respeta y vela por los derechos de los ciudadanos; existe la división de poderes; existe control jurisdiccional del actuar administrativo; los ciudadanos pueden quitar y poner a sus gobernantes, y les exigen cuentas. Y, si uno no se fija demasiado en los resquicios de arbitrariedad, en las demoras en la Administración de Justicia o en la Administración a secas, en las dificultades para que algunos gobernantes rindan cuentas ante los ciudadanos o ante los Tribunales, en la doble justicia (para ricos y para pobres), etc., ese Estado de Derecho funciona en general razonablemente bien. Vamos, hay un freno a la arbitrariedad del poder. Eso es Estado de Derecho.

Pero es que Estado de Derecho es también que las leyes, buenas o malas, se apliquen y se cumplan mientras estén en vigor (y que se apliquen y se cumplan por igual). Estado de Derecho es que las conductas consideradas socialmente nocivas – y como tales tipificadas por la ley – se castiguen. Y que el castigo, cuando llegue, no sea arbitrario.

De la lectura estas páginas se puede deducir que el panorama del derecho administrativo sancionador en España es muy movedizo e inestable. No digo que ello sea necesariamente malo. Solo digo que hay pocas certezas.

Las sentencias constitucionales están llenas de grandes y solemnes declaraciones, y también de no menos llamativas excepciones. En ocasiones el Tribunal Constitucional ha atendido a criterios pragmáticos y muy claramente favorables a la Administración, como por ejemplo cuando en la STC 219/1989 afirmó la constitucionalidad de una sanción colegial a un arquitecto que no tenía ni rango legal ni suficiente predeterminación, utilizando como cierre de la sentencia el siguiente argumento:

> "Lo contrario supondría, y esto es en realidad lo que se sostiene en el recurso, que hasta tanto no se establezca de una manera expresa la correlación entre infracciones y conductas sancionables, *quedarían impunes de responsabilidad administrativa disciplinaria las conductas ilícitas de los colegiados. Y a esta conclusión, que desapoderaría de una de sus funciones esenciales a los Colegios profesionales, no puede llevar el art. 25.1 de la Constitución*" (el subrayado es mío).

Es lo que denomino "realismo", o sea, atender más a la realidad de las necesidades de represión de las conductas nocivas que a los principios jurídicos y a los dogmas[64].

En otros casos no se ha sido tan sensible a las necesidades o a la conveniencia de la represión administrativa ni a la posible "impunidad" de los infractores, como cuando se anulaban multas colegiales a farmacéuticos, o a taxistas. O, ya en lo penal, cuando se anuló nada menos que un artículo del código penal relativo a la colaboración con terroristas. Es lo que se puede denominar "garantismo", y hay quien como Nieto sostiene que es la tendencia dominante[65].

Esta dualidad es la que preside desde sus orígenes, entre otras ramas del Derecho, el Derecho penal moderno (que ha de atender al tiempo a preservar los derechos de los criminales y a permitir al Estado castigarlos). Y esta dualidad es lógica e inevitable en cualquier órgano jurisdiccional. Lo es menos el contraste entre las declaraciones de principios y las excepciones a tales principios, y así lo han puesto de manifiesto, entre otros, Nieto o Hernández. Nieto escribo que "no se sabe si lo esencial es la aplicación de los principios penales, o más bien las matizaciones con la que hay que realizarla" (2002 : 172), y Hernández que el Tribunal Constitucional "pasa sin mayor explicación de una interpretación rigurosa de la reserva de ley a una generosa relativización de este mismo principio en otros ámbitos […], lo cual termina por desfigurar por completo la garantía constitucional" (2005 : 197). Ello provoca además una notable incertidumbre:

> "El resultado es un principio de reserva de ley sancionadora construido con materiales muy frágiles, sometidos a constantes movi-

> mientos sísmicos por parte de una jurisprudencia que resulta enormemente confusa y, en múltiples ocasiones, contradictoria, lo que contribuye muy poco a garantizar la seguridad jurídica que tanto invoca el propio Tribunal Constitucional" (2005 : 198).

Hasta el punto de que en alguna ocasión (STC 61/1990) el propio Tribunal Constitucional ha hecho una advertencia que, si no fuera porque tal cosa es muy improbable, sonaría a autocrítica: "No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo"[66]. La jurisprudencia contencioso-administrativa bastante hace con ir acompasando su quehacer tanto a la gigantesca sobrecarga de trabajo como a las exigencias de la doctrina del Tribunal Constitucional. Esto último no siempre lo consigue, ignorando – acaso conscientemente – la obligatoriedad de interpretar la Constitución conforme a la jurisprudencia constitucional (art. 5.1 de la LOPJ).

Salvo la excepción de Nieto[67], los autores del Derecho administrativo en general no han podido, sabido o querido dar explicaciones de conjunto y sistemáticas. Por su parte, los legisladores estatal y autonómicos permanecen anclados en la creencia de que cuantas más conductas se consideren infracción (o delito), mucho mejor. Como consecuencia de los principios de legalidad y de tipicidad, la regulación de los sectores clásicos (servicios públicos, función pública, propiedades públicas) y de los nuevos (telecomunicaciones, consumo, turismo, etc.) está literalmente llena de largos y complejos listados de tipificaciones de comportamientos infractores, ya sea en las leyes o en los reglamentos. El regulador está constreñido por una jurisprudencia constitucional que le obliga a hacer florituras conceptuales y semánticas a la hora de establecer los regímenes sancionadores, y en muchas deja algún cabo suelto (por exceso en la descripción normativa o por defecto en ella), y por él se escapan los infractores más espabilados.

De la Administración ya dije algo en el apartado 2, y no lo voy a repetir ahora: baste con señalar que es el protagonista de la película, al que se exige que haga a la vez de bueno y de malo. Que respete las garantías constitucionales (casi todas ellas pensadas en la Constitución para el mundo jurisdiccional) y se comporte casi como un juez, pero que también persiga y castigue al infractor (que le acuse y que instruya un pro-

cedimiento administrativo muy parecido al proceso penal), y se comporte como un fiscal implacable. Pero es un protagonista al que en muchas ocasiones no se le ha preparado suficientemente para el papel estelar, y no se le da para ello medios humanos, económicos, técnico-jurídicos, etc. Y los ciudadanos no nos aclaramos respecto de qué es lo qué queremos, si que nos den mayores garantías frente al ejercicio de la potestad sancionadora (lo cual tendencialmente obstaculiza la persecución y el castigo de los infractores) o si darle a la Administración mayores herramientas y prerrogativas para que efectivamente detecte las infracciones y castigue a los infractores (lo cual tendencialmente conduce a no aplicar tantas garantías cuasi-jurisdiccionales a la hora de imponer sanciones). Los políticos tampoco se aclaran, claro, pues el problema no va con ellos. Ellos ya han cumplido haciendo muchas leyes penales y sancionadoras, colocando a la Administración en una misión prácticamente imposible y a los ciudadanos en la ilegalidad e infracción casi permanente.

El resultado de esta combinación de circunstancias es que el equilibrio entre garantías de las personas, físicas o jurídicas, e instrumentos represivos en manos de la Administración es una incógnita. Ante dos exigencias que miran en sentidos opuestos (la que, buscando la eficacia administrativa en el castigo de las infracciones, diría “búsquense las garantías en el juez, que para eso está”, y la que, partiendo del axioma de la aplicación a lo sancionador de los principios penales, diría “respétense las garantías constitucionales”), yo creo que el legislador no tiene ni ha tenido una política que persiga deliberadamente tal equilibrio sino que va haciendo leyes sin criterio conocido. De manera que el punto de equilibrio, si lo hay, será fruto del descuido, de la casualidad, de la perseverancia de algún juez o tribunal. Y por supuesto, dado que es epistemológicamente imposible determinar qué es la realidad en el Derecho (y en las ciencias sociales en general), cada cual puede encontrar puntos de equilibrio distintos, según se fije en uno u otro sector del ordenamiento administrativo, en la jurisprudencia de uno u otro tribunal (o en sentencias del mismo tribunal), en las solemnes y voluntaristas declaraciones del legislador, en la práctica administrativa, etc. Y así, en el Derecho administrativo sancionador español, una cosa y su contraria pueden perfectamente ser al mismo tiempo ciertas y válidas. Tal axioma se aplica también a estas páginas, claro.

Notas:

[1] No entro ahora en los matices que seguramente pueda haber entre una cosa y otra. Tampoco voy a detenerme en la prohibición de la analogía y de la aplicación *in malam partem* (art. 4.1 del código penal).

[2] Suay (2001 : 20), con referencias a las SSTC 69/1989, 219/1989, 207/1990, 341/1993 o 137/1997.

[3] García de Enterría y Fernández Rodríguez (2004 : 171) señalan que la STC 219/1989 significa que la tipificación consistente en "incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario" ya no es constitucionalmente posible. I. Pemán cita sentencias del TS – particularmente en materia laboral - contrarias a estas cláusulas.

[4] Valencia (2000 : 113), Nieto (2002 : 304). Valencia (2000 : 124) destaca con acierto la jurisprudencia constitucional (SSTC 207/1990, 341/1993, 60/2000) que ha admitido la remisión a normas de rango legal, pero la ha prohibido respecto de reglamentos, dando preferencia a la garantía formal (rango de la norma) sobre la material. En cualquier caso, la remisión tipificadora a normas no sancionadoras fue expresamente admitida en la ya citada STC 219/1989, y las leyes están llenas de ejemplos de tipificaciones por remisión a normas que imponen obligaciones (véase por ejemplo el art. 116 g) de la Ley de Aguas, que considera infracción administrativa "el incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o la omisión de los actos a que obliga").

[5] A este respecto he de decir que, siendo coherente con mi propósito de no abordar cuestiones relativas a la estructura territorial del poder público en España, no voy a aludir aquí al problema – muy serio – que se presenta cuando, por ejemplo, el código penal utiliza una remisión a sectores administrativos (medio ambiente, consumo, vivienda) de competencia autonómica. En lo referente al medio ambiente, la asunción de competencias por las Comunidades Autónomas en materia medioambiental hace que, en realidad y de forma indirecta, estas sean cotitulares de la capacidad de tipificar delitos. También está el problema de cómo reconducir a una cierta coherencia dieciocho legisladores (las Cortes Generales, para el Estado, y la respectiva Asamblea, para cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas) y dieciocho Administraciones (el Estado y diecisiete Comunidades Autónomas). Para ambas cosas puede verse Valencia (2001 : 181 y ss.)

[6] El art. 67.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (reformado por las leyes y) establece que "Serán sancionadas con multa de 94 euros a 1.503 euros la conducción sin la autorización administrativa correspondiente, la circulación sin matrícula o sin las autorizaciones previstas en esta Ley, sin haber solicitado en plazo su propietario o poseedor la transferencia del vehículo a su favor, o con vehículo que incumpla las condiciones técnicas que garantizan la seguridad vial, las infracciones relativas a las normas sobre la Inspección Técnica de Vehículos (ITV), así como las reguladoras de la actividad de los centros de reconocimiento de conductores o de enseñanza de los conocimientos y técnicas necesarios para la conducción y la realización de actividades industriales que afecten de manera directa a la seguridad vial". Vemos que hay varias remisiones a las normas de ITV, de autoescuelas, que constituyen normas sancionadoras en blanco. La última mención a mi juicio no es una norma en blanco sino que es algo más, dado su nivel de abstracción (la "infracción de las normas reguladoras de los centros de enseñanza de los conocimientos y técnicas necesarios para la realización de actividades industriales que afecten de manera

directa a la seguridad vial" no es una tipificación suficientemente precisa y por tanto la considero inconstitucional.

[7] La STC 24/2004 describía así el problema (FJ 4º) "La única cuestión controvertida es, en realidad, si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición, de modo que la norma remitida se limite a completar con carácter instrumental y de forma subordinada a la ley el contenido de la misma, quedando salvaguardada la función de garantía del tipo penal. El órgano judicial entiende que ello no es así, porque el art. 563 del Código Penal, en el inciso cuestionado permite que cualquier arma que la ley ordinaria o el reglamento al que la ley se remite decidieran prohibir pase a integrar el tipo delictivo, por el mero hecho de estar prohibida en la normativa administrativa, sin ninguna otra exigencia adicional que justifique el recurso a la sanción penal".

[8] El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de poner en práctica su doctrina interpretativa. En la STC 51/2005 desestimó una demanda de amparo aplicando sus criterios respecto de la tenencia de armas. Los FJ 4 y 5 son muy esclarecedores de la complejidad y voluntarismo que lleva aparejada la tarea de reconstrucción de un tipo penal por el Tribunal Constitucional.

[9] En relación con los funcionarios públicos el art. 127.3 de la LRJAPyPAC, en su versión de 1999, dice nada menos que las reglas y principios sobre las sanciones no se aplican a las sanciones funcionariales o en materia de contratos: "Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual". En realidad no se quiso decir exactamente eso, pero rectamente entendido, este precepto autoriza al legislador a montar un sistema sancionador en las relaciones de sujeción especial más típicas – el empleo público - en el que no se apliquen ninguno de los principios constitucionales (tipicidad, legalidad, etc.).

[10] Véase por ejemplo la ya citada STC 26/2005: ante la sanción impuesta al titular de un establecimiento público de venta de tabaco, el Tribunal Constitucional anuló la sanción por falta de cobertura legal (reserva de ley). Sin embargo, los magistrados García Calvo y Rodríguez Zapata discreparon: a su juicio, la sanción no menoscabó el art. 25 de la CE porque se trataba de una relación de sujeción especial, en la que no rige en su totalidad la exigencia de tipificación por ley. A juicio de ambos magistrados, "la titularidad de un establecimiento de expendeduría de tabacos exige la correspondiente concesión, y es pacífico en la doctrina que los concesionarios están sometidos a una relación de sujeción especial. El Tribunal Supremo expresamente lo ha reconocido en relación con los expendedores de tabaco en sentencia de 24 de julio de 2000".

[11] Véase un comentario más favorable en Hernández (2005 : 195). La STC 50/2003 aplicó la doctrina de la STC 132/2001 a una sanción impuesta a productores de vino espumoso por no respetar determinadas exigencias – tiempo de maduración – impuestas por la normativa de denominaciones de origen: "Se advierte que no existe precepto constitucional alguno que de forma explícita o implícita justifique la limitación de derechos constitucionales en la actividad de producción y elaboración en el que se utiliza la denominación de origen —al margen de su carácter intervenido y reglamentado—, ni tampoco al tiempo de la infracción sancionada estaba vigente ley alguna que modulara el disfrute del derecho fundamental para el que se pide el amparo, por lo que, con independencia de la correcta calificación o denominación de la relación jurídica, no se da fundamento alguno para que la infracción por la que se sanciona a la demandante carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 de la CE".

[12] Listados mucho más detallados y complejos que el código penal, lo cual da que pensar. Porque parecería que el principio de tipicidad se exige con mayor rigor para lo sancionador que para lo penal.

[13] Esta cláusula se suele redactar acudiendo a conceptos indeterminados, a normas en blanco, o mediante la remisión a normas no sancionadoras, operaciones todas ellas aceptadas, con restricciones, por la jurisprudencia constitucional. Nieto (2002 : 204 – 205) transcribe muchos ejemplos de cláusulas de cierre de listados infractores. A ellos me remito, bastándome ahora reproducir el art. 90 i) de la ley 22/1988, de Costas, que considera infracción "El incumplimiento total o parcial de otras prohibiciones establecidas en la presente Ley y la omisión de actuaciones que fueren obligatorias conforme a ella".

[14] El derecho penal neerlandés conoce la responsabilidad penal de las empresas. Lo mismo que, desde finales del siglo 19, el derecho penal norteamericano. Actualmente en el Derecho europeo está en discusión un proyecto de norma que castiga penalmente a los responsables de vertidos contaminantes, y en él se prevén medidas penales frente a las empresas armadoras o consignatarias de buques.

[15] Véase una crítica de la sentencia en I. Pemán (2000 : 340).

[16] Ya dije antes que no voy a detenerme en analizar todas y cada una de las implicaciones del principio de culpabilidad. Para un estudio en profundidad de los problemas que presenta la teoría del error, o de los tipos de autoría, pueden verse Nieto (2002 : 363 y ss. y 388 y ss.) y la bibliografía allí citada, singularmente De Palma, e I. Pemán (2000 : 408 y ss.).

[17] Bueno, algunos son los mismos que en la culpabilidad: no se entiende del todo como las personas jurídicas pueden ser titulares de la presunción de inocencia, tal y como – sin admitirlo abiertamente – dijo la STC 246/1991, relativa a una sanción a un banco por fallos en sus sistemas de seguridad.

[18] Cada parte soporta la carga de la prueba de los hechos que constituyen el supuesto de la norma que invoca a su favor, lo cual en lo penal (y modernamente en lo sancionador) tiene la consecuencia de la presunción de inocencia.

[19] En efecto, en vía administrativa la Administración dispone de todos los elementos a su favor (tiene que aportar pruebas y también que enjuiciarlas, actuando como fiscal y como juez). La libre valoración de la prueba, enfáticamente afirmada por los Tribunales, no es en realidad tal, pues ¿alguien cree realmente que a la hora de imponer la sanción el órgano administrativo va a mirar de forma igual y ecuánime las actas levantadas por los funcionarios y las alegaciones o pruebas que haya presentado el ciudadano a quien se pretende sancionar? El funcionario encargado de imponer la sanción pensará, y no sin algo de razón, que para buscar ecuanimidad, imparcialidad y garantías están los jueces. En cuanto a la vía judicial, en la práctica será el ciudadano quien, al entablar su recurso contra la sanción, tenga que desvirtuar la presunción de veracidad de lo sostenido por la Administración para imponer la sanción. Es verdad que entonces el ciudadano sancionado podrá alegar que la valoración de su prueba fue incorrecta, y que no se respetó su presunción de inocencia. Pero de momento ya se le ha impuesto la sanción, y es él quien tiene que combatir su legalidad. Esto último explica, me parece a mí, que la jurisprudencia sobre el derecho a ser tenido por inocente sea en realidad jurisprudencia sobre el derecho a proponer y practicar pruebas (es el ciudadano quien, a base de pruebas, acaba teniendo que probar su inocencia, desvirtuando la presunción de que la acusación efectuada – y aplicada – por la Administración es cierta).

[20] Tomo los ejemplos que siguen de Aguado (2001 : 105 y ss.)

[21] Véase también la STC 197/1995 FJ 7º: "El ejercicio del *ius puniendi* del Estado en sus diversas manifestaciones está sometido al juego de la prueba de cargo o incriminatoria de la conducta reprochada y a un procedimiento en el que la persona a la que se le imputa o pueda imputar aquélla pueda ejercer su derecho de defensa, de modo que, también en el procedimiento administrativo sancionador, la carga de la prueba de los hechos constitutivos en la

infracción vincula a la Administración, que concentra las funciones de acusador y decisor, sin que el sujeto pasivo de la actuación sancionadora esté obligado a declarar contra sí mismo". Dice también el Tribunal Supremo que "es doctrina reiterada de este Tribunal que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador garantizando en derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad".

[22] Caamaño (2003 : 202 y ss.) ha denunciado con contundencia la confusión entre la vertiente sustantiva y la vertiente procesal de la presunción de inocencia. En realidad el tenor literal de la ley parece darle la razón, puesto que se refiere al derecho a la presunción de inocencia no en los principios generales de la potestad sancionadora sino en las reglas de procedimiento (art. 137 de la LRJAPyPAC).

[23] Por excepción, la STC 212/1990 dijo que el Tribunal por vía de amparo sí puede entrar a examinar la valoración de la prueba cuando la apreciación (judicial o administrativa) de la misma es arbitraria o carece de conexión lógica con el contenido de las pruebas a que se refiere.

[24] Puede verse una opinión contraria en el voto particular discrepante de los magistrados Gimeno y Mendizábal, que sí pensaban que la tipificación como infracción de la no identificación del conductor atentaba contra el derecho a no declarar contra sí mismo.

[25] La orden de salida obligatoria del país no es en sí una sanción, pero si se incumple la orden, entonces da lugar a expulsión – que sí es una sanción; lo mismo para la denegación de la nacionalidad española. En estos dos casos el Tribunal Supremo ha reconocido el derecho a la presunción de inocencia. Pero no se aplica en casos que a primera vista pueden parecer similares: como diré más adelante, la STC 72/2005 dijo que la denegación a un extranjero de la entrada en España no es una sanción administrativa, y por consiguiente no se le aplica el derecho a ser tenido por inocente.

[26] En palabras del art. 138.3 de la LRJAPyPAC, "La resolución [sancionadora] será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa", lo cual supone que los recursos administrativos que se interpongan contra las sanciones administrativas están excepcionados de la regla general del art. 111 de la LRJAPyPAC (esta regla dice que los recursos no tienen carácter suspensivo). La legislación procesal establece una cautela importante: si en vía administrativa se obtuvo suspensión cautelar de la resolución sancionadora, la petición de suspensión en vía judicial produce automáticamente la suspensión hasta que recaiga sentencia.

[27] Al respecto puede verse alguna jurisprudencia constitucional (SSTC 66/1984, 138/1990, 160/1991).

[28] Hay quien ubica el principio *ne bis in idem* en el principio de legalidad penal y administrativo (art. 25.1 de la CE), y hay quien cuestiona esta idea. Entre aquellos están, entre otros, García de Enterría o García Albero. Por el contrario Arroyo Zapatero, o Huerta Tocildo, defienden que la prohibición de duplicidad está en el art. 9.3 de la CE (también Garberí lo vincula con la seguridad jurídica). Otros (Del Rey, Queralt, Benlloch) lo fundamentan en la proporcionalidad (también el Tribunal Constitucional lo ha hecho en alguna ocasión, por ejemplo en el FJ 3 de la STC 177/1999). Como digo, el Tribunal Constitucional ubicó desde el primer momento el *ne bis in idem* en el art. 25.1 de la CE, por referencia a la legalidad y a la tipicidad (SSTC 2/1981 y 77/1983). Cid (1996 : 163) se limita a decir que los argumentos del TC son "poco sólidos". Por su parte, en una interpretación heterodoxa, Caamaño (2003 : 171-176) sostiene que el *ne bis in idem* no se halla en el art. 25.1 de la CE sino en el art. 17.1 de la CE (derecho a la seguridad personal), y se articula como una garantía más del art. 24.2 de la CE (en tanto que manifestación de la cosa juzgada).

[29] Nieto se pregunta si el *ne bis in idem* quiere decir prohibición de doble enjuiciamiento o prohibición de doble castigo, y, en contra de casi todas las opiniones y de la jurisprudencia, se decanta por lo primero (2002 : 431). Alonso Mas (2005 : 59) se muestra asimismo favorable a este entendimiento como prohibición de doble enjuiciamiento (o tramitación de procesos o expedientes).

[30] Véase la más reciente jurisprudencia en la STC 188/2005 FJ 2º.

[31] El art. 27.3 b) de la ley orgánica 3/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tipifica como falta muy grave "cualquier conducta constitutiva de delito doloso" (sin precisar si el delito debe estar relacionado con la actividad policial). El art. 9.11 de la ley orgánica 11/1991 de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil tipifica como falta muy grave "Haber sido condenado por sentencia firme, en aplicación de disposiciones distintas al Código Penal Militar, por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad o cuando la condena fuera superior a un año de prisión si hubiese sido cometido por imprudencia". El art. 7.1 c) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, de Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, tipifica como falta grave "Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados". El art. 27.3 j) de la ley orgánica 3/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tipificaba como falta muy grave "el haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el periodo de un año", ha sido declarado inconstitucional por la STC 188/2005.

[32] "El bien jurídico se reconstruye a posteriori a la vista de prácticamente cualquier tipo, y en último término puede apelar a la finalidad de aseguramiento de la obligatoriedad de la norma. Pues, como dice Silva, una vez creado un precepto penal, en general ha costado poco definir cuál es el bien jurídico protegido" (Prieto, 2003 : 278). Prieto transcribe una cita de Hassemer que me parece bastante representativa de lo poco útil (cuando no de lo distorsionador) de la noción de bien jurídico elaborada por la dogmática penal: "un concepto general de bien jurídico tan abstracto que no informa en absoluto sobre los objetos de protección en particular […] y queda abandonado a la interpretación" (2003 : 275). De forma similar a lo que opina Prieto, pero por razones no tan técnicas, sino más de principio, hay quien ha abogado por la prohibición constitucional del *bis in idem* en el mundo funcionarial (De Toledo, Huerta Tocildo). La recién citada STC 188/2005 ha considerado que castigar como falta muy grave la comisión de tres o más faltas graves es inconstitucional, pues existe identidad de fundamento o bien jurídico (el magistrado García Calvo emitió voto particular discrepante).

[33] En sentido similar Cid (1996 : 164) escribe que "el criterio del bien jurídico deja pendientes aquellos casos en los que la identidad de bienes protegidos es sólo parcial, en los cuales el recurso a otros criterios parecerá necesario".

[34] Existen más ejemplos de duplicidad de sanciones idénticas que sin embargo responderían a intereses distintos, de modo que serían en principio compatibles: la legislación deportiva española prevé la sanción de clausura o cierre del recinto deportivo por cuestiones de orden público (violencia, etc.), para la cual es competente la autoridad policial, y también prevé la misma sanción pero a imponer por la Federación correspondiente, por motivos tanto de alteración grave de la seguridad como por razones de tipo deportivo "normal desarrollo del juego". ¿Son compatibles ambas sanciones?

[35] En sentido contrario, la STC 188/2005 anuló el doble castigo en el ámbito policial consistente en castigar como falta muy grave la comisión de tres o más faltas graves.

[36] Art. 65.1 del RD-leg. 339/1990, de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos y Seguridad Vial (modificado por la Ley 19/2001): "Las acciones u omisiones contrarias a esta Ley o a los

reglamentos que la desarrollan tendrán el carácter de infracciones administrativas y serán sancionadas en los casos, forma y medida que en ella se determinen, a no ser que puedan constituir delitos o faltas tipificadas en las Leyes penales, en cuyo caso la Administración pasará el tanto de culpa al Ministerio Fiscal y proseguirá el procedimiento absteniéndose de dictar resolución mientras la Autoridad Judicial no pronuncie sentencia firme o dicte otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad y sin estar fundada en la inexistencia del hecho".

[37] Art. 7 del REPS: "1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial".

[38] El art. 23 del Real Decreto 33/1986, de Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado establece que "En cualquier momento del procedimiento en que el instructor aprecie que la presunta falta puede ser constitutiva de delito o falta penal, lo pondrá en conocimiento de la autoridad que hubiere ordenado la incoación del expediente para su oportuna comunicación al Ministerio Fiscal. *Ello no será obstáculo para que continúe la tramitación del expediente disciplinario hasta su resolución e imposición de la sanción si procediera*. No obstante, cuando se trate de hechos que pudieran ser constitutivos de algunos de los delitos cometidos por los funcionarios públicos, contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes y de los delitos de los funcionarios públicos, en el ejercicio de sus cargos, tipificados en los títulos II y VII del libro segundo del código penal, deberá suspenderse la tramitación del expediente disciplinario hasta tanto recaiga resolución judicial" (el subrayado es mío).

[39] El artículo 120 de la Ley de Aguas reza como sigue: "Infracciones constitutivas de delito o falta. En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o falta, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción de la autoridad judicial excluirá la imposición de multa administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá continuar el expediente sancionador en base a los hechos que los Tribunales hayan considerado probados". En materia de riesgos en el trabajo existe igualmente un potencial *bis in idem*, y además los tipos administrativo y sancionador son prácticamente idénticos: el art. 48.8 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales tipifica como infracción muy grave "no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores", y el art. 316 del código penal dice que "Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses". El mecanismo de coordinación entre

ambos es el habitual (paralización del expediente y remisión al Fiscal), previsto en el art. 42.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: "No podrán sancionarse los hechos que ya hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. En los casos de concurrencia con el orden jurisdiccional penal será de aplicación lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones de Orden Social, para cuya efectividad la autoridad laboral y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social velarán por el cumplimiento de los deberes de colaboración e información con el Ministerio Fiscal". La remisión a la Ley 8/1988 quiere decir que "En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito, la Administración pasara el tanto de culpa al órgano judicial competente o al ministerio fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que ponga fin al procedimiento".

[40] Caamaño (2003 : 171) lo explica mejor que yo: "No existe razón constitucional alguna que obligue a la preferencia de la jurisdicción penal sobre el procedimiento administrativo sancionador, al menos si se parte del presupuesto, como aquí he hecho, de que la Constitución dispone unas mismas garantías frente al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con independencia de que se manifieste como condena administrativa o como condena penal". Citando a E. Mestre, a Rebollo y a Nieto, Cid (1996 : 165) señala otro inconveniente de la preferencia automática e indiscriminada de la vía penal, diciendo que "en aquellos casos en que las sanciones administrativas, aun perteneciendo a la clase de gravedad mínima, son de mayor gravedad que la condena penal, la preferencia por la vía penal puede suponer, atendiendo a la mayor certeza del procedimiento administrativo, una disminución no justificada de la función preventiva".

[41] Además de lo que apuntó Nieto, que yo sepa sólo defienden la STC 177/1999 frente a la STC 2/2003 Caamaño y Alonso Mas (2005 : 43), pues esta autora considera que la preferencia de la vía penal no puede ser una carga para el imputado, ni puede perjudicarle la ilegalidad cometida por la Administración al no paralizar el expediente.

[42] También opina así Cid (1996 : 165): en caso de duplicidad de tutela, "se impone que el legislador asuma una decisión sobre el tipo de sanciones y garantías con las cuales proteger los bienes".

[43] Me refiero a la duplicidad de castigos no ya penal y administrativo, sino de dos sanciones administrativas impuestas por dos Administraciones igualmente competentes (como en España es el caso de la protección del consumidor, para la que ostentan competencias legislativas y de ejecución tanto el Estado como las Comunidades Autónomas). Algunos *bis in idem* estatal y autonómico no me parece que tengan solución constitucional. Incluso puede que tampoco la tengan algunos supuestos de sanción entre la Administración y entes corporativos (Federaciones deportivas, Colegios Profesionales).

[44] Sí hay jurisprudencia sobre si es proporcionada, y por tanto constitucional, una condena por hurto a un menor de edad (tenía 14 años) consistente en una "medida de internamiento" durante cuatro meses en un centro de menores, cuando las faltas de hurto, cometidas por adultos, tienen en el código penal un castigo de duración menor. O sea: ante el mismo hecho, la medida de seguridad de internamiento prevista para los menores era mayor que la pena de privación de libertad prevista para los adultos en el código penal. En la STC 61/1998, con base en una previa sentencia interpretativa (STC 36/1991), el Tribunal Constitucional anuló la condena por desproporcionada: "Ciertamente no corresponde a este Tribunal valorar las necesidades socioeducativas del menor en cuyo nombre se ha recurrido en amparo, ni, por tanto, imponer su propia valoración a la efectuada por la Magistrada-Juez. Pero sí le compete determinar,

como garante del derecho fundamental a la legalidad penal, si una medida de internamiento de cuatro meses impuesta con ocasión de la comisión de lo que en el Código Penal constituye una falta de hurto frustrado, resulta proporcionada, y si a estos efectos debe tomarse como referencia, no superable, la correspondiente sanción prevista en el Código Penal" (FJ 4).

[45] Siguiendo, y criticando, lo que dijo el Tribunal Constitucional en la STC 55/1996, Prieto (2003 : 293 – 294) señala que "entre derechos fundamentales y conductas delictivas existe algo así como una frontera nítida y precisa: o el sujeto ejerce un derecho en los términos constitucionalmente permitidos, y entonces no puede ser sancionado, o comete un delito, y eso es señal de que no ejerce un derecho".

[46] Hoy en día, curiosamente por obra de un Gobierno de derechas, en España ha desaparecido todo ello (la pena, la prestación, y el servicio militar obligatorio).

[47] Las SSTC 55/1996 y 136/1999 dicen que el control de constitucionalidad, vía proporcionalidad, de las normas penales tiene por objeto "verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho".

[48] Sobre la STC 136/1999 véanse Prieto (2003 : 291 y ss.) y Caamaño (2003 : 90 y ss.). Este afirma que "se vulnera el art. 25.1 de la CE cuando el grado de indeterminación de una norma penal permite subsumir en el tipo conductas muy alejadas de cualquier agresión a los bienes jurídicos pretendidamente protegidos, sin posibilidad de graduar la respuesta punitiva que resulta, por ello mismo, muy desproporcionada" (2003 : 93). Por cierto que para lo administrativo sancionador el Tribunal Constitucional no tiene muy clara esta cuestión. En 1993 pareció exigir criterios de graduación de infracciones y sanciones, bien es verdad que vinculándolos más bien a la seguridad jurídica que al art. 25.1 de la CE (STC 116/1993, FJ 3º: "El art. 29.1 del Decreto 522/1974, incluido en el Título V sobre "Infracciones y sanciones", no sólo no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados por no establecer con claridad criterios para la graduación de las infracciones y las sanciones"). Algo parecido se dijo en la STC 14/1998, diciendo que la existencia de criterios para la graduación de las sanciones prevista en el art. 131.3 de la LRJAPyPAC (intencionalidad, daño producido, reincidencia o reiteración) satisface las exigencias de predeterminación normativa y de certeza derivados de los arts. 9.3 y 25.1 de la CE. La STC 25/2002 va más allá, y anuló una sanción por estar amparada en una norma que no contemplaba la graduación de las sanciones y que por tanto no garantizaba una mínima seguridad jurídica del ciudadano sancionado: [FJ 6º] "Hemos afirmado que la exigencia material absoluta de predeterminación normativa afecta no sólo a la tipificación de las infracciones, sino también a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas (STC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 4; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 3). Con base en este canon, hemos reprobado explícitamente en otros pronunciamientos la técnica utilizada por la Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980, que modificó el art. 93 de la Ley 25/1964, dado que en ella no se establece graduación alguna de las sanciones en función de las infracciones, sino un límite máximo de aquéllas en función del órgano que las impone, dejando a éste un amplísimo margen de apreciación en la fijación del importe de la multa que puede imponer al infractor, a quien no se garantiza mínimamente la seguridad jurídica. Esta técnica legislativa en sí misma infringe directamente el art. 25.1 CE al encomendar por entero a la discrecionalidad judicial o administrativa el esta-

blecimiento de la correspondencia necesaria entre los ilícitos y las sanciones (STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 2), y por ello su aplicación en el presente caso vulneró el derecho a la legalidad sancionadora de la demandante". Pero en otras ocasiones parece sostenerse la tesis contraria: si respecto del delito la no graduación por el legislador de la pena se consideró inconstitucional, en la STC 291/2000 (relativa, como veremos luego, a los recargos tributarios por demora) se dijo literalmente que "el art. 25.1 de la CE no consagra un derecho a la graduación de la sanción" (FJ 11º). Si ello se interpreta literalmente (o sea, que ni la Constitución ni la ley dan derecho a que la Administración module o gradúe la sanción), no hacía falta decirlo pues es por completo evidente. Si lo que se está diciendo es que el art. 25.1 de la CE no da derecho a que el legislador establezca circunstancias que permitan graduar, modular o atenuar la sanción, entonces ello no encaja con lo que en otras ocasiones ha sostenido el propio Tribunal Constitucional.

[49] Se impugnaba, por desproporcionado, el régimen sancionador para los objetores de conciencia al servicio militar que se negaran a cumplir la prestación sustitutoria. El Tribunal Constitucional, tras negar que fueran discriminatorias (las sanciones eran más severas que las que, en muchos casos, se imponían a los funcionarios civiles) dijo que "no se pueden hacer consideraciones sobre la proporcionalidad de las sanciones reglamentarias o disciplinarias - el recurso las omite - que no resultan, en términos generales, desmesuradas, dada la peculiaridad de la prestación".

[50] Los autores que con mayor profundidad han estudiado la cuestión sí emplean, sin embargo, la expresión "sanciones rescisorias": véanse García de Enterría – Fernández Rodríguez (2004 : 172), o Rebollo (2001 : 161 y ss.).

[51] Se dice, entre otras cosas, que obligar al inquilino de una vivienda de propiedad pública a repararla es una sanción, o que lo es también el cierre o clausura de actividades "contaminantes", o también el cierre o clausura "en tanto no se subsanen las anomalías existentes". El ejemplo más "extravagante" (el calificativo es de Rebollo 2001 : 162) es que la Ley de Puertos establece como sanción el pago de los costes de las inspecciones, que no tiene nada de sancionador, pues el someterse o no a inspecciones no es una infracción, y la obligación de pagarla no tiene función represora ni nada parecido.

[52] Véanse los ejemplos en Rebollo (2001 : 155, en nota). La ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos, prevé en su art. 13.6 que "no tendrán carácter de sanción la clausura de plazas de toros o de escuelas taurinas o recintos de entretenimiento con reses bravas que no cuenten con las preceptivas autorizaciones, o la suspensión de su actividad hasta tanto se subsanen los defectos advertidos o se cumplan los requisitos exigidos por razones sanitarias o de seguridad, así como la prohibición o el impedimento de que actúen en los espectáculos taurinos los diestros que carezcan de habilitación reglamentaria". Pero en seguida el art. 18.1 d) sí dice que la clausura hasta un año de escuelas taurinas sí es una sanción. La ley 25/1990, del Medicamento, establece que el cierre de los establecimientos farmacéuticos es una sanción (art. 109.4): "En los supuestos de infracciones muy graves podrá acordarse, por el Consejo de Ministros o por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas a las que corresponda la ejecución de la legislación sobre productos farmacéuticos, el cierre temporal del establecimiento, instalación o servicio por un plazo máximo de cinco años", pero a continuación se encarga de precisar (art. 110.1) que "no tendrán carácter de sanción la clausura y cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las previas autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, o la suspensión de su funcionamiento hasta tanto se subsanen los defectos o se cumplan los requisitos exigidos por razones de sanidad, higiene o seguridad".

[53] Rebollo (2001 : 154) pone ejemplos en materia de aguas o de vías pecuarias.
[54] I. Pemán (2000 : 95 y ss. y 404) se decanta por dar "mayor protagonismo al legislador general" de manera que le ley defina las medidas que tienen carácter sancionador, conforme a dos criterios", que como se aprecia son muy poco útiles: uno sustantivo (la mayor o menor proximidad de la medida al concepto de sanción o a otra categoría, el respeto mayor o menor a las garantías del ciudadano que de ello se deriven) y otro formal (si la medida responde a varias categorías y respeta igualmente los derechos, la elección quedará a criterio del legislador).
[55] Como es natural, el problema no se plantea cuando la medida "rescisoria" no está incluida en el catálogo de sanciones. Sólo hay que buscar un criterio diferenciador cuando, por ejemplo, el cierre del establecimiento esté expresamente calificado como sanción, y también puede la Administración recurrir a él, con carácter general, si el local actúa sin licencia.
[56] Más recientemente el Tribunal Constitucional ha precisado que la denegación de entrada en España a un extranjero no es una sanción administrativa: "La resolución administrativa de la que se trata en este caso carece de naturaleza sancionadora. La denegación de la entrada en España regulada en el art. 24.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (antes de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), es una resolución que se dicta como consecuencia jurídica reglada de la constatación administrativa del incumplimiento de requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional. No concurre en ella la "función represiva, retributiva o de castigo" (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3, y 132/2001, de 8 de junio, FJ 3), propia de las sanciones. Dicha resolución administrativa constata la inexistencia de un derecho por falta de sus requisitos y prohíbe, en consecuencia, su ejercicio, pero no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario "como consecuencia de un ilícito" (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9)" (STC 72/2005 de 4 de abril, FJ 3).
[57] Más detalles y ejemplos en Huerta Tocildo (2001 : 76).
[58] "1. Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, las Administraciones Públicas pueden, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:
a) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre la persona del obligado.
b) Actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente.
c) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.
2. La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas".
[59] En el FJ 4 se dijo que "el recargo no tiene un verdadero sentido sancionatorio porque carece de la finalidad represiva, retributiva o de castigo que, en lo que ahora importa, ha destacado este Tribunal como específica de las sanciones en la STC 239/1988. En efecto, al negar la naturaleza sancionadora de las multas coercitivas (además de señalar su verdadera naturaleza como medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, esto es, como manifestación de la autotutela administrativa) dijimos que carecían de carácter sancionador por cuanto mediante ellas «no se impone una obligación de pago con un fin represivo o retributivo por la realización de una conducta que se considere administrativamente ilícita», «no se castiga una conducta realizada porque sea antijurídica». Y en el caso del recargo del art. 61.2 de la LGT no se aprecia una finalidad represiva o punitiva: en el sistema global de garantías del pago puntual de las deudas tributarias aparecen en primer término las sanciones cuya cuantía supera en mucho el importe de la figura aquí controvertida. Ciertamente, no es este

un argumento definitivo, pero no puede desconocerse su valor indiciario. Si pese al *nomen iuris* utilizado por el legislador la cuantía del recargo alcanzase o se aproximase al importe de las sanciones, podría concluirse que se trataba de una sanción. En sentido opuesto, cabe pensar que la imposición del pago de una suma de dinero cuya cuantía se aleja muy destacadamente, y por debajo, de las multas, no tiene una finalidad represiva, especialmente cuando se trata de una cifra descendente a medida que el tiempo transcurre y que en último término llega a desaparecer -cuando el interés de demora alcanza el 10 por 100 de la deuda tributaria". Mas adelante (FJ 5º) se precisó que "el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento".

[60] I. Pemán (2000 : 95 en nota) considera que "los argumentos del voto particular del magistrado Mendizábal son mucho más claros y convincentes".

[61] Esta sentencia contiene, además, interesantes consideraciones respecto de las reglas procedimentales que han de seguirse para imponer el recargo-sanción (singularmente su notificación al destinatario-infractor).

[62] Dijo el magistrado Garrido Falla que "La doctrina iuspublicista viene distinguiendo, desde el último tercio del siglo 19, entre sanciones administrativas y otras decisiones restrictivas de derechos adoptadas por la Administración en el seno de concretas relaciones jurídico-públicas frente al incumplimiento por el particular de los deberes que le incumben. Se trata en este segundo caso, de declaraciones de caducidad o revocaciones (parciales o totales) de licencias, autorizaciones y concesiones administrativas. Esta distinción elemental entre sanción y revocación o caducidad, ha sufrido el embate de la *vis expansiva* del art. 25.1 de la CE. En efecto, dado que sólo las sanciones administrativas están garantizadas por el derecho fundamental a la legalidad sancionadora, y dado también que sólo en estos casos hay amparo ante el Tribunal Constitucional, no es extraño que éste haya ampliado progresivamente los contornos del concepto de sanción administrativa hasta amparar otras medidas restrictivas impuestas por la Administración. El punto de llegada ha sido un amplísimo concepto de sanción administrativa, desconocido en nuestra tradición jurídica y que no diferencia entre realidades jurídicas notoriamente distintas".

[63] De nuevo en la STC 132/2001 (FJ 3º) se dice que el punto de diferenciación entre lo sancionador y lo no sancionador es la función represiva : "Precisamente la función represiva, retributiva o de castigo es lo que, según hicimos hincapié en la STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3, distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados)". La STC 26/2005 (FJ 5) añade, o parece hacer más hincapié, en el elemento de la comisión de un ilícito: "La "función represiva, retributiva o de castigo" (SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3; 132/2001, de 8 de junio, FJ 3), con restricción de derechos "como consecuencia de un ilícito" (STC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9), que es, en esencia, la característica destacada por la jurisprudencia de este Tribunal como específica de las sanciones".

[64] Lozano (1997), y otros autores, denominan “eficacia” a lo que yo he optado por llamar “realismo”. Pero ambas cosas no coinciden exactamente.
[65] Dice que “la influencia del Derecho penal ha supuesto una exacerbación garantista individual a costa de la marginación de los intereses generales” (2002 : 176).
[66] A este respecto véase lo que decía el magistrado Vicente Conde en su voto particular discrepante a la STC 34/2005: “A mi juicio, o existen límites (y creo que existen), o no. Y si existen deben aplicarse sin forzamientos interpretativos. Lo que creo que daña la *auctoritas* de nuestra doctrina es proclamar una cosa y hacer la contraria”.
[67] Y acaso de algún otro como I. Pemán, pero en un plano muy distinto.

Bibliografía:

- Aguado i Cudolà, Vicenç (2001): “La prueba en el procedimiento administrativo sancionador”, *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, págs. 93 a 114.
- Alonso Mas, María José (2005): *Prevalencia de la vía jurisdiccional penal y prohibición de doble enjuiciamiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Arroyo Jiménez, Luis (2005) : “El régimen sancionador en los mercados de telecomunicaciones”, *Revista de Administración Pública* nº 167, págs. 265 a 297.
- Caamaño Domínguez, Francisco (2003): *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia
- Carro Fernández-Valmayor, José Luis (2004): “Sobre la potestad sancionadora municipal”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 6, págs. 131 a 142
- Casino Rubio, Miguel (2000): “La indebida confusión entre sanciones y otras medidas de policía”, *Revista de la Administración Local y Autonómica* nº 283, págs. 569 y ss.
- Cid Moliné, José (1996): “Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)”, *Revista de Administración Pública* nº 140, págs. 131 a 172.
- Beltrán de Felipe, Miguel – Puerta Seguido, Francisco (2004): “Perplejidades acerca de los vaivenes en la jurisprudencia constitucional sobre el *ne bis in idem* “, *Revista Española de Derecho Constitucional* nº 71, págs. 363 a 393.
- Fernández Valverde, Rafael (2004): “Infracciones y sanciones en materia de prevención de riesgos laborales: principios rectores. Control jurisdiccional”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº 14, págs. 55 a 136.
- Ferreres Comella, Víctor (2002): *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid.
- García de Enterría, Eduardo – Fernández Rodríguez, Tomás-Ramón (2004): *Curso de Derecho administrativo*, vol. 2, 11ª edición.
- Hernández González, Francisco L. (2005): “La reserva de ley en materia sancionadora. Avances, retrocesos y contradicciones en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración Pública* nº 166, págs. 169 a 199.
- Huerta Tocildo, Susana (2000): “Principio de legalidad y normas sancionadoras”, en VV.AA. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, págs. 11 a 75.

- Lozano Cutanda, Blanca (1997): “La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el Derecho administrativo sancionador”, VV.AA. *Las fronteras del Código Penal de 1995 y el Derecho Administrativo sancionador*”, CGPJ, Madrid, págs. 41 a 77.
- Nieto García, Alejandro (2002): *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 3ª edición.
- Peñalver i Cabré, Alex (2005): “Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 7, págs. 173 a 185
- Pemán Gavín, Ignacio (2000): *El sistema sancionador español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, Barcelona.
- Prieto Sanchís, Luis (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- Rebollo Puig, Manuel (2001): “El contenido de las sanciones”, *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, págs. 151 a 205.
- Suay Rincón, José (2001): “El principio de legalidad en materia sancionadora y sus exigencias: una propuesta a partir del estado actual de la cuestión en la jurisprudencia”, *Justicia Administrativa. Número extraordinario: Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador*, págs. 7 y ss.
- Valencia Martín, Germán (2000): “Derecho administrativo sancionador y principio de legalidad”, en VV.AA. *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, págs. 77 a 186.
- Velasco Caballero, Francisco - Díez Sastre, Silvia (2004): “Ordenanzas municipales y reserva de ley sancionadora”, *Cuadernos de Derecho Local* nº 5, págs. 50 a 62
- Zúñiga Rodríguez, Laura (2001): “Relación entre derecho penal y derecho administrativo sancionador. ¿Hacia una ‘administrativización’ del derecho penal o una ‘penalización’ del derecho administrativo sancionador?”, en VV.AA. *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam*, Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, vol. I, págs. 1420 y ss.

LA PROHIBICIÓN DE LOS ESPECTÁCULOS TAURINOS: PROBLEMAS CONSTITUCIONALES*

Gabriel Doménech Pascual
Doctor en Derecho UCH-CEU, Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DISCUTIBLE COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA PROHIBIR LOS ESPECTÁCULOS TAURINOS. 1. La competencia autonómica en materia de sanidad. 2. La competencia autonómica en materia de espectáculos. 3. El respeto de la competencia estatal en materia de fomento de la cultura.—III. EL LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Derechos fundamentales afectados. A) La libertad artística. El toreo como arte. B) Las libertades profesional y de empresa. C) La libertad genérica de actuar. 2. El límite del principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad. 3. El límite de la llamada reserva de Constitución. A) La doctrina de la reserva de Constitución: los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos para proteger otros derechos o bienes de rango constitucional. B) El rango infraconstitucional del bienestar de los animales. C) Crítica de la doctrina de la reserva de Constitución. 4. El límite del principio de proporcionalidad. Utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas prohibitivas. El mayor peso de los derechos fundamentales. 5. La interpretación pro libertate de las indeterminaciones legales. El ejemplo francés.—IV. ADVERTENCIA FINAL.

Resumen

En el contexto de la creciente preocupación social por el bienestar de los animales, varias Comunidades Autónomas han establecido regulaciones que restringen cada vez con mayor intensidad, o que prohíben lisa y llanamente, la celebración de espectáculos taurinos. En el presente trabajo se analiza la licitud constitucional de estas regulaciones, que choca con dos grandes obstáculos. El primero tiene que ver con la distribución de competencias existente entre el Estado y dichas Comunidades. El segundo, el más serio, es el de los

derechos fundamentales afectados (cuando menos, las libertades empresarial, general de actuar y artística). El autor estudia en qué medida las restricciones impuestas a la celebración de estos espectáculos, así como la interpretación que de las mismas han efectuado los Tribunales, respetan la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 de la Constitución española para la regulación de los derechos fundamentales, y en qué medida se ajustan a la reiterada jurisprudencia según la cual las limitaciones a estos derechos deben ser útiles, necesarias y no excesivas para satisfacer un fin constitucionalmente protegido.

I. Introducción

La llamada Fiesta nacional siempre se ha visto acechada por la sombra de la prohibición[1]. El momento de mayor hostilidad se vive durante la Ilustración, cuando Carlos IV promulga la Real Cédula de 10 febrero de 1805, por la que el soberano tiene a bien «prohibir absolutamente en todo el Reyno, sin excepción de la Corte, las fiestas de toros y novillos de muerte; mandando no se admita recurso ni representación sobre este particular; y los que tuvieran concesión perpetua o temporal con destino público de sus productos útil o piadoso, propongan arbitrios equivalentes al mi Consejo, quien me los haga presentes para mi Soberana resolución».

Sin embargo, estas y otras prohibiciones —radicalmente antidemocráticas, no ya sólo porque el entero sistema jurídico lo era, sino además porque vinieron impuestas por unos pocos contra los deseos de la gran mayoría del pueblo— tuvieron escasa efectividad, pues en la práctica las autoridades casi siempre toleraron la celebración de estos espectáculos, arraigados en la realidad social del país con la suficiente profundidad como para sobrevivir a los sucesivos intentos de supresión.

Desde este punto de partida, y tras diversas incidencias que no es oportuno exponer con detalle, se llega paulatinamente a una regulación en la que luce una valoración positiva de la Fiesta. Sirva como botón de muestra la alusión que el artículo 4 de la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades en materia de espectáculos taurinos, hace a la posibilidad de que la Administración del Estado adopte «medidas destinadas a fomentar y pro-

teger las actividades a las que se refiere la presente Ley, en atención a la tradición y vigencia cultural de la fiesta de los toros».

Pues bien, da la impresión de que pudiera estar produciéndose una inflexión en la reglamentación de estos espectáculos. Si durante los últimos doscientos años hemos recorrido el camino que va desde la prohibición al fomento, pasando por la tolerancia[2], hay datos que indican que la tendencia quizás esté comenzando a invertirse. El hipotético punto de inflexión lo marcan las Leyes de protección de los animales dictadas por las Comunidades Autónomas durante los últimos años, cuyos principios, a nadie se le escapa, son esencialmente opuestos a la Fiesta. Por de pronto, en todas ellas los espectáculos taurinos se configuran como una excepción a la regla general que prohíbe utilizar animales en espectáculos en los que se les pudiera ocasionar sufrimientos, con las connotaciones negativas inevitablemente asociadas a toda regulación excepcional.

Ciertamente, la mayoría de estas leyes autonómicas permite las corridas de toros y demás festejos taurinos sin más limitaciones que las previstas en las disposiciones que regulan el desarrollo de estos espectáculos, encaminadas principalmente a salvaguardar el orden público y proteger a los espectadores[3].

Pero no es menos cierto que otras se muestran bastante más restrictivas. La Comunidad de Canarias ha prohibido lisa y llanamente las corridas de toros. El artículo 5 de su Ley 8/1991, de 30 abril, de protección de animales prohíbe «la utilización de animales en peleas, fiestas, espectáculos y otras actividades que conlleven maltrato, crueldad o sufrimiento» (ap. 1), y sólo contempla una excepción para las peleas de gallos, si bien bajo ciertas condiciones: se prohíbe a los menores de 16 años el acceso a las mismas; se exige que «las casas de gallos e instalaciones donde se celebren peleas tengan, por lo menos, un año de antigüedad, en el momento de la entrada en vigor de la presente Ley, salvo las que se construyan en sustitución de aquéllas»; se requiere que dichos lugares sean recintos cerrados (ap. 2), y se veda a las Administraciones Públicas realizar actos que impliquen fomento de estas actividades» (ap. 3). El Preámbulo de la Ley resulta esclarecedor acerca del significado de las restricciones:

«Algunas tradiciones arraigadas en zonas de las islas que involucran tales espectáculos, como son las peleas de gallos, si bien pueden argüirse en su defensa los aspectos tradicionales y aun culturales, es evidente que son tradiciones cruentas e impropias de una sociedad moderna y evolucionada. Por ello, esta Ley propicia su desaparición natural, mediante mecanismos normativos que impiden su expansión, prohibiendo el fomento de estos espectáculos por las Administraciones Públicas, no autorizando nuevas instalaciones, y, especialmente, no favoreciendo la transmisión de estas aficiones a las nuevas generaciones mediante la exigencia de que se desarrolle en locales cerrados y prohibiendo su acceso a los menores de dieciséis años».

Lo que interesa resaltar es que la Ley guarda un silencio muy elocuente respecto de los espectáculos taurinos. Es obvio que la falta de alusión a los mismos no obedece a un olvido, sino a la voluntad inequívoca de prohibirlos en el territorio insular, al quedar comprendidos por la prohibición general de los espectáculos donde se ocasionen sufrimientos a los animales. Esta regulación tiene mucho que ver con el hecho de que estos festejos nunca arraigaron en las Islas, a diferencia de las peleas de gallos, que han venido gozando allí de gran popularidad. Lo que también explica que apenas haya suscitado problemas.

Cataluña y Baleares, por su parte, dejan a los espectáculos taurinos en una situación similar a la prevista por la normativa canaria para las peleas de gallos y por la legislación urbanística para los edificios «fuera de ordenación»[4], sobrevenidamente incompatibles con el ordenamiento jurídico. El legislador los tolera, de momento, pero también «congela» su difusión[5], sujetándolos a requisitos tendentes a impedir su expansión y hacerlos languidecer. La legislación balear exige que las corridas «se celebren en locales denominados plazas de toros, cuya construcción sea de carácter permanente y cuya puesta en funcionamiento sea anterior a la entrada en vigor de esta ley»[6]. La legislación catalana, por su parte, dispone que los festejos populares que no conllevan la muerte del animal (los llamados *corre-bous*) sólo pueden ser autorizados en las fechas y localidades

donde vengan celebrándose tradicionalmente, con lo que la extensión de tales festejos a otros momentos y lugares queda prohibida. Y sólo se permiten las corridas de toros en aquellas localidades en donde, en el momento de entrar en vigor la Ley 3/1988, existiesen plazas construidas para celebrar dicha fiesta, con lo que, *a sensu contrario*, se prohíben en las localidades donde en la fecha referida no existiesen plazas de fábrica[7]. Recientemente, el artículo 6.2 de la Ley 22/2003 ha prohibido además el acceso de los menores de catorce años a las corridas.

Y es posible que la cosa no acabe ahí, pues en noviembre de 2004 *Esquerra Republicana de Catalunya* anunció su intención de promover una reforma legislativa encaminada a suprimir las suertes de varas, de banderillas y de matar, lo que *de facto* equivale a una prohibición absoluta de las corridas de toros. Y en abril de 2005, este grupo parlamentario e *Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa* presentaron sendas proposiciones de ley con este objeto[8]. Como era previsible, estas propuestas han desatado una viva polémica. Hay que tener en cuenta que en Cataluña sí que ha existido una notable y secular afición popular a los toros que todavía no se ha extinguido. Por otro lado, ésta es precisamente la Comunidad Autónoma donde el «movimiento de liberación animal» ha adquirido mayor pujanza. Aunque seguramente el factor determinante tiene que ver con las connotaciones políticas del problema: muchas personas opinan que la prohibición, so pretexto de proteger a los animales, busca en realidad extirpar de la sociedad catalana uno de los elementos definitorios de la esencia de «lo español»; el objetivo de los nacionalistas, principales promotores de la reforma junto a los verdes y un sector de la izquierda, sería nada menos que desespañolizar Cataluña, allanando el terreno para una futura secesión[9]. Éstos, como es natural, se defienden de semejantes acusaciones, afirmando que persiguen simplemente evitar sufrimientos a los bravos rumiantes.

No es mi intención entrar en apasionados debates sobre cuestiones de oportunidad y motivos ocultos. En el presente trabajo pretendo abordar desde una perspectiva estrictamente jurídica y limitada al

Derecho vigente si y en qué medida pueden imponerse esta u otras prohibiciones semejantes. Porque, como es obvio, los poderes públicos ya no pueden actuar despóticamente, como hizo Carlos IV cuando en 1805 prohibió de manera categórica las corridas de toros. Las cosas han cambiado mucho desde entonces. Se supone que hoy vivimos en un Estado democrático de Derecho que propugna la libertad y el pluralismo como valores superiores del ordenamiento jurídico, que protege a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones[10]. Las autoridades podrán dar rienda suelta a sus impulsos prohibicionistas sólo si ello resulta compatible con la Constitución.

II. La discutible competencia de las Comunidades Autónomas para prohibir los espectáculos taurinos

La primera cuestión que se plantea es si las Comunidades Autónomas, al prohibir la llamada Fiesta nacional no están excediéndose de sus competencias e invadiendo las del Estado.

1. La competencia autonómica en materia de sanidad

Cabría preguntarse, si en virtud de las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido sobre sanidad[11], pueden prohibir los festejos taurinos, en la medida en que en ellos se perjudica notablemente la salud de los toros.

Aunque la sanidad animal es la expresión con la que se alude tradicionalmente a la actividad que se ocupa de la salud de los animales, esta última no ha sido para el Derecho sino un instrumento para la consecución de fines muy humanos: la salud de las personas y su patrimonio[12]. Es por ello muy dudoso que las Comunidades autónomas puedan fundar en dicho título competencial la prohibición de las corridas de toros, pues no parece que esta medida vaya a mejorar la salud o la riqueza de los hombres. Desde luego, la conclusión ha de ser negativa a la vista de lo declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1994 (FJ 2): «para que entre en juego el título de sanidad es requisito indispensable que… [la regulación de que se trate relativa a la salud de los animales tenga] incidencia en la salud humana».

2. La competencia autonómica en materia de espectáculos

Todas las Comunidades Autónomas, excepto Galicia, han asumido en sus Estatutos competencias exclusivas en materia de espectáculos, lo que comprende también a los taurinos[13], como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo. Ahora bien, ¿significa ello que las Comunidades autónomas son competentes en exclusiva para regular los espectáculos taurinos, sin que el Estado pueda jugar papel alguno en este terreno?

Ésta es, desde luego, una conclusión difícil de aceptar por quienes, como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, estiman que dichos festejos son «el acontecimiento nacional por excelencia… un elemento constitutivo de nuestra propia y peculiar realidad social tras el cual subyace toda una concepción del mundo que nos es propia, que expresa nuestro privativo modo de ser, de entender y de estar en el mundo, que da cuenta de nosotros mismos, de nuestra singular e irrenunciable identidad en un mundo cada vez más uniforme, de nuestra cultura en el sentido más profundo y más auténtico del término, sin la cual, sencillamente, no seríamos ya nosotros mismos»[14].

Se comprende que quienes así opinan se empeñen en demostrar que corresponde al Estado establecer la ordenación general de la fiesta de los toros. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ve el fundamento de esta competencia en el artículo 46 de la Constitución, que dice que «los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio». En su opinión, sobre el Estado «pesa la responsabilidad del patrimonio cultural en su integridad, patrimonio del que la Fiesta forma parte y del que forma parte, también, lo que constituye su materia prima»: la especie de los toros bravos. «El artículo 46 del texto constitucional vigente reclama… del legislador estatal… una norma... capaz de sentar las bases de la defensa y protección del derecho colectivo “de todos los españoles y pueblos de España” al ejercicio de “sus culturas y tradiciones”» [15].

El argumento no acaba de convencer. Nada indica, ni su tenor literal ni su ubicación ni su espíritu, que el artículo 46 CE haya pretendido dis-

tribuir entre las Administraciones públicas competencias relativas al patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España. De ninguna manera, explícita o implícitamente, se dice aquí que la competencia para regular y proteger dicho patrimonio —piénsese en una tradición de gran interés cultural y artístico arraigada en la vida de uno solo de los pueblos de España, situado en el territorio de una sola Comunidad Autónoma— deba corresponder al Estado. Como reconoce el propio autor, «el mandato que [este] precepto constitucional contiene va dirigido, como otros muchos de la Constitución, a todos los poderes públicos sin distinción, estatales y autonómicos»[16].

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señala a mayor abundamiento que las Comunidades Autónomas no han recabado para sí en sus Estatutos «competencias generales sobre la ordenación de la Fiesta de los Toros», por lo que tales competencias corresponden al Estado en virtud de la cláusula del artículo 149.3 CE, «sin otras excepciones que las de carácter puntual que, en lo que respecta a la policía general de los espectáculos, se recogen con precisión en los Decretos de transferencia, que aquí salvan sin excepción la competencia estatal para la reglamentación de los espectáculos taurinos»[17].

El hecho de que sus Estatutos omitan referirse específica y explícitamente a los espectáculos taurinos no significa que las Comunidades Autónomas sean incompetentes en este ámbito. La razón es bien sencilla: los espectáculos taurinos son, como el sustantivo indica, espectáculos. Este término, interpretado literalmente, abarca los espectáculos de cualquier tipo: deportivos, circenses, operísticos, teatrales, taurinos, etcétera. Resulta absurdo entender que las Comunidades Autónomas carecen de poder para regular estas y otras clases de espectáculos simplemente porque no han sido mencionadas específicamente por los preceptos estatutarios, pues ello significaría que, teniendo competencia para ordenar los espectáculos en general, no la tendrían para reglamentar ninguno de ellos en concreto. Es cierto que no siempre hay que escoger la interpretación literal de las leyes, pero también lo es que para descartarla hace falta una buena razón.

El argumento de los Decretos de transferencia tampoco convence, pues una simple norma reglamentaria no puede alterar las reglas compe-

tenciales establecidas por la Constitución y los Estatutos de Autonomía: «según reiterada doctrina constitucional, las competencias de las Comunidades Autónomas se obtienen y ejercen a través de las reglas integradas en el bloque de la constitucionalidad, cuyas determinaciones no pueden ser alteradas ni constreñidas por las disposiciones de unas normas que, como las de los Reales Decretos de transferencias, no atribuyen ni ordenan competencias»[18].

Más sólido me parece el argumento apuntado por este autor de que la competencia sobre espectáculos no otorga a las Comunidades Autónomas el poder de regular exhaustivamente la fiesta de los toros, sino sólo potestades generales de policía para regular algunos aspectos puntuales y parciales de este fenómeno social[19]. El del espectáculo no es sino uno de los títulos competenciales que confluyen en la Fiesta, junto con los del mantenimiento del orden público, la defensa de los consumidores y usuarios, la sanidad, la ganadería, la legislación fiscal, civil, laboral y de la seguridad social y el fomento de la cultura.

La competencia sobre espectáculos, tal como ha sido entendida tradicionalmente, sólo permite fijar únicamente determinadas condiciones externas, «ambientales», bajo las cuales deben desarrollarse éstos a los solos efectos de proteger la seguridad pública y los legítimos intereses de los espectadores. No hay ningún motivo para pensar que los Estatutos de Autonomía han utilizado el término espectáculos con un significado distinto del que siempre se le ha dado en nuestro Derecho, habilitando a las respectivas Comunidades a regular cualesquiera aspectos de las actividades destinadas a ser contempladas por el público. Los fines públicos de la normativa sobre espectáculos siempre han sido (exclusivamente), los de proteger: la moralidad pública, la vida y la integridad física de quienes participan en el mismo, la tranquilidad de los afectados por el espectáculo y la comodidad de los espectadores[20].

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, han de «incardinarse en la materia “espectáculos” las prescripciones que, velando por el buen orden de los mismos, se encaucen a la protección de las personas y bienes “a través de una intervención administrativa ordinaria —de carácter normal y constante—”... La policía de espectáculos se [caracteriza] por el

hecho de que sus medidas o disposiciones [permiten] el desarrollo ordenado del acontecimiento, según la naturaleza del espectáculo de que se trate»[21].

Pues bien, es claro que al amparo de esta competencia no cabe reglamentar en toda su amplitud el desarrollo de una corrida de toros, ni tampoco el de una obra de teatro, de un número circense o de un combate de boxeo. Y, desde luego, no creo que la prohibición de las suerte de varas, de banderillas y de matar a los astados tienda a favorecer el desarrollo ordenado de la Fiesta, a proteger la vida o la salud de los afectados, ni la comodidad o los derechos de los espectadores.

Desde luego, no constituye una medida adecuada para preservar el orden público o los intereses legítimos de los espectadores; más bien al contrario. Lo único dudoso es si la prohibición puede ampararse en uno de los fines tradicionales de la normativa de espectáculos como es la salvaguarda de la moralidad pública. Pero me inclino por la respuesta negativa. En primer lugar, porque esta concepción de la normativa de espectáculos como instrumento de tutela de la moral pública se halla actualmente en franco declive en una sociedad democrática y pluralista como se supone que es la nuestra[22], hasta el punto de que alguna disposición autonómica la considera «superada»[23]. Dicho carácter pluralista exige una interpretación restrictiva del concepto de moralidad pública, en cuanto que limitativo de la libertad personal, de modo que aquí no cabe incardinar cualesquiera creencias, sino tan sólo aquellas admitidas por la generalidad de los ciudadanos —se trata de la «sensibilidad moral del espectador medio», en palabras de los Tribunales Constitucional y Supremo[24]—, dentro de las cuales no me parece que pueda incluirse la creencia en la inmoralidad de las corridas. En segundo término, la normativa de espectáculos no pretende proteger la sensibilidad moral de cualesquiera ciudadanos en general, sino tan sólo la de los espectadores. Y es obvio que no son los sentimientos morales de las personas adultas asistentes a una corrida de toros los que se quiere salvaguardar prohibiendo las suertes antes citadas.

De todas maneras, resulta plausible entender que los preceptos estatutarios que aluden a la competencia exclusiva sobre espectáculos, interpretados generosamente y conforme con la realidad social del tiempo

en que han de ser aplicados, como prescribe el artículo 3.1 del Código Civil, también autorizan a las Comunidades Autónomas a regular los espectáculos en atención a otros fines públicos distintos de los tradicionales pero considerados legítimos por la comunidad y cuya gestión no ha sido inequívocamente encomendada al Estado por la Constitución. De hecho, prácticamente todas se han considerado competentes para ello, al prohibir por regla general los espectáculos en que se maltrata a los animales, sin que las autoridades estatales hayan discutido en ningún momento estas prohibiciones.

3. El respeto de la competencia estatal en materia de fomento de la cultura

En cualquier caso, el principal problema en este campo es que una prohibición como la promovida por algunas fuerzas políticas catalanas puede perturbar las competencias del Estado.

La competencia autonómica en materia de espectáculos no quita que el Estado también pueda regular diversos aspectos de los festejos taurinos al amparo de sus competencias exclusivas reconocidas por el artículo 149 de la Constitución, como la seguridad pública (art. 149.1.29ª) y el fomento de la cultura (art. 149.2)[25]. Nótese que de acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, varias Administraciones pueden ejercer diversas competencias sobre una misma realidad social o espacio físico, siempre que el ejercicio de la competencia que corresponda a cada una de ellas no interfiera o perturbe el de las atribuidas a las restantes Administraciones[26].

No creo que la prohibición de las corridas de toros obstaculice el ejercicio de la competencia estatal del mantenimiento de la seguridad pública. De un lado, porque el riesgo de que estos espectáculos ocasionen alteraciones del orden público, si bien quizás significativo hace más de cien años, es hoy prácticamente inexistente[27]. De otro, porque la prohibición elimina de raíz dicho peligro y, por lo tanto, antes bien facilita el cumplimiento de las referidas funciones estatales.

Mucho más problemática se presenta la cuestión en el terreno de la cultura. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia constitucional, al

Estado corresponde la «preservación del patrimonio cultural común»[28]. Ciertamente, es muy discutible que en virtud de este título el Estado tenga atribuidas las «competencias generales sobre la ordenación de la Fiesta de los Toros», como defiende FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. Más bien al contrario[29], pues según señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1998[30], la «conexión existente entre la fiesta de los toros y el patrimonio cultural español» permite al Estado ordenar sólo aquellos aspectos de los espectáculos taurinos «mediante los que se persigue el sometimiento de su celebración a reglas técnicas y de arte uniformes que eviten su degradación o impidan que resulte desvirtuada en lo que podríamos considerar sus *aspectos esenciales*». Así, «no parece que la competencia estatal pueda referirse a materias que, aun afectando a ésta, poco tienen que ver con la regulación de aspectos no esenciales a la fiesta taurina, como son los relacionados con su celebración en plazas no estables o su relación con espectáculos tradicionales de índole popular».

Ahora bien, de acuerdo con el criterio sentado en esta misma Sentencia, es evidente que la prohibición de las corridas de toros interfiere de la manera más intensa posible en el ejercicio de la competencia estatal dirigida a conservar esta tradición cultural común a prácticamente todos los pueblos de España, pues sencillamente impide con carácter absoluto dicha conservación. Y es igualmente claro que la prohibición de las suertes de varas, de banderillas y de matar perturba también dicha competencia, al alterar los aspectos esenciales de la Fiesta y desfigurarla hasta hacerla irreconocible.

III. EL LÍMITE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Con todo, el principal obstáculo contra el que chocan las prohibiciones de los espectáculos taurinos son los derechos fundamentales.

1. Derechos fundamentales afectados

A) Las libertades profesional y de empresa

El artículo 35.1 de la Constitución española reconoce la libertad de elegir —e, implícitamente, de ejercer y dejar de ejercer— cualquier activi-

dad profesional u oficio. Y el artículo 38 del mismo texto reconoce la libertad para acometer, sostener, organizar y abandonar cualquier empresa. Los titulares de estos derechos fundamentales serían, pues, muy libres de: *elegir* cualquier tipo de actividad profesional o empresarial; *ejercerla*, determinando sin estorbos la organización, la manera y los medios de su realización; y *abandonarla*[31].

Me parece incuestionable que la prohibición de los espectáculos taurinos restringe de manera muy intensa las libertades empresarial[32] y profesional de un gran número de personas: matadores, banderilleros, picadores, subalternos, empresarios del sector, apoderados, periodistas especializados, ganaderos.

B) La libertad genérica de actuar

Tampoco es dudoso que la prohibición de las corridas de toros restringe la denominada libertad genérica de actuar, es decir, la libertad de llevar a cabo en principio cualesquiera actividades.

El derecho fundamental a actuar libremente no ha sido establecido de manera explícita por la Constitución española, pero como muy bien ha razonado Luis PRIETO SANCHÍS, puede deducirse de varios de sus preceptos, en concreto: de su artículo 1.1, que consagra la libertad como un valor superior del ordenamiento; de su artículo 10.1, que declara que el libre desarrollo de la personalidad constituye uno de los fundamentos del orden político; de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3), que prohíbe que éstos restrinjan la libertad sin una razón justificada; y, por último, de su artículo 16.1, referido a la libertad de conciencia, que permitiría al individuo actuar de forma coherente con sus propias convicciones[33].

C) La libertad artística. El toreo como arte

Más problemática es la cuestión de si el derecho a la creación y a la producción artísticas reconocido explícitamente en el artículo 20.1.b) de la Constitución ampara la celebración de espectáculos taurinos. La respuesta a este interrogante depende, como es obvio, de si el toreo puede ser considerado o no una actividad artística.

Hay quien lo niega rotundamente. Por ejemplo, Jesús MOSTERÍN, prestigioso catedrático de Filosofía de la Ciencia y significado «animalista», estima que «el arte es representación, ficción, y por eso el toreo no es arte»; una corrida de toros no es «arte, puesto que nada hay en ella de ficticio o imaginado». La libertad artística, en consecuencia, sería la libertad de crear ficciones, que nada tendría que ver con la libertad de «torturar y matar de verdad»[34].

No nos parece muy acertada esta definición tan reduccionista, que por de pronto no explica por qué hay abundantes obras elaboradas con «animales de verdad» (periquitos, papagayos, gallinas, caballos, tiburones, perros, vacas, conejos, etcétera) que han sido consideradas artísticas por sus autores, el público y los críticos, llegando incluso a ilustrar manuales universitarios de teoría del arte[35].

La verdad es que no resulta nada fácil definir lo que es el arte, máxime tras un siglo como el XX en el que a las cosas más insospechadas les han colgado dicha etiqueta. Con todo, es justamente esta circunstancia la que nos proporciona una buena pista para encontrar una definición ajustada a nuestras necesidades, que no son otras que precisar el significado del artículo 20.1.b) de la Constitución. Como señala José JIMÉNEZ, la Historia nos ha enseñado que el concepto de arte es sumamente cambiante en el tiempo y el espacio: «Cada época, cada situación específica de cultura, ha entendido como "arte" cosas muy diversas»[36]. Y la Historia, en especial sus últimos cien años, nos ha enseñado igualmente que no hay unos fines, materiales, contenidos, formas, objetos, instrumentos o cánones específicos de la actividad artística, que permitan deslindar *a priori* el arte del no arte. «El arte ha ido adquiriendo un status de plena libertad expresiva: *no hay un "canon" previo, predeterminado, ni puede haberlo*. Los materiales, soportes y temas del arte en ningún caso pueden fijarse previamente desde instancias externas a la propia práctica artística». Por eso —concluye JIMÉNEZ— el «arte es todo aquello a que los hombres llaman arte... *arte es hoy un conjunto de prácticas y actividades humanas completamente abierto*»[37].

Me parece muy significativo que el celebérrimo urinario de Marcel DUCHAMP haya sido señalado en una reciente encuesta realizada entre

más de quinientos expertos como la obra de arte más influyente del siglo XX[38]. En 1917, este genial y polifacético artista francés tuvo la feliz idea de presentar al primer Salón de la *Society of Independent Artists* de Nueva York, de cuyo jurado él mismo formaba parte, la escultura *Fontaine*, que no era otra cosa que un auténtico mingitorio de los utilizados en los lavabos públicos de caballeros firmado con un seudónimo. La obra produjo tal embarazo que fue ocultada en un rincón, para regocijo del autor, que dimitió como acto de protesta y se cuidó mucho de que el asunto trascendiera al público[39]. Interesa resaltar que lo que convirtió a este objeto tan ordinario en una valiosísima obra artística fue simplemente el hecho de que el artista lo eligiera, lo ubicara en un determinado contexto y le atribuyera cierto significado. El mensaje es claro: *anything goes*; cualquier cosa puede ser arte si así lo considera alguien.

Y, a mi juicio, esto es lo que hay que entender por arte a los efectos del artículo 20.1.b) de la Constitución, porque sólo entonces queda garantizada una producción artística verdaderamente libre. Algo es arte si así lo considera su autor. Este derecho fundamental exige que el artista tenga, en principio, plena libertad para elegir los fines, métodos, materiales, soportes y contenidos de su actividad artística. Así ha venido a declararlo el Tribunal Constitucional Federal alemán:

> «*Lo esencial de la acción artística es la libre configuración creativa*, en la cual se plasman intuitivamente por medio de un determinado lenguaje formal las impresiones, experiencias y vivencias del artista. Toda actividad artística es una confluencia de procesos conscientes e inconscientes que no pueden ser descifrados racionalmente. En la creación artística actúan conjuntamente la intuición, la fantasía y la pericia artística; no se trata primariamente de información, sino de expresión, y ciertamente de la más inmediata expresión de la personalidad individual del artista»[40].

> «El significado y la función del derecho fundamental del art. 5.3.I GG es, sobre todo, mantener libres de cualquier injerencia del poder público los procesos, comportamientos y decisiones determinados por consideraciones estéticas y que obedecen a las leyes propias del arte. Si el proceso de creación artística debe poder

desarrollarse libremente, no cabe imponerle al artista el tipo y la manera de tratar la realidad y de configurar los procesos que él experimenta en dicho tratamiento. Sobre la "corrección" de su posición frente a la realidad sólo el artista puede decidir. En esa medida, la garantía de *la libertad artística significa la prohibición de actuar sobre los métodos, contenidos y tendencias de la actividad artística*, especialmente restringiendo el margen de configuración artístico, o de someter ese proceso creativo a reglas vinculantes generales»[41].

En consecuencia, debe entenderse que este derecho fundamental, en principio, permite a los ciudadanos utilizar animales[42] y, en particular, lidiar reses bravas para expresarse artísticamente, para crear de esa manera obras consideradas por ellos arte.

Esta conclusión viene corroborada por las numerosas medallas al mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, que el Gobierno ha concedido a diversos matadores de toros[43], así como por diversas disposiciones legales y reglamentarias que declaran explícitamente que el toreo constituye una actividad artística. El preámbulo de la Orden del Ministerio de la Gobernación de 10 de febrero de 1953, de edad, peso y defensas de las reses, por ejemplo, advierte que «se funden en la llamada fiesta nacional facetas de valor, destreza, riesgo y gracia, que dan elevado rango artístico a lo que sin ellas pudiera ser estimado cruento sacrificio de un noble y bravo animal». Y en el preámbulo del Real Decreto 145/1996, de 2 de febrero, por el que se modifica y da nueva redacción al reglamento de espectáculos taurinos, se nota cómo la lidia del toro bravo «no puede ser objeto de una regulación pormenorizada de todas sus secuencias, al estar sujeta a otro tipo de normas... motivadas por criterios artísticos...». Pero la disposición más clara en este punto es el artículo 6.2 de la Ley cántabra 3/1992, de 18 de marzo, de protección de los animales, que excluye de la prohibición de usar animales en espectáculos y actividades que puedan ocasionarles sufrimiento las fiestas de los toros, pues éstas, «como conjunto de actividades artísticas y culturales, son exponentes de nuestro acervo histórico».

2. El límite del principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad

De acuerdo con una interpretación literal y teleológica de los preceptos constitucionales que reconocen todos estos derechos fundamentales, los ciudadanos gozarían de una libertad absoluta para realizar cualesquiera actividades artísticas, empresariales y profesionales, así como para hacer en general lo que les viniese en gana. Sin embargo, es claro que tales derechos no pueden tener un alcance tan amplio. A nadie se le ocurre decir que la Constitución permite decorar con un *spray* la propiedad ajena o asesinar a una persona para dar realismo a una obra de teatro.

El alcance de los derechos fundamentales que se deduce de aquella interpretación literal y teleológica puede y debe ser reducido, restringido. El Estado puede limitar estos derechos, que no son absolutos. Ahora bien, las limitaciones deben respetar ciertas garantías para ser compatibles con la Constitución[44].

La primera de estas garantías es el respeto del principio de legalidad. De acuerdo con una consolidada jurisprudencia, «el principio general de libertad que consagra la Constitución española en sus artículos 1.1 y 10.1 autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la Ley no prohíba, o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones determinadas»[45]. Y el artículo 53.1 de la norma suprema establece que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos reconocidos en su Título I, en el que están ubicadas desde luego las libertades artística, profesional y de empresa.

El Tribunal Constitucional ha declarado en numerosas ocasiones que el principio de legalidad establecido en este artículo 53.1 comprende dos garantías: la primera consiste en que los derechos fundamentales no pueden ser regulados o limitados sino en virtud de una norma con rango de ley. Ello no excluye que la Administración pueda colaborar en la regulación de las materias reservadas a través de reglamentos, pero siempre que el legislador se lo permita expresamente y que en la ley se regulen directamente los aspectos esenciales de la materia reservada. No cabe, pues, que el legislador efectúe una remisión en blanco al reglamento[46].

La segunda garantía consiste en que dichas limitaciones deben estar predeterminadas normativamente en términos lo suficientemente precisos como para resultar previsibles. Con ello se trata, por un lado, de proporcionar seguridad jurídica a los ciudadanos, al permitirles prever razonablemente cuál es el alcance de sus derechos[47], y, por otro, de eliminar o reducir en lo posible el margen de discrecionalidad de que disponen las autoridades competentes encargadas de precisar dicho alcance en el caso concreto, lo que disminuye el riesgo de que tales derechos sufran restricciones arbitrarias o desmesuradas[48].

Así las cosas, cualquier limitación de la libertad para llevar a cabo actividades taurinas, en la medida en que resultan afectados los derechos fundamentales antes estudiados, deberá ser establecida por norma de rango de ley y estar predeterminada normativamente con el suficiente grado de detalle como para resultar previsible para los ciudadanos afectados[49].

La aplicación del principio de legalidad en este ámbito tiene consecuencias prácticas nada desdeñables. El principio implica, por de pronto, que ni los Ayuntamientos ni otras Administraciones públicas pueden prohibir o constreñir la celebración de espectáculos taurinos si no cuentan con una previa norma legal que les autorice a ello. Se comprende, pues, que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de diciembre de 2003[50] declarara nulo de pleno derecho un acuerdo del Ayuntamiento de Olot (Gerona) por el que se había resuelto «autorizar nada más aquellos espectáculos taurinos cuyo desarrollo no comporte agresión física de clase alguna para los animales».

Y es probable que si los Tribunales hubiesen tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, la misma suerte hubiesen corrido los Decretos de la Generalidad de Cataluña 332/1998, de 24 de diciembre, y 385/2000, de 5 de diciembre, que prohibían a los niños y adolescentes menores de catorce años la entrada a las corridas de toros y obligaban a los empresarios a tomar diversas medidas para hacer efectiva esta prohibición.

La Generalitat aducía para establecer dicha regulación los artículos 39 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de atención y protección de niños y

adolescentes, y 18.2 de la Ley 10/1990, de 15 de junio, sobre policía de espectáculos, actividades recreativas y establecimientos públicos. El primero de estos preceptos decía que «el Gobierno de la Generalidad puede regular por reglamento la calificación de los espectáculos, actividades recreativas y, en general, establecimientos públicos a los efectos de velar por el pleno respeto de los derechos de los niños y los adolescentes. También debe establecerse por vía reglamentaria el acceso de niños y adolescentes a combates de boxeo y corridas de toros». El segundo disponía que «por decreto del Gobierno de la Generalidad, a propuesta del Consejero de Gobernación, se podrán regular prohibiciones con el objetivo de proteger a la infancia y a la juventud, siempre que no signifiquen una limitación de los derechos proclamados por el artículo 20 de la Constitución».

No nos parece que ninguna de estas disposiciones proporcionase la cobertura legal constitucionalmente exigible. El artículo 39 de la Ley 8/1995 dice que la Administración establecerá el acceso de los niños y adolescentes a las corridas de toros, pero no contempla la posibilidad de prohibir dicho acceso. Y resultaría contrario a los mandatos de la reserva de ley entender que el legislador ha otorgado un cheque en blanco a la Administración para que ésta decida si prohíbe o permite a los menores la entrada a los espectáculos taurinos, es decir, para que adopte en este ámbito una trascendental decisión que afecta además al derecho fundamental de los padres a que sus hijos reciban una formación acorde con sus convicciones (art. 27.5 CE). El artículo 18.2 de la Ley 10/1990, por su parte, excluye las prohibiciones que impliquen una limitación de cualquiera de los derechos contenidos en el artículo 20 de la Constitución, que es precisamente lo que aquí ocurre, pues impedir el acceso del público a una obra de arte taurina constituye indudablemente una limitación de la libertad artística reconocida en el apartado 1.b) de este precepto constitucional.

De todas maneras, la cuestión acerca de la ilegalidad de aquellas disposiciones reglamentarias ha perdido importancia práctica desde el momento en que la prohibición de acceso impuesta a los menores de catorce años se contiene en el artículo 6.2.a) de la vigente Ley catalana 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales.

Igualmente contraria a la Constitución nos parece el artículo art. 4.2.a) de la Ley madrileña 1/1990, de 1 de febrero, de protección de los animales domésticos, en la medida en que subordina la celebración de corridas de toros en fechas y localidades distintas de aquellas donde tradicionalmente se celebran a una autorización previa de las autoridades administrativas y al cumplimiento de las condiciones que reglamentariamente se establezcan, sin indicar cuáles serán esas condiciones ni qué criterios debe seguir la Administración para otorgar o denegar la autorización. El legislador no puede otorgar un cheque en blanco a las autoridades gubernamentales para que éstas decidan autorizar o prohibir los espectáculos taurinos. La ley debe predeterminar, cuando menos, los criterios generales a los que debe ajustarse la decisión administrativa.

3. El límite de la llamada reserva de Constitución

A) La doctrina de la reserva de Constitución: los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos para proteger otros derechos o bienes de rango constitucional

Otro obstáculo contra el que topa la prohibición de las corridas de toros es la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional español según la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser limitados para salvaguardar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Es decir, no basta que la limitación persiga una fin simplemente compatible con la Constitución; ha de estar reconocido, garantizado, por ella; ha de tener rango constitucional[51].

Esta jurisprudencia se erige en un serio obstáculo para la prohibición de las corridas de toros por la sencilla razón de que el bienestar animal, objetivo declarado de esta medida restrictiva de la libertad, no constituye un bien constitucionalmente protegido. No es posible encontrar un precepto de nuestra Constitución que le otorgue el supremo rango requerido.

Aunque, como todo el mundo sabe, en Derecho hay abogados hasta para las causas más peregrinas, dispuestos siempre a realizar las acrobacias interpretativas más osadas.

B) El rango infraconstitucional del bienestar de los animales

Algunos han sostenido que la protección de los animales goza de rango constitucional debido a que éstos forman parte de los recursos naturales, del medio ambiente cuya conservación ordena el artículo 45 de la Constitución española[52].

Pero esta conclusión debe ser rechazada, porque la Constitución ordena la defensa del medio ambiente desde una perspectiva antropocéntrica. No protege la naturaleza, ni cada uno de los elementos minerales, vegetales y animales que la componen, en aras del bienestar o de un supuesto interés propio de aquélla o de éstos, sino sólo en la medida en que dicha protección sirve en última instancia a la supervivencia y a la calidad de vida de las personas. Así lo indica diáfanamente el texto constitucional cuando dispone que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona» (art. 45.1) y vincula la utilización racional de los recursos naturales al fin de proteger y mejorar la calidad de la vida (art. 45.2). Y así lo han certificado el Tribunal Constitucional y la doctrina: el concepto constitucional del medio ambiente es «esencialmente antropocéntrico»[53]. Por esta razón se ha dicho que «un asunto que nada tiene que ver con la protección ambiental, en sentido estricto, es la legislación que trata de prevenir los sufrimientos de los animales domésticos y de los destinados al consumo humano. Es evidente que ello responde a nobles sentimientos que manifiestan un nivel de desarrollo civilizatorio elevado. Pero es igualmente palmario que el mantenimiento de los parámetros de la biosfera, objeto principal del Derecho ambiental, nada tiene que ver con este tipo de normativas»[54]. Y es que los sufrimientos infligidos a un toro durante la lidia o a un ratón en el curso de un experimento científico no perjudican en absoluto la salvaguarda y mejora de las circunstancias que hacen posible la supervivencia y la calidad de vida de los hombres. Es más, a primera vista parece incuestionable que la Fiesta nacional, al hacer económicamente rentable la cría de reses bravas, ha contribuido decisivamente a conservar esta especie y los espacios naturales donde aquéllas pacen.

Apoyándose en la vieja idea de que maltratar a los animales produce en los hombres una predisposición a maltratar a sus semejantes se ha

defendido que el Estado está constitucionalmente obligado a proteger a los animales a fin de cumplir de esta manera su deber de protección del derecho fundamental a la vida y a la integridad física humanas[55]. El argumento ha sido utilizado más de una vez en el centenario debate sobre la prohibición de los festejos taurinos[56]. Sin ir más lejos, en la exposición de motivos de la prohibicionista proposición de Ley recientemente presentada por *Esquerra Republicana de Catalunya* se afirma la existencia de «*estudis que indiquen que la violència cap als animals té molt sovint una relació directa amb altres formes de violència cap als membres de la societat percebuts com a més dèbils pels agressors, com puguin ser les dones, els infants, la gent gran o les persones immigrades*»[57]. No obstante, la tesis de que el uso de animales en el ejercicio de libertades públicas como la científica, la religiosa, la artística o la de empresa propicia el maltrato a los hombres constituye una suposición muy discutible que, desde luego, no está corroborada empíricamente[58]. Tal vez sea cierto que atormentar durante la infancia a los animales aumenta la probabilidad de cometer luego determinados delitos[59]. Pero resulta verdaderamente atrevido afirmar que los aficionados a los toros y quienes se sirven de animales para realizar experimentos científicos (¡algunos de ellos exigidos por el ordenamiento jurídico!), acatar los imperativos de su religión, crear obras de arte y desarrollar empresas son especialmente propensos a tratar de manera violenta a mujeres, niños, ancianos e inmigrantes.

Se ha sostenido que el Estado debe proteger a los animales, limitando, por ejemplo, su empleo en la experimentación científica, porque muchas personas sufren en su salud al saber que se maltrata a estas criaturas[60]. Pero esa solución es muy cuestionable, entre otras razones, porque conduce directamente a vaciar de sentido la doctrina del Tribunal Constitucional referida, pues cualquier bien tendría rango constitucional por el mero hecho de que una sola persona padeciese por la integridad del mismo.

C) Crítica de la doctrina de la reserva de Constitución

Así las cosas, habría que tachar de inconstitucional la prohibición de las corridas de toros postulada por algunas fuerzas políticas. Los aficionados podrían dormir algo más tranquilos.

He de decir, sin embargo, que no comparto la premisa mayor de este razonamiento. En mi opinión, y en la de otros autores mucho más autorizados que yo, sí cabe restringir los derechos fundamentales para satisfacer fines no protegidos, aunque tampoco proscritos, por la Constitución, como creo es el caso del bienestar animal[61]. Les expongo los argumentos.

Por de pronto, hay que notar que esta jurisprudencia no es fruto de una reflexión detenida que el Tribunal Constitucional se haya visto en la necesidad de llevar a cabo para resolver de la manera más justa posible un problema real sometido a su juicio. Siempre que ha deslizado en sus sentencias esa doctrina lo ha hecho de modo completamente incidental e innecesario, sin que la misma fuese decisiva para resolver los casos planteados. Ni una resolución hemos encontrado en que haya declarado ilícita una limitación de un derecho fundamental por perseguir un fin carente de rango constitucional. ¿Y por qué afirma este órgano jurisdiccional una doctrina que bien se podía haber ahorrado? Pues no lo sé, pero quizás haya influido el característico tono didáctico que luce en muchas de sus sentencias, así como el mimetismo jurídico al que tanta afición hay en España[62], sobre todo entre el profesorado universitario, del que se nutre la mayoría del Tribunal Constitucional, pues aquí éste ha importado acrítica y gratuitamente lo dicho por su homólogo alemán, por cierto, de manera igualmente gratuita.

Se ha visto el fundamento de esta doctrina en el llamado «principio de unidad de la Constitución», que impone que los preceptos de la norma suprema deben ser objeto de una «interpretación sistemática y global»[63]. Es cierto que los preceptos que reconocen derechos fundamentales deben ser interpretados no aislada, sino sistemáticamente, de manera que habrá que reducir su alcance —aparentemente ilimitado con arreglo a su aislado tenor literal— para cohonestar su vigencia con la de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La libertad de información, por ejemplo, debe ser limitada para salvaguardar el honor. Ahora bien, de ello no se sigue inexorablemente que los derechos fundamentales *sólo* puedan ser limitados en aras de otros bienes de rango constitucional. El que la norma suprema constituya una unidad no implica necesariamente que se trate de una unidad absolutamente cerrada e impermeable, incapaz de ceder un

ápice para posibilitar la atención de intereses no enunciados en ella pero valiosos según el legislador democrático.

Se ha esgrimido también el principio de jerarquía: un bien de rango constitucional no puede sufrir un menoscabo para proteger uno inferior, simplemente legal. Sin embargo, tampoco creemos que la incuestionable supremacía de la Constitución sobre la ley imponga ineluctablemente esa conclusión. Este principio exige que la Constitución tenga mayor fuerza de obligar que las leyes en caso de contradicción, pero no que esa superioridad deba ser infinita. Es decir, cuando se presentan conflictos entre bienes constitucionales e infraconstitucionales, habrá que atribuir a los primeros un peso mayor, pero no necesariamente absolutamente superior; habrá que resolver la mayoría de los conflictos a favor de aquéllos, pero no necesariamente todos los conflictos.

Es más, afirmar la superioridad jerárquica absoluta de la Constitución —o lo que es lo mismo, la reserva de Constitución— contribuye paradójicamente a debilitar su superioridad efectiva. La Constitución española protege mediante abundantes cláusulas generales casi cualquier fin que pueda considerarse socialmente valioso, lo que hace que aquella doctrina carezca normalmente de relevancia práctica, dada la facilidad de hallar un respaldo constitucional para casi todos los objetivos perseguidos por el legislador. Pero cuando a pesar de todo no es posible encontrar un respaldo tal, las consecuencias de aplicar dicha teoría serán devastadoras para la correspondiente regulación legislativa, que incurrirá en inconstitucionalidad en cuanto afecte negativamente, siquiera de manera leve, a cualquiera de los abundantes derechos, valores, bienes o intereses protegidos por la norma suprema.

Habida cuenta de que el legislador representa a la mayoría de los ciudadanos, se comprende que un buen número de ellos pueda considerar inaceptable este demoledor resultado. Se entiende, asimismo, que intenten eludirlo interpretando laxamente la Constitución al efecto de encontrar en ella, no importa cómo, la consagración del fin perseguido por la ley. Esta laxitud interpretativa puede eliminar por completo la ya de por sí escasa relevancia de la teoría y, lo que es mucho más peligroso, borrar las diferencias jerárquicas existentes entre los bienes protegidos por el ordenamiento jurídico. Todos tendrían idéntico rango constitucional y, por lo tanto, ninguno de ellos gozaría del mismo.

En mi opinión, lo más conforme con el principio democrático, el pluralismo político y la función integradora de la Constitución es que sí pueda restringirse un derecho fundamental en aras de un fin de rango infraconstitucional.

En efecto, la doctrina que criticamos veda al legislador democrático, representante de la mayoría de los ciudadanos, atender algunos intereses compatibles con la norma suprema y considerados por él dignos de protección. Esa mayoría se encontrará con la desagradable sorpresa de que se le niega cualquier tipo de protección jurídica para algunas de sus necesidades, aspiraciones o convicciones simplemente porque el constituyente no las ha mencionado. Todas ellas, así como las razones ofrecidas para sustentarlas, deberán ser completamente desatendidas, despreciadas. No podrán ser tenidas en cuenta, ponderadas, en cuanto entren en conflicto con cualquiera de los derechos y bienes garantizados constitucionalmente. Lo que equivale prácticamente a considerarlas proscritas, dado el gran número y vastísimo alcance de estos bienes.

Esta doctrina no es, pues, la más conforme con el valor del pluralismo proclamado en el artículo 1.1 de la Constitución, ya que reduce las opciones políticas e ideológicas a las que se reconoce la posibilidad de competir democráticamente con otras rivales y obtener protección jurídica en caso de contar con el respaldo de la mayoría de los ciudadanos.

De esa manera se menoscaba también una de las funciones más importantes que debe cumplir la Constitución: la de integrar en una unidad política la pluralidad de intereses, aspiraciones y conductas existentes en la sociedad; la de establecer los cauces adecuados para que los inevitables conflictos y tensiones generados por esa pluralidad puedan resolverse pacíficamente con el menor coste social posible. Lo consecuente con esta función, como advierte HESSE, es dar preferencia a aquellas interpretaciones de la Constitución que tiendan a reforzar su eficacia integradora[64].

De acuerdo con este criterio, la interpretación que criticamos debería rechazarse, por cuanto excluye del proceso integrador, pacífico y democrático de resolución de conflictos a determinados intereses y convicciones ideológicas. Es una interpretación que genera marginados, pros-

critos, que puede propiciar un aumento de la tensión social y acabar poniendo en peligro la convivencia pacífica. Se corre el riesgo de que algunos de los muchos ciudadanos que ven cómo les cierran las vías democráticas de defensa de sus ideas no se resignen y decidan seguir otros caminos.

Podría replicarse que a estos ciudadanos siempre les queda la posibilidad democrática de modificar la Constitución. Pero la realidad es que ésta es una puerta prácticamente imposible de abrir en nuestro país, principalmente porque aquí existe un verdadero «horror» a cambiar un texto que se considera poco menos que sagrado[65]. Los alemanes sí que reformaron su Ley Fundamental para salvar el obstáculo que la jurisprudencia que estamos criticando suponía para la protección del bienestar animal[66]. Pero es que esa norma, en poco más de medio siglo de vigencia, ha experimentado cincuenta y una reformas, algunas muy sustanciales[67], mientras que la española, en la mitad de tiempo, sólo se ha visto alterada por el añadido de dos palabras («y pasivo»), y sólo porque así lo exigía el proceso de integración europea[68].

El bienestar de los animales, en concreto, nos parece un fin legítimo a estos efectos siempre que así lo decida el legislador. En primer lugar, por las razones democráticas que acabamos de exponer. En segundo término, porque —nos atrevemos a decir— una amplia y creciente mayoría de la sociedad española cree en la existencia de un imperativo moral que obliga *prima facie* a ahorrar determinados sufrimientos a ciertos animales. Y, en tercer lugar, porque si queremos seguir estando en la Unión Europea deberemos cumplir la normativa comunitaria que garantiza un cierto estándar de protección animal, para lo cual no hay más remedio que limitar algunos derechos fundamentales. Nótese que la futura Constitución europea establece que la Unión y los Estados miembros, cuando definan y ejecuten sus políticas en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación, el desarrollo tecnológico y el espacio, «tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles», si bien también deja sentado que aquéllos «respetarán las disposiciones legales o administrativas y los usos de los Estados miembros, en particular por lo que respecta a los ritos religiosos, las tradiciones culturales y los patrimonios regionales» (art. III-121).

4. El límite del principio de proporcionalidad. Utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas prohibitivas. El mayor peso de los derechos fundamentales

Pero la legitimidad del fin no basta. Hace falta también que los medios sean proporcionados. De acuerdo con una jurisprudencia constitucional totalmente consolidada, cualquier medida que restrinja un derecho fundamental debe ser *útil* para satisfacer la correspondiente finalidad legítima, *necesaria*, de modo que constituya la medida menos restrictiva de entre todas las útiles y, por último, *proporcionada en sentido estricto*, de manera que sus beneficios superen a sus costes.

Para efectuar este juicio de proporcionalidad, habrá que ponderar el peso de cada uno de los intereses en juego. Como es obvio, aquí habrá que atribuir un peso relativo en principio mucho mayor a los de rango constitucional, especialmente a los derechos fundamentales, que a los carentes del mismo. Y los Tribunales deberán reconocer —de hecho reconocen— al legislador democrático un amplio margen de discrecionalidad para efectuar estas ponderaciones y llegar a una solución equilibrada. Sólo cuando la limitación del correspondiente derecho fundamental resulte evidentemente desproporcionada —en opinión de los órganos jurisdiccionales— podrán éstos considerarla inconstitucional.

Así, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 20 de octubre de 1998[69], ha tenido la oportunidad de considerar lícita la congelación de la Fiesta impuesta por el legislador catalán al exigir que las corridas de toros se celebren en plazas construidas antes de la entrada en vigor de la Ley 3/1988. Entiende el Alto Tribunal que esta Ley autonómica ha ponderado aquí no sólo «la conservación de la tradición de los espectáculos taurinos», sino también «los principios de respeto, defensa y protección de los animales que ya figuran en los tratados y convenios internacionales y en las legislaciones de los países socialmente más avanzados», «compaginando de modo no arbitrario ambos fines» en virtud de la «libertad de configuración normativa que corresponde al poder legislativo autonómico para la interpretación de los deseos y sensibilidades de la sociedad».

¿Sería, asimismo, proporcionada una categórica prohibición de los espectáculos taurinos en que se maltrate o dé muerte a los astados?

Veamos: en un plato de la balanza habría que colocar el bienestar de estos rumiantes en el momento de su lidia, bien eventualmente valioso según el legislador democrático pero carente de rango constitucional; en el otro, las libertades artística, profesional, empresarial y general de actuar de numerosas personas, sus intereses económicos, indiscutiblemente legítimos, la protección de los intereses medioambientales que propicia la Fiesta y la conservación de una tradición que forma parte del patrimonio cultural y que además compete fomentar a la Administración del Estado.

En este punto nos parece decisivo el hecho de que la fiesta de los toros constituya una tradición cultural que se mantenga más o menos viva en el territorio en el que se trate de establecer la prohibición, porque, si así ocurre, difícilmente puede sostenerse que un bien infraconstitucional como el bienestar de los animales pese más y deba prevalecer sobre los intereses de la mayor importancia situados al otro lado de la balanza[70].

5. La interpretación pro libertate de las indeterminaciones legales. El ejemplo francés

Interesa resaltar que el principio de proporcionalidad debe jugar un papel importante también a la hora de interpretar la legislación vigente en este ámbito. Las normas que regulan la celebración de espectáculos taurinos no siempre dejan del todo claro en qué medida éstos quedan permitidos o prohibidos. Sus vaguedades e indeterminaciones las hacen con frecuencia susceptibles de dos o más interpretaciones.

El problema que se plantea entonces es cuál de ellas ha de escoger el intérprete, qué criterio ha de seguir. El Tribunal Constitucional ha declarado en muchas ocasiones que las leyes deben interpretarse de la manera más favorable para la efectividad del correspondiente derecho fundamental afectado[71]. Éste es un criterio aparentemente muy plausible, pero en la práctica resulta demasiado tosco, porque la interpretación más favorable a un determinado derecho fundamental constituye con frecuencia la interpretación más perjudicial para otros derechos y bienes constitucionalmente legítimos. De hecho, el Tribunal Constitucional se ha desdicho de su propia doctrina al afirmar que los derechos fundamentales no siempre imponen forzosamente la selección de la interpretación más favorable a su

ejercicio, sino la interdicción de aquellas interpretaciones que supongan una restricción desproporcionada de los mismos[72]. Dicho con otras palabras, lo que el intérprete debe hacer es ponderar los costes y beneficios de las distintas alternativas y escoger aquella que presente un mejor balance para el conjunto de los derechos fundamentales y bienes constitucionalmente legítimos en juego.

Ni que decir tiene que en esta ponderación habrá que otorgar a los derechos fundamentales un peso mucho mayor que a los bienes carentes de rango constitucional y, en consecuencia, escoger, por regla general, la interpretación más favorable para estos derechos. En primer término, por la superioridad jerárquica de los mismos. En segundo lugar, porque la legitimidad de los fines infraconstitucionales, a los efectos de justificar una restricción de esos derechos, deriva sólo de la voluntad del legislador democrático, y aquí lo que no está claro es precisamente si el legislador ha querido restringirlos. Y, tercero, por razones de seguridad jurídica, pues dichas restricciones deben estar predeterminadas normativamente con la suficiente claridad como para resultar previsibles para los ciudadanos.

Ello explica la jurisprudencia recaída en el caso de la Ópera andaluza Carmen ideada por Salvador Távora[73]. La sociedad que gestionaba las actividades artísticas de este dramaturgo sevillano había solicitado autorización a la Generalidad de Cataluña para representar en la monumental de Barcelona esta obra, con la advertencia de que en el intermedio se realizaría la corrida de un solo toro mediante el arte del rejoneo con arreglo a lo exigido en el reglamento de espectáculos taurinos.

La duda que aquí se planteaba era si la legislación catalana a la sazón vigente autorizaba los espectáculos formados por una parte operística y por otra taurina, cada una de las cuales, consideradas aisladamente, cumplían la normativa vigente. La Generalidad entendió que no, y prohibió la representación. Pero el caso llegó al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que, en su Sentencia de 11 de julio de 2001[74], declaró conculcada la libertad artística y reconoció el derecho de la parte actora a obtener una indemnización de cuarenta millones de pesetas. Solicitado de nuevo el permiso para representar la obra, la Generalidad autorizó la representación, «siempre y cuando no se [llevase] a término el rejoneo»,

es decir, que la prohibió otra vez. Y, como era de esperar, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña volvió a declarar vulnerada la libertad artística[75].

El Tribunal no se detuvo demasiado en razonar por qué esta restricción de la libertad artística era inconstitucional; simplemente declaró que «constituye... conculcación del derecho fundamental esgrimido la no autorización del espectáculo en su totalidad cuando ambas partes, la teatral-musical y la taurina, se ajustan a la vigente normativa sobre espectáculos». Pero, a mi juicio, es claro que dicha interpretación efectuada suponía una limitación de este derecho fundamental inútil e innecesaria.

Nada se gana con una prohibición semejante cuando las dos partes del espectáculo pueden celebrarse lícitamente por separado. Desde luego, no parece que el hecho de que se lidie a un toro en el intermedio de una ópera aumente el sufrimiento causado al animal: por este lado, la restricción es inútil. El único interés legítimo al que puede servir una prohibición tal es el de los espectadores no avisados que acudan a la plaza creyendo que van a contemplar una pieza teatral u operística al uso y se encuentren con la sorpresa desagradable de que están pagando además por ver un espectáculo que repugna a sus sentimientos morales. Pero la restricción nos sigue pareciendo entonces desproporcionada por innecesaria, pues hay otras alternativas igualmente eficaces para lograr este fin legítimo que restringen en menor medida las libertades artística, profesional, empresarial y en general de actuar de los demás participantes en el evento, como por ejemplo advertir clara y previamente a quienes pretendan comprar una entrada y asistir al espectáculo que en el curso del mismo se lidiará y matará un toro.

El caso Carmen, sin embargo, constituye una excepción, pues los Tribunales españoles, sorprendentemente, vienen interpretando la legislación vigente en el sentido más restrictivo para la libertad de los ciudadanos, lo cual resulta muy criticable. Así ha ocurrido respecto del artículo 4 de la Ley catalana de protección de los animales, que sólo permite la celebración de corridas de toros en aquellas localidades en donde, en el momento de entrar en vigor dicha norma, existiesen plazas construidas para ello. Por de pronto, el Tribunal Supremo interpreta estricta y literal-

mente el concepto de *plazas construidas*, al entender que en él no encajan las plazas «total o parcialmente desmontables, aun cuando estuviesen preparadas tradicionalmente para la celebración de espectáculos taurinos»[76].

Pero es que en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha ido más allá, considerando prohibida la Fiesta en supuestos en los que de acuerdo con el tenor literal del precepto citado la misma estaría permitida. Así, en su Sentencia de 21 de febrero de 1990[77] declara que tampoco pueden celebrarse corridas de toros en plazas desmontables situadas en localidades donde a la entrada en vigor de la Ley 3/1988 hubiesen plazas construidas. Y lo peor del caso es que el Supremo no se detuvo siquiera un minuto a motivar por qué interpretaba extensivamente una norma restrictiva de la libertad.

En la misma línea se inscribe la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 7 de julio de 2004[78], que confirma la no autorización de un concurso de recortadores en Santander, al interpretar el artículo 25.h) del Reglamento de espectáculos taurinos en el sentido de que los festejos populares sólo pueden celebrarse en aquellas localidades en que sean tradicionales, requisito que en este caso no se cumplía, pues no se había acreditado que tales concursos fuesen tradicionales en Santander o en Cantabria.

En mi opinión, es muy dudoso que este precepto —que lo único que dice es que una de las clases de espectáculos taurinos son los «espectáculos o festejos populares; en los que se juegan o corren reses según los usos tradicionales de la localidad»— deba interpretarse de esa manera. La alusión a los usos tradicionales de la localidad puede y debe entenderse simplemente en el sentido de que el Reglamento, a la hora de hora de definir los festejos populares, ha querido dejar claro que los mismos pueden tener características distintas dependiendo de las costumbres del lugar[79]. El artículo 91.1.a) del Reglamento corrobora esta interpretación, al exigir a la empresa solicitante de la autorización para celebrar festejos populares que aporte una «sucinta memoria, favorablemente informada por el Ayuntamiento, en la que se acredite la tradición popular del festejo *o su justificación*». Estas últimas tres palabras indican con meridiana claridad

que el espectáculo puede estar justificado y permitirse a pesar de no ser tradicional en la localidad[80]. En el mismo sentido se pronuncia un reputado experto como Alberto VERA FERNÁNDEZ-SANZ:

> «El primer documento exigido, la sucinta memoria, redactada o en su caso informada por el Ayuntamiento respectivo, puede tener una doble base, bien la tradición popular acreditativa del festejo o bien simplemente su justificación, es decir, la causa, motivo o razón de la organización del festejo. Ciertamente, los redactores del Reglamento han recurrido a esta alternativa porque en muchos, muchísimos casos, el festejo popular no es una auténtica tradición o cuando menos inmemorial, que puede acreditarse con cierta solidez, sino que más bien se trata de prácticas adquiridas de no mucho tiempo y por imitación de otras localidades. Sin duda, para facilitar las cosas el Reglamento añade el motivo de la tradición otro de mucha más fácil acreditación. Bastaría que la sucinta memoria en este caso explicase o expusiese la "importancia" que dentro de la diversión o el jolgorio lúdico de gran parte de la población tienen estos festejos populares para tener por cumplido este extremo».
> Esta restrictiva jurisprudencia de nuestros Tribunales contrasta llamativamente con la interpretación *pro libertate* que desde hace un siglo vienen efectuando los Tribunales franceses, especialmente los de las regiones meridionales del país vecino[81], donde, como es sabido, existe una gran afición a los toros[82].
>
> El problema viene de lejos. El 2 de julio de 1850, la Ley *Grammont* dispuso que serían castigados con una multa de seiscientos a mil ochocientos francos, pudiendo ser condenados a la pena de prisión de uno a cinco años, quienes hubieran infligido malos tratos a un animal doméstico de manera pública y abusiva.
>
> Y es precisamente entonces cuando, probablemente a causa de la fuerte inmigración procedente de la península, comienzan a echar raíces en el sur de Francia las corridas de toros a la española, unos espectáculos que las autoridades centrales francesas nunca vieron con buenos ojos, máxime cuando llegaron a ser percibidos como un hecho diferencial, un elemento de la identidad meridional. Durante

el Segundo imperio fueron tolerados —parece ser que algo tuvo que ver en ello el gusto por la Fiesta de la emperatriz Eugenia de Montijo—, pero con la llegada de la Tercera República, en especial a partir de 1880, se desataron los intentos del Gobierno dirigidos a erradicarlos. El empeño gubernamental, sin embargo, tuvo escaso éxito ante el fuerte arraigo popular de los festejos y la tolerancia de los Alcaldes, propiciada por la circunstancia de que éstos, desde la Ley Municipal de 1882, ya no eran designados por el poder central, sino por los vecinos.

Pero lo que interesa subrayar es que los Tribunales Penales de las regiones afectadas rehusaron sistemáticamente aplicar la Ley *Gramnont* a los organizadores de corridas de toros, en virtud de una interpretación muy restrictiva de la misma. Unas veces argumentaban que en estos festejos no se maltrataba a los toros «abusivamente», otras que los toros no eran «animales domésticos», puesto que no vivían bajo el mismo techo que los hombres, o que cierta disposición legal, al contemplar la posibilidad de establecer un impuesto sobre las corridas de toros, las había legalizado. La Corte de Casación censuró en varias ocasiones esta jurisprudencia, pero no consiguió doblegarla.

Ante la tozudez de los hechos, el legislador acabó plegándose a ellos. En 1951 se añadió a la Ley *Grammont* un párrafo en el que se declaraba que la misma no sería aplicable a las corridas de toros cuando pudiera invocarse una «tradición ininterrumpida». Se llegaba, pues a una solución de compromiso: se legalizaban las corridas allí donde eran tradicionales, pero se prohibía su extensión a otros lugares[83]. En 1959, la regulación pasa al Código penal con algunas modificaciones, de entre las cuales hay una que interesa destacar: ahora se requiere la existencia de una «tradición local ininterrumpida»[84].

Pues bien, los Tribunales regionales, ahora con el refrendo de la Corte de Casación, han vuelto a interpretar la legislación vigente en el sentido más favorable a la libertad de los ciudadanos. De acuerdo con una interpretación generosa, aunque razonable, de la ambigua expresión «tradición local ininterrumpida», el hecho de que en

una localidad no se hayan organizado espectáculos taurinos desde hace tiempo, décadas incluso, no impide que en ella exista la tradición requerida cuando su población pertenece culturalmente a una zona geográfica donde sí se organizan. Lo decisivo no es el dato puramente formal de si en el lugar se vienen celebrando o no festejos. Lo determinante es un elemento espiritual, un sentimiento compartido, la existencia de una cultura taurina enraizada en las costumbres de sus vecinos, cultura que también puede manifestarse de otras maneras, tales como la organización de corridas, la participación en ellas y la asistencia como espectador a las mismas. «La sola ausencia o la desaparición de las plazas de fábrica, que puede resultar de circunstancias diversas, no puede ser... considerada como la prueba evidente de la desaparición de una tradición que se manifiesta también a través de clubes taurinos locales, la organización de manifestaciones artísticas y culturales en torno a la corrida y el desplazamiento, organizado o no, de los "aficionados" locales hacia las plazas activas vecinas o más alejadas»; «el mantenimiento de la tradición debe apreciarse en el marco de un conjunto demográfico»[85]. Así, se ha llegado a estimar cumplido dicho requisito en una localidad donde no se celebraban corridas desde hacía ya casi cuarenta años, pero muchos de cuyos habitantes, aficionados a la tauromaquia, visitaban regularmente las plazas de ciudades vecinas, «manifestando así la vitalidad de sus hábitos y de sus afinidades compartidas, parte integrante de una forma de cultura de la cual la prensa, especialmente la local, no había dejado de hacerse eco a través de frecuentes artículos especializados»[86].

IV. Advertencia final

He tratado de evidenciar que las prohibiciones impuestas por los poderes públicos a la celebración de espectáculos taurinos topan con varios límites constitucionales, derivados del orden de competencias, los derechos fundamentales y los principios de legalidad y proporcionalidad. Ahora, al concluir, me gustaría subrayar que la tarea de precisar si dichos límites han sido rebasados en cada caso concreto, dado el carácter extremadamente borroso de los mismos, ha de arrojar resultados a la fuerza discutibles. Como tales hay que tomar, pues, mis opiniones.

Notas:

[*] Este trabajo constituye la versión escrita y algo modificada de una conferencia que, gracias a la amabilísima invitación del Prof. Dr. D. Francisco DELGADO PIQUERAS, tuve la oportunidad de pronunciar en las II Jornadas Universitarias sobre Tauromaquia, celebradas los días 9 y 10 de marzo de 2005 en la Universidad de Castilla-La Mancha (Albacete).

[1] La obra de referencia acerca de la evolución histórica del régimen jurídico de las corridas de toros sigue siendo la escrita por Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reglamentación de las corridas de toros. Estudio histórico y crítico*, Espasa-Calpe, Madrid, 1987, pp. 25 y ss. Del mismo autor, vid. también «La ordenación legal de la fiesta de los toros», *Revista de Administración Pública*, 115, 1988, pp. 31 y ss.

[2] Resulta expresivo el título del trabajo de Elena Isabel CARA FUENTES, «Espectáculos taurinos: de la prohibición al fomento, del mantenimiento del orden público a la defensa de los espectadores», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz/Del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, 2002, pp. 183-223.

[3] Vid. la disp. adicional 1.ª de la Ley castellano-manchega 7/1990, de 28 de diciembre, de protección de los animales domésticos; el art. 6 de la Ley cántabra 3/1992, de 18 de marzo, de las normas reguladoras de protección de animales; el art. 5 de la Ley gallega 1/1993, de 13 de abril, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad; el art. 3.1.d) de la Ley vasca 6/1993, de 29 de octubre, de protección de animales; los arts. 2.2.n) y 4 de la Ley foral navarra 7/1994, de 31 de mayo, de protección de los animales; el art. 6 de la Ley castellano-leonesa 5/1997, de 24 de abril, de protección de los animales de compañía; el art. 6 de la Ley riojana 5/1995, de 22 de marzo, de protección de los animales, redactado con arreglo a la Ley 2/2000, de 31 de mayo; el art. 4 de la Ley 5/2002, de 23 de mayo, de protección de los animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura; el art. 2.2.b) de la Ley asturiana 13/2002, de 23 de diciembre, tenencia, protección y derechos de los animales; el art. 33 de la Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal en la Comunidad Autónoma de Aragón, y el art. 2.b) de la Ley andaluza 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales.

[4] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal...», p. 55.

[5] La expresión entrecomillada es de Estanislao ARANA GARCÍA, «Régimen jurídico administrativo de los espectáculos taurinos», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz/Del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, 2002, p. 107.

[6] Art. 4 de la Ley 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano.

[7] Según Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal…», p. 55, el art. 4.2 de la Ley 3/1988 (hoy, art. 6.2 de la Ley 22/2003), «al venir referido a las plazas de fábrica existentes en este momento, implica la efectiva prohibición de la construcción de otras nuevas (o de utilizarlas para sus fines específicos, lo que viene a ser lo mismo), así como la imposibilidad de organizar festejos taurinos en plazas portátiles u otros lugares habilitados al efecto». En este sentido, vid. la STS de 20 de octubre de 1998 (Sala de lo Cont-Adm., Secc. 6.ª, rec. ap. 8162/1992, Ponente: Xiol Ríos).

[8] Esquerra Republicana de Catalunya propone prohibir «les curses de braus i els espectacles amb braus que incloguin la mort de l'animal i l'aplicació de les "sorts" de la pica, les banderi-

lles i l'estoc» (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 18 de abril de 2005, núm. 173, pp. 7 y 8). Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Alternativa propone prohibir «les curses de braus i els espectacles amb braus que incloguin la mort de l'animal i l'aplicació de les "sorts" de la pica, de les banderilles i l'estoc», así como «els correbous amb aplicació de torxes a les banyes o correbous de foc, i els correbous amb l'ús de sogues o bous capllaçats» (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 25 de abril de 2005, núm. 175, pp. 18 y 19).

[9] Vid., por poner algunos ejemplos, el editorial del periódico *ABC* «ERC y los toros», publicado el 26 de noviembre de 2004; el artículo de Francisco UMBRAL, «Morir de pie», publicado en *El Mundo*, de 27 de noviembre de 2004, así como el artículo de Juan POSADA, «Cachondos e hipócritas», publicado en *La Razón Digit@l*, de 27 de noviembre de 2004.

[10] Al menos eso es lo que dice la Constitución española en su Preámbulo y en su art. 1.

[11] Sobre la distribución constitucional de competencias en la materia, vid. Isabel GONZÁLEZ RÍOS, *Sanidad animal y seguridad alimentaria en los productos de origen animal*, Comares, Granada, 2004, pp. 9 y ss.

[12] Manuel REBOLLO PUIG, «Sanidad animal», en *Los animales y el Derecho*, Muñoz Machado y otros, Civitas, Madrid, 1999, pp. 241 y ss.

[13] La Ley Orgánica 16/1995, de 27 de diciembre, transfiere a la Comunidad Autónoma de Galicia la competencia exclusiva sobre espectáculos públicos —art. 2.b)—, pero también dispone que «queda reservada al Estado la facultad de dictar normas que regulen los espectáculos taurinos» (art. 5.2). Vid. Miguel A. GUILLÉN GALINDO, en *Las fiestas populares y el Derecho*, con David Blanquer, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 266 y ss.

[14] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal…», p. 30. Vid., también, su *Reglamentación*..., pp. 171 y ss.

[15] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal…», p. 36.

[16] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal…», p. 35.

[17] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal…», pp. 36 y 37.

[18] STC 103/1989 (FJ 2), citada oportunamente por Pedro PLASENCIA, *La fiesta de los toros. Historia, régimen jurídico y textos legales*, Trotta, Madrid, 2000, p. 48.

[19] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal…», p. 36.

[20] Vid., por todos, Federico A. CASTILLO BLANCO y Pilar ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *Espectáculos públicos y actividades recreativas. Régimen jurídico y problemática actual*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 53 y ss.

[21] STC 148/2000 (FJ 10), que cita en este sentido las SSTC 54/1990 (FJ 3) y 313/1994 (FJ 6).

[22] Federico A. CASTILLO BLANCO y Pilar ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, *Espectáculos…*, pp. 58 y 59.

[23] Vid. el Preámbulo de la Ley canaria 1/1998, de 8 de enero, de espectáculos públicos y actividades clasificadas, donde se dice «haber quedado superada la función de *tutela de moralidad* que subyacía en el Reglamento de Policía de Espectáculos Públicos; resultando que la autorización de éstos tiene idéntica finalidad que la licencia de apertura: prevenir los riesgos para la seguridad y salubridad e introducir medidas correctoras de molestias y daños».

[24] STC 49/1984 (FJ 4). La STS de 18 de diciembre de 1993 (Sala de lo Cont-Adm., Secc. 6.ª, rec. 6857/1992, Ponente: García Manzano), para declarar ajustado un precepto reglamentario que derogaba la prohibición de que los menores de catorce años asistieran a las corridas de toros advierte, con cita de la STC 49/1984, que la interpretación del concepto jurídico indeterminado «protección de la juventud y de la infancia», previsto en el artículo 20.4 CE como un límite a las libertades de expresión, ha de «orientarse e interpretarse en relación con la

sensibilidad moral del espectador medio». Sobre la moralidad pública como componente del orden público, vid. Tomás PRIETO ÁLVAREZ, *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 117 y ss., quien también entiende que aquélla se trata de una «sensibilidad moral generalizada» (pp. 140 y ss.).

[25] De hecho, la Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades en materia de espectáculos taurinos, dice en su Preámbulo haber sido dictada en virtud de las competencias estatales sobre ambas materias.

[26] SSTC 15/1998 (FJ 3), 110/1998 (FJ 2), 166/2000 (FJ 3), 38/2002 (FJ 7) y 123/2003 (FJ 2).

[27] Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La ordenación legal…», pp. 38 y 39.

[28] STC 49/1984 (FJ 6).

[29] En relación con los espectáculos taurinos tradicionales, la STSJ de Cantabria de 11 de mayo de 1999 (Sala de lo Cont-Adm., rec. cont-adm. 1673/1998, Ponente: Marijuán Arias) afirma que la normativa estatal tiene en este ámbito carácter supletorio de la establecida por las Comunidades Autónomas. En el mismo sentido, vid. la STSJ de Cantabria de 7 de julio de 2004 (Sala de lo Cont-Adm., Secc. 1.ª, rec. cont-adm. 1010/2003, Ponente: Tolosa Triviño), que añade que la disposición del Estatuto de autonomía cántabro que atribuye a la Comunidad competencias exclusivas en materia de espectáculos públicos, «lo que incluye lógicamente los espectáculos taurinos», constituye «sin duda el título competencial suficiente que habilita a la Administración regional para dictar disposiciones generales en esta materia».

[30] Sala de lo Cont-Adm., Secc. 6.ª, rec. ap. 8162/1992, Ponente: Xiol Ríos.

[31] En sentido similar, vid. Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho público económico*, Comares, Granada, 1999, pp. 218 y ss.; Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española», *Revista de Derecho Mercantil*, 169-170, 1983, p. 327; y, sobre todo, Luis ARROYO JIMÉNEZ, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid, 2004, pp. 135 y ss.

[32] En este sentido, vid. Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reglamentación*..., pp. 152 y ss.

[33] Luis PRIETO SANCHÍS, «La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades», *Derechos y Libertades*, 8, 2000, pp. 442 y ss. y 459 y ss.

[34] Jesús MOSTERÍN, en su prólogo al libro de Pablo DE LORA, *Justicia para los animales*, Alianza, Madrid, 2003, pp. 13 y 14.

[35] Vid. Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Bienestar animal contra derechos fundamentales,* Atelier, Barcelona, 2004, pp. 45 y ss.; y, sobre todo, José JIMÉNEZ, *Teoría del arte*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 36 y ss., quien advierte que «lo que es nuevo en el arte más reciente es la utilización... de los animales mismos, vivos o muertos... más que por otro motivo, ante todo por la voluntad de eliminar la diferencia entre “realidad” y “representación”, algo que daría al arte un punto de diferencia frente a la envolvente e incesante reproducción tecnológica de imágenes características de las sociedades de masas» (p. 49).

[36] José JIMÉNEZ, *Teoría del arte*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 43.

[37] Ibídem, pp. 50 y 51. Las cursivas son del original.

[38] Vid. *El País* de 2 de diciembre de 2004.

[39] José JIMÉNEZ, *Teoría...*, p. 48.

[40] Resolución de 24 de febrero de 1971 (BVerfGE 30, 173, 188 y 189). La cursiva es nuestra.

[41] BVerfGE 30, 173, 190. La cursiva es nuestra.

[42] Así lo entiende incluso Johannes CASPAR, *Tierschutz im Recht der modernen Industriegesellschaft*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 315 y ss., seguramente el jurista ale-

mán que más se ha significado en la defensa de las tesis más favorables a la protección de los animales.

[43] Vid. los Reales Decretos 2734/1996, de 27 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Antonio Ordóñez Araujo; 2049/1997, de 26 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Francisco Romero López (Curro Romero) y don Santiago Martín Sánchez (El Viti); 1935/1999, de 17 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Álvaro Domecq Diez; 159/2001, de 16 de febrero, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Antonio Chenel Albadalejo (Antoñete); 203/2002, de 15 de febrero, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Rafael Soto Moreno (Rafael de Paula); 1349/2002, de 13 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Manuel Vázquez Garcés (Manolo Vázquez); 1785/2003, de 19 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Ángel Luis Mejías Jiménez (Ángel Luis Bienvenida), y 1786/2003, de 19 de diciembre, por el que se concede la Medalla al Mérito en las Bellas Artes, en su categoría de oro, a don Juan Antonio Ruiz Román (Espartaco).

[44] Vid., por todos, Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

[45] SSTC 83/1984 (FJ 3), 93/1992 (FJ 8) y 197/1996 (FJ 25).

[46] Vid., por todas, la STC 292/2000 (FFJJ 11 y ss.).

[47] Proporciona «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 36/1991, FJ 5).

[48] Vid. las SSTEDH de 6 de septiembre de 1978 (*Klass y otros*, 5029/71, § 50), 2 de agosto de 1984 (*Malone*, 8691/79, § 68) y 24 de abril de 1990 (*Kruslin*, 11801/85, § 35).

[49] En relación con la libertad de empresa y denunciando los déficits de legalidad que presentaba la regulación de la fiesta, vid. Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Reglamentación*..., pp. 145 y ss.

[50] Sala de lo Cont-Adm., Secc. 5.ª, rec. 433/2000, Ponente: Moya Garrido.

[51] Sobre esta doctrina, vid. Gabriel Doménech Pascual, *Bienestar...*, pp. 73 y ss. y 113 y ss.

[52] Así lo apunta María Luisa Roca Fernández-Castanys, «Los animales domésticos y el Derecho: en particular, el régimen jurídico de los animales de compañía», en *Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI. Homenaje al Profesor Eduardo Roca Roca*, dirs. Rodríguez-Arana Muñoz/Del Guayo Castiella, BOE-INAP, Madrid, 2002, pp. 1209 y 1232. A fin de justificar la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre la protección de los animales de compañía, José María Pérez Monguió, *Animales de compañía*, Bosch, Barcelona, 2005, p. 227, sostiene que «no nos encontramos ante un nuevo título competencial, sino ante una nueva materia competencial que se integra dentro del título de medio ambiente a través de la utilización de las conexiones por afinidad».

[53] STC 102/1995 (FJ 4). En la doctrina, vid. Andrés Betancor Rodríguez, *Instituciones de Derecho ambiental*, La Ley, Madrid, 2001, p. 371; Raúl Canosa Usera, *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 50 y 69; Esther Haba García, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, Trotta, Madrid, 2000, p. 43; Fernando López Ramón, *La protección de la fauna en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1980, p. 17; Blanca Lozano Cutanda, *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 53; Eva Nieto Garrido, *La protección de la fauna salvaje en el ordenamiento jurídico español*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 56.

[54] Demetrio Loperena Rota, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 68 y 69. Según Juan Felipe Higuera Guimerá, *La protección penal de los animales en España*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1994, p. 36, considerar a los animales domésticos «recursos naturales» a los efectos del art. 45 CE «no es nada convincente».
[55] Anna Lübbe, «Hat der Tierschutz Verfassungsrang?», *NuR*, 1994, pp. 471 y ss. La autora cita a Immanuel Kant, para quien «el trato violento y cruel a los animales se opone mucho más íntimamente al deber del hombre hacia sí mismo, porque con ello se embota en el hombre la compasión por su sufrimiento, debilitándose así y destruyéndose paulatinamente una predisposición natural muy útil a la moralidad en la relación con los demás hombres» (*La Metafísica de las costumbres*, 1797, trad. Cortina Orts/Conill Sancho, Tecnos, Madrid, 1999, 2ª parte, § 17). Pero la idea es más antigua: ya Tomás De Aquino, *Suma contra los Gentiles*, ¿1258-1264?, trad. González, Porrúa, México, 1998, lib. III, cap. 112, n. 13, notaba que «si la sagrada Escritura ha prohibido en algunas ocasiones usar de crueldad con los animales, como por ejemplo matar un ave que esté empollando, lo ha hecho o bien para quitar del espíritu del hombre toda crueldad que pueda ejercer con los demás hombres, pues si alguién se acostumbrara a ser cruel con los animales fácilmente lo será luego con sus semejantes...». En sentido similar Rudolf von Ihering, *El fin en el Derecho*, 1886, trad. Abad de Santillán, Comares, Granada, 2000, pp. 483 y 484, señala que «en el torturador juvenil de los animales tenemos y condenamos al futuro torturador de hombres; comienza en el animal y termina en el hombre. También aquí existe, según mi manera de ver, nuevamente una protección derivada, que es concedida al animal. En el animal se protege el hombre a sí mismo, la prohibición de la crueldad... exige que sea observada también frente al animal».
[56] Según Manuel Colmeiro, *Derecho administrativo español*, Madrid, 1858, t. I, pp. 561 y ss., «estas diversiones depravan las costumbres, endureciendo el corazón de los espectadores y familiarizándolos con aquellas escenas de dolor y muerte»; «embotada así la sensibilidad del hombre, cada arrebato de cólera es una riña y cada riña produce una herida o un asesinato».
[57] Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña de 18 de abril de 2005, núm. 173, p. 7.
[58] En sentido similar, Stefan Huster, «Gehört der Tierschutz ins Grundgesetz?», *ZRP*, 1993, p. 328; Holger Schelling, «Tierversuche und medizinische Forschungsfreiheit. Zur Notwendigkeit einer Staatszielbestimmung zum Tierschutz», *NuR*, 2000, p. 190.
[59] Eisenhart Von Loeper, «Tierschutz ins Grundgesetz», *ZRP*, 1996, p. 146, cita en este sentido algún estudio científico.
[60] Martin Kriele, «Gesetzliche Regelungen von Tierversuchen und Wissenschaftsfreiheit», *Tierschutz. Testfall unserer Menschlichkeit*, ed. Händel, Frankfurt a. M., 1984, p. 120.
[61] Vid., con más detalle, Gabriel Doménech Pascual, *Bienestar*..., pp. 91 y ss. y 127 y ss.
[62] Como señala Javier Martínez-Torrón, «Presente y futuro del Derecho comparado en España», *Revista de Derecho Privado*, 81, 1997, pp. 204 y 205, ha sido frecuente «importar acríticamente soluciones jurídicas extranjeras, doctrinales, legislativas o jurisprudenciales, pretendiendo defender su aplicabilidad a nuestra realidad jurídica (cuando no presentarlas como elaboraciones originales del "importador"). Más que comparación jurídica, el nombre que esa actividad merecía —en el mejor de los casos— es el de *mimetismo jurídico*». También Federico De Castro, *Derecho civil de España*, 1949 (reimpr., Civitas, Madrid, 1984, t. I, p. 308), denunciaba la «recepción pasiva», el «mimetismo de los que, por debilidad, moda o pereza, se entregan a la servil copia de figurines extranjeros».
[63] SSTC 113/1994 (FJ 9), 179/1994 (FJ 5) y 107/1996 (FJ 6).
[64] Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg, 1995, marginales 5 y ss. y 74.

[65] La expresión entrecomillada es de Pedro Cruz Villalón, *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución*, CEPC, Madrid, 1999, p. 114. Vid., también, Victor Ferreres Comella, «Una defensa de la rigidez Constitucional», en *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, coord. Carbonell, México, 2002, pp. 69 y ss. Sobre «la Constitución como libro sagrado», *vid*. Francisco González Navarro, *Derecho administrativo español*, EUNSA, Barañáin, 1993, t. I, pp. 932 y ss.

[66] Sobre la situación en el Derecho alemán, vid. Gabriel Doménech Pascual, *Bienestar*…, pp. 73 y ss., y, además de la bibliografía allí citada, Johannes Caspar, «Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte des Schächtens», *NuR*, 2002, pp. 402-404; Johannes Caspar/Michael W. Schröter, *Das Staatsziel Tierschutz in Art. 20a GG*, Köllen, Bonn, 2003; Andreas Dietz, en «Ausnahmegenehmigungen zum Schächten aufgrund § 4a TierSchG. Probleme und Lösungsansätze aus Sicht der Vollzugsbehörde», *NuR*, 2003, pp. 477-483, y en «Neuere Rechtsprechung zum Schächten aufgrund § 4ª TierSchG», *NuR*, 2004, pp. 359-361; Rico Faller, *Staatsziel "Tierschutz". Vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfaassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat,* Duncker & Humblot, Berlin, 2005; Jana Glock, *Das deutsche Tierschutzrecht und das Staatsziel "Tierschutz" im Lichte des Völkerrechts und des Europarechts*, Nomos, Baden-Baden, 2004; Almuth Hirt/Christoph Maisak/Johanna Moritz, *Tierschutzgesetz*, Vahlen, München, 2003, esp. pp. 35 y ss.; Martin Fielenbach, *Die Notwendigkeit der Aufnahme des Tierschutzes in das Grundgesetz*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2005; Ulrich Stelkens, «Erweitert das neue Staatsziel "Tierschutz" die behördliche Prüfdichte bei der Genehemigung von Tierversuchen?», *NuR*, 2003, pp. 401-407; Reiner Tilmanns, «Die Erteilung von Ausnahmegenehmigungen zum betäubungslosen Schlachten nach § 4a Abs. 2 Nr. 2 TierSchG», *NuR*, 2002, pp. 578-586; VV.AA., *Tierschutzgesetz*, ed. Kluge, Kohlhammer, Stuttgart, 2002, esp. pp. 51 y ss.; Fabian Wittreck, «Religionsfreiheit als Rationalisierungsverbot. Anmerkungen aus Anlaß der Schächtentscheidung des Bundesverfassungsgerichts», *Der Staat*, 42, 2003, pp. 519 y ss.

[67] Vid. http://www.jura.uni-sb.de/BIJUS/grundgesetz/.

[68] Vid. la Reforma de la Constitución de 27 de agosto de 1992 (BOE de 28 de agosto).

[69] Sala de lo Cont-Adm., Secc. 6.ª, rec. ap. 8162/1992, Ponente: Xiol Ríos.

[70] En opinión de Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *Reglamentación*..., p. 175, una eventual norma prohibitiva «sería hoy positivamente contraria a la Constitución, cuyo propio preámbulo comienza proclamando solemnemente la voluntad de la nación española de "proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de... sus culturas y tradiciones».

[71] Vid., entre otras, las SSTC 14/1982 (FJ 3), 67/1982 (FJ 1), 110/1985 (FJ 3), 159/1986 (FFJJ 6 y 8), 76/1987 (FJ 2), 1/1989 (FJ 3), 191/1991 (FJ 3), 63/1992 (FJ 2), 161/1992 (FFJJ 1 y 2), 287/1994 (FJ 2), 39/1996 (FFJJ 2 y 3) y 87/1999 (FJ 3).

[72] Vid., entre otras, las SSTC 88/1997 (FJ 2), 38/1998 (FJ 2), 207/1998 (FJ 3), 48/1998 (FFJJ 3 y 4) y 122/1999 (FJ 3).

[73] Para más detalles, vid. Gabriel Doménech Pascual, «Libertad artística y espectáculos taurino-operísticos», *REDA*, 121, 2004, pp. 91 y ss.

[74] Sala de lo Cont-Adm., Secc. 2.ª, rec. ap. 132/2000, Ponente: Pico Lorenzo.

[75] STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2003 (Sala de lo Cont-Adm., Secc. 2.ª, rec. ap. 23/2003, Ponente: Berlanga Ribelles).

[76] SSTS de 20 de octubre de 1998 (Sala de lo Cont-Adm., Secc. 6.ª, rec. ap. 8162/1992, Ponente: Xiol Ríos) y 24 de enero de 2001 (Sala de lo Cont-Adm., Secc. 3.ª, rec. cas. 6187/1993, Ponente: González González). Según el Tribunal, no es razonable entender que

el deber que a los poderes públicos incumbe de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural... impone la obligación de interpretas las leyes de modo incondicional en sentido favorable al mantenimiento de todas las manifestaciones inherentes a los espectáculos tradicionales sin tener en cuenta otros intereses y derechos protegidos y, en lo que aquí especialmente interesa, otros valores culturales, a veces contrapuestos, que deben ser adecuadamente ponderados».

[77] Sala de lo Cont-Adm., Secc. 9.ª, Ponente: Trillo Torres.

[78] Sala de lo Cont-Adm., Secc. 1.ª, rec. cont-adm. 1010/2003, Ponente: Tolosa Triviño.

[79] Como señala Pedro PLASENCIA, *La fiesta...*, p. 108, «la multiplicidad de formas que presentan los festejos taurinos populares» dificulta su sometimiento a reglas comunes.

[80] Alberto VERA FERNÁNDEZ-SANZ, «Espectáculos taurinos», en *Derecho local especial*, coords. Ballesteros Fernández y Castro Abella, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997, t. I, p. 506.

[81] Vid. Pierre DUPUY, *Légalisation et réglementation de la corrida en France*, tesis doctoral, Montpellier, 1983; Thibault BRIDET, *Le droit français face à la corrida*, tesis doctoral, Bordeaux, 1998; Philippe LAVASTRE, *Cadre juridique de la corrida en France*, IEP, Aix-Marseille, 1995; Pierre TIFINE, «La "tradition locale ininterrompue" dans les textes et la jurisprudence consacrés aus corridas», *Revue Française de Droit Administratif*, 2002, pp. 496 y ss.; Pierre SOUBELET, «Corridas: confusion sur la "tradition locale ininterrompue"», *Recueil Le Dalloz*, n.º 29/7082, 29 de agosto de 2002, pp. 2267-2268; Jean Michel LATTES, «*Mano a mano* juridique sur la notion de tradition locale ininterrompue», *Recueil Le Dalloz*, n.º 41/7094, 21 de noviembre de 2002, p. 3083.

[82] En palabras de la Cour d'appel de Toulouse (Chambre civile 1) de 3 de abril de 2000, 1999/03392: «il ne saurait être contesté que dans le midi de la France, entre le pays d'Arles et le pays basque, entre garrigue et méditerranée, entre Pyrénées et Garonne, en Provence, Languedoc, Catalogne, Gascogne, Landes et Pays Basque existe une forte tradition taurine».

[83] En este sentido, vid. Robert VOUIN, «Chronique législative», *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1951, p. 536.

[84] El art. 521-1 del vigente Código Penal establece que «Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. A titre de peine complémentaire, le tribunal peut interdire la détention d'un animal, à titre définitif ou non. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie». En sentido similar, vid. los arts. R-654-1 y R-655-1.

[85] Resolución de la *Cour d'appel de Toulouse (Chambre civile 1)* de 3 de abril de 2000, 1999/03392. En sentido similar, vid. la Resolución de la *Cour de Cassation (Chambre civile 2)* de 22 de noviembre de 2001, 00-16452.

[86] Resolución de la *Cour de Cassation (Chambre criminelle)* de 16 de septiembre de 1997, 96-82649. En sentido similar, vid. las Resoluciones de la *Cour de Cassation (Chambre criminelle)* de 6 de febrero de 1992, 89-84675; 8 de junio de 1994, 93-82459; 19 de junio de 1996, 95-83447, y 22 de octubre de 1996, 96-80661.

UNA APROXIMACION A LA FIGURA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA Y A SUS PROBLEMAS

JESUS FLORES RODRIGUEZ
Abogado Universidad Rey Juan Carlos de Madrid[1]

SUMARIO: I. JUSTIFICACION DE LA FIGURA.- II.- CONCEPTO. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACION FRENTE A OTRAS FORMAS DE ADQUISICION DE LA NACIONALIDAD.- III. PERSPECTIVA HISTORICA DE LA RECUPERACION DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.- IV. EL PROCEDIMIENTO PARA RECUPERAR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. SUPUESTOS: REGIMEN GENERAL Y ESPECIAL.- A) Régimen general (artículo 26.1º CC). Requisitos: 1. la prueba de haber ostentado la nacionalidad española.- 2. La residencia legal en España.- 2.1. Excepciones al requisito de residencia legal: a) Emigrantes e hijos de emigrantes. Especial consideración al sistema permanente asimilado de recuperación de la nacionalidad por la mujer española que contrajo matrimonio con extranjero.- b) Dispensa de la residencia por el Ministro de Justicia.- 3. La declaración ante el Encargado del Registro Civil.- 4. La inscripción de la recuperación en el Registro Civil.- B) Régimen especial (artículo 26.2º CC). Habilitación discrecional por el Gobierno.- V. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA TRAS LA LEY 36/2002.

RESUMEN

La tensión constante a la que se ven sometidos algunos ordenamientos jurídicos en materia de nacionalidad –como el nuestro-, que han evolucionado desde una concepción tradionalmente emigrante, durante largos años, en el ámbito que ahora nos ocupa, a transformarse en ordenamientos de acogida, no es sino el reflejo de la confrontación social natural existente entre el fuerte empuje dirigido a la ampliación de la población nacional, y la necesidad de establecer unos razonables controles y limitaciones de acceso.

En esta coyuntura –completamente de actualidad en estos momentos- las personas que en el pasado ostentaron nuestra nacionali-

dad, ocupan una delicada posición, y requieren de una especial atención. Y si bien la recuperación como forma de adquisición de la nacionalidad perdida ha servido bien a la finalidad con la que fue prevista, la evolución de los factores sociales aconseja su modulación y adaptación a las nuevas realidades sociales.

La ley 36/2002, de 8 de octubre, de reforma del Código Civil, no introdujo modificaciones de fondo en éste ámbito, y sin duda se perdió una oportunidad para dar una respuesta al importante problema que plantea en la actualidad el hecho de que la adquisición mediante opción esté concebida en términos más favorables que la de recuperación, cuando la realidad demuestra que puede optarse indistintamente entre uno y otro mecanismo.

Resulta paradójico hoy en día que la recuperación de la nacionalidad se encuentre configurada como una facultad más rígida que la adquisición mediante opción -rigidez en la que el dato la exigencia de residencia es relevante-, a través de la cual resulta incluso más fácil acceder a la nacionalidad española, máxime cuando en quienes ejercitan el derecho a recuperar la nacionalidad concurre la condición privilegiada de haber ostentado en el pasado la condición de españoles.

A ello habría que añadir el valor “relativo” o “disminuido” que confiere la doctrina a este requisito de residencia al recomendar su exigencia con menos rigor cuando lo que se pretenda sea recuperar la nacionalidad española, frente a otros supuestos de adquisición, y, en definitiva, el reducido colectivo que aún debe acreditar esta condición, por lo que todos los datos aconsejan la eliminación de la necesidad de acreditar la “radicación” en España para poder recuperar la nacionalidad.

I. JUSTIFICACION DE LA FIGURA

Una acepción clásica de la nacionalidad es aquella que la define, desde la óptica del derecho privado, como un estado civil del individuo que atribuye al que la ostenta una plenitud de derechos y deberes[2], influye en la capacidad de obrar y, por ende, determina y condiciona los demás estados de la persona en relación a un ordenamiento jurídico concreto.

El vínculo político y jurídico entre persona y Estado en que consiste la nacionalidad no sólo confiere al individuo un estado civil, sino que tiene como consecuencia su inserción en el sistema de derechos y libertades públicas del correspondiente Estado[3].

Pues bien, esta doble dimensión pública y privada en que se manifiesta el vínculo de la nacionalidad[4] se adquiere, se conserva y, en su caso, se pierde por el individuo en las circunstancias y con los requisitos establecidos por el propio Estado; pero una vez perdida, bien sea por una decisión voluntaria, o como consecuencia de un acto involuntario o simplemente en virtud de una sanción, también puede recuperarse con distintas condiciones, según los casos, ya fueran los nacionales que la perdieron originarios o bien naturalizados en el país en cuestión.

La recuperación de la ciudadanía constituye una gracia o prerrogativa que el Derecho concede a los que en una fase anterior de sus vidas fueron nacionales de un Estado, en atención a esa especial circunstancia personal. Ahora bien, como una opción de política legislativa que corresponde también definir al Estado, la causa o motivación de la pérdida de la nacionalidad es siempre determinante de una mayor flexibilidad en su recuperación –tal es el caso de los emigrantes- o, por el contrario, de una mayor dificultad –por ejemplo, cuando se hubo perdido como sanción- exigiéndose o no la intervención de una autorización administrativa expresa o especial habilitación acorde con la excepcionalidad de la situación planteada[5].

Resulta así natural o razonable la existencia de un tratamiento diferenciado de la recuperación frente a otras formas de adquirir la nacionalidad, así como la previsión de distintas categorías dentro de la propia figura en atención a cada una de las causas o situaciones que concurran, diferenciación que tiene su origen en definitiva en el carácter voluntario, involuntario o forzoso de la pérdida[6].

La ajeneidad del extranjero al Estado al que trata de incorporarse como ciudadano no es absoluta cuando el que ejercer esta facultad ha disfrutado antes de su nacionalidad. El Estado toma en consideración la unión existente en su momento, a modo de un auténtico privilegio, y opera desde una perspectiva tanto activa, en beneficio del solicitante que desea la inte-

gración, como pasiva, cuando se realiza el necesario control por el propio Estado receptor.

Efectivamente, en la generalidad de las situaciones el Derecho reconoce la antigua vinculación con el extranjero que perdió la nacionalidad, sin más, y establece unos mecanismos administrativos para su recuperación. Estaríamos ante una forma de recuperación de la nacionalidad que podríamos denominar *automática*, en sentido estricto o puramente objetivo, que se identifica con la regla general o procedimiento ordinario. La recuperación de la nacionalidad se instrumentaliza pues, cuando actúa automáticamente, como un auténtico *acto reglado* del que se deriva, una vez acreditados todos los requisitos exigidos por el solicitante, un *deber* para el Estado que queda obligado a concederla; aunque también se configura como un *derecho subjetivo* al goce de la nacionalidad primitiva que depende exclusivamente de la mera declaración de voluntad del interesado[7]. Esta doble faceta de *derecho-deber* -de aspectos civiles que, además, concurren con otros de carácter administrativo-, tiene su fundamento, desde una perspectiva de derecho público, en el ejercicio de potestades regladas por parte de la Administración de la que la recuperación de la nacionalidad cuando opera automáticamente, no sería sino otra manifestación más[8]. No obstante, como veremos más adelante, la Administración pública también ejerce una potestad discrecional cuando debe realizar una apreciación subjetiva de determinadas condiciones -conceptos jurídicos indeterminados- como ocurre, por ejemplo, con las "circunstancias excepcionales" en que se concede la dispensa de la residencia en España, y que origina lógicamente, en un debate que ya es tradicional, la necesidad de diferenciar lo que es puramente discrecional de lo que sólo puede ser considerado como arbitrario.

En otros supuestos, aunque la recuperación también opera automáticamente, el ordenamiento acentúa el carácter privilegiado y actúa con una especial motivación positiva en la recuperación, dulcificando en su atención el rigor de los requisitos que habrían de acreditarse; tal es el caso de los emigrantes, en función de su antigua vinculación con nuestro país, o el de aquellas mujeres que con arreglo al tradicional y riguroso principio de unidad familiar y dependencia marital perdieron en su momento su nacionalidad, en favor de la del marido, al contraer matrimonio con extranjero.

Sin embargo, otras veces, el Estado realiza una función de control justificado por las circunstancias en que se produjo la pérdida, y ejerce un *veto especial* o habilitación discrecional por el Gobierno cuando la nacionalidad se perdió como sanción a una determinada conducta reprobable -pues debe sopesar si se mantienen o no las condiciones que justificaron la privación de este derecho como una medida de orden público -, o por haberse consolidado la voluntad determinante del solicitante de usar exclusivamente otra nacionalidad[9].

II. CONCEPTO. EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN FRENTE A OTRAS FORMAS DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD

Una vez justificada la figura de la recuperación de la nacionalidad en nuestro Derecho, podría aventurarse ya una definición de la misma, con carácter general, como un derecho o potestad facultativa, modificativa del estado civil[10], que podrá ejercitar sólo aquel extranjero que acredite haber ostentado con anterioridad, originaria o derivativamente, la nacionalidad perdida, mediante una declaración de voluntad solemne ante la Autoridad competente del Estado, que como regla general se produce *ope legis* simplemente acreditando el cumplimiento de una serie de requisitos administrativos, pero que en otros casos, sin embargo, podrá ser objeto de un veto discrecional por el Gobierno en atención a las especiales circunstancias en que se produjo la pérdida, y que tiene como principal efecto, en ambos casos, la readquisición en plenitud de esa ciudadanía tanto en su dimensión pública como privada, en la condición originaria o derivativa en que se disfrutaba antes de perderla.

En efecto, como señala MALUQUER DE MOTES la recuperación de la nacionalidad española está contemplada desde una doble perspectiva, en que la diferencia estriba en la habilitación discrecional del Gobierno. La primera, como se ha señalado anteriormente, opera automáticamente cumplimiento una serie de requisitos, mientras que la segunda depende de la concesión que haga en cada caso el Gobierno[11].

La facultad excepcional de recuperar constituye en términos generales una forma más de adquirir la nacionalidad española, y así el artículo 11.1 de la Constitución Española de 1978 (CE) no contempla expresa-

mente la recuperación como una forma de acceso a la nacionalidad española, posiblemente por considerarla como una facultad comprendida dentro de la categoría de la adquisición, de la que constituiría una especie más, pero con la particularidad de que el solicitante la habría ya ostentado con anterioridad.

De ahí que se plantee el problema de la delimitación frente a la figura de la adquisición regulada en nuestro Derecho, y si ambas pueden ser utilizadas indistintamente por los interesados, pues -como indica BERCOVITZ- nada impide que quien pueda recuperar prefiera otra vía de adquisición de la nacionalidad española[12].

El hecho de que el ahora extranjero ostentara anteriormente la nacionalidad española y la perdiera por su propia voluntad, o bien como una sanción o corrección impuesta por el Estado, constituye el dato básico que sirve para diferenciar genéricamente la noción de adquisición de la de *readquisición* de la nacionalidad[13]. Pero el extranjero incluido en este supuesto también podría recuperar la nacionalidad acudiendo a los modos derivativos de adquisición, tanto por opción como por naturalización.

La cuestión se ha planteado tanto en la doctrina, como en diferentes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en torno a *la adquisición por opción*, resolviéndose mayoritariamente en un sentido afirmativo –que compartimos plenamente- al entender que no hay razones para excluir que la recuperación de la nacionalidad pueda ejercitarse por este último camino si se cumplen todos los requisitos exigidos para la opción[14].

En una y otra figura –adquisición por opción y recuperación- destaca la nota del privilegio, pues participan ambas, en definitiva, de una misma justificación: el arraigo con el medio social nacional del que pretende recuperar u optar por esta nacionalidad[15].

A igual conclusión, en el sentido de quedar abierta la posibilidad de utilizar una u otra vía indistintamente, debe llegarse en relación con la *adquisición por naturalización o concesión* (ya sea por carta de naturaleza o por residencia) siempre y cuando se cumplan todos los requisitos exigidos para la recuperación.

En contra, sin embargo, de este planteamiento flexible puede citarse al profesor IRIARTE ANGEL para quien el extranjero que en el pasado fuera español debería acudir forzosamente a la institución de la recuperación, no pudiendo acceder a la nacionalidad mediante los procedimientos de adquisición regulados en otros preceptos[16].

Igual desaprobación merece a SALVADOR GUTIERREZ[17] el hecho de que la Dirección General de los Registros y del Notariado haya admitido la posibilidad de que el solicitante, anteriormente español, ejercite el derecho de opción por razón de patria potestad en lugar de la vía de la recuperación definida en el artículo 26 del Código Civil (en lo sucesivo, CC), pues, en su opinión, "esta solución desnaturaliza la razón de ser de la recuperación, bajo el argumento de que los trámites legalmente exigidos para su ejercicio sean más rígidos que los previstos para la adquisición de la nacionalidad en virtud de opción por sujeción a la patria potestad de un español, olvidando que se trata de regulaciones distintas para supuestos fácticos distintos". Ello podría suponer, en definitiva, un fraude de ley –como indica la profesora ALVAREZ RODRÍGUEZ[18]-, que no debería impedir, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6.4º CC, la aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir.

No obstante, sin perjuicio de cualquier opinión crítica que en ese sentido pueda formularse, debería evitarse cualquier planteamiento del que se derive injustificadamente una situación de discriminación efectiva por el mero hecho de utilizar uno u otro camino[19].

III. PERSPECTIVA HISTÓRICA DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA

En nuestra tradición jurídica, hasta la Ley de Registro Civil de 1870 y la publicación del Código Civil, las normas relativas a la nacionalidad hay que buscarlas en los textos constitucionales. En este sentido, todas las Constituciones posteriores a la de 1812 – la de 1837, 1845, 1869, 1876, 1931 y la vigente de 1978 -, han contenido disposiciones sobre en este ámbito.

La Constitución de 1812, aunque sí contemplaba con detalle los supuestos en que se producía la pérdida de la *ciudadanía* española (artí-

culo 25), no establecía unos mecanismos específicos que facilitaran su recuperación. Tampoco la de 1837, 1845, 1869 y 1876. Sin embargo, en la Constitución de 1931, ya vigente el Código Civil, se dispone que una ley establecerá "*el procedimiento que facilite la adquisición de la nacionalidad a las personas de origen español que residan en el extranjero*" (artículo 23), lo que se percibe como un interés constitucional por los que de alguna forma se encontraron en tiempos pasados vinculados con la metrópoli. No obstante, esta opción se configura más bien como una forma de *adquirir*, y no propiamente de *recuperar* la nacionalidad.

En la Constitución Española de 1978, el artículo 11.1 señala que *"la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley*", pero no alude a la recuperación – tal vez por no alterar de esta forma una tradición que arranca de la Constitución de 1869 - lo que, en primer lugar, coadyuva a mantener la hipótesis de que la recuperación se habría configurado en nuestro Derecho como una forma más de adquisición, como se ha indicado anteriormente. En segundo lugar, esta redacción ha merecido además un juicio crítico por parte de la doctrina al arrojar dudas sobre si el régimen jurídico de la recuperación, frente al de adquisición, conservación y pérdida, se encontraría o no incluido en la necesaria *reserva de ley* sobre esta materia[20], habiéndose decantado la misma, en buena lógica, por la primera de las soluciones posibles, y en contra de cualquier opción que justifique la concesión de un extenso margen de discrecionalidad a nuestro legislador en el tratamiento de la recuperación de la nacionalidad justificado en esa falta de previsión[21].

La recuperación de la nacionalidad española aparece por primera vez definida con perfiles propios en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 106[22] y 107[23] de la Ley de Registro Civil de 17 de junio de 1870, que distingue ya entre una regla general y otra especial que permanecerá, con algunas alguna excepción y matizaciones, durante toda la evolución de la figura hasta el momento actual. Pocos años después, el Código Civil de 1889 retoma en el artículo 21[24] este régimen, consolidando la recuperación de la nacionalidad como una facultad que puede ser ejercitada por aquellos extranjeros que antes fueron españoles pero que se vieron privados de su nacionalidad por diversas razones. Debe hacerse notar la extraordinaria facilidad concedida para el ejercicio de este

derecho – que a juicio de MANRESA resultaba incluso demasiado riguroso[25] -, y que se hacía depender, además de la radicación en España, de una mera declaración de voluntad ante el Registro Civil de recuperar la nacionalidad perdida renunciando, a su vez, a la que se ostentaba anteriormente.

En las sucesivas reformas del Código Civil, la nacionalidad española y, particularmente, su recuperación han recibido un tratamiento diferenciado, unas veces, por la necesidad de adaptar la legislación a nuevas realidades que han ido surgiendo, y otras, a partir de 1978, por la exigencia de dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución Española[26]. Frente a un extraordinariamente generoso sistema de recuperación según las Leyes de 15 de julio de 1954 y 2 de mayo de 1975, en las que bastaba una declaración de voluntad del solicitante ante el Encargado del Registro Civil renunciando a la nacionalidad extranjera, todas las reformas posteriores – especialmente las derivadas de la ley 51/1982, de 13 de julio y la Ley 18/1990, de 17 de diciembre -, han ido incorporando nuevos requisitos y perfiles en el ejercicio de esta facultad[27].

Dejando a un lado las reformas de 1982 y 1990, y las particularidades de sus regímenes transitorios, puede afirmarse que la Ley 29/1995, de 2 de diciembre, supuso un punto de inflexión en esa tendencia de endurecimiento de las condiciones, al suprimir el requisito de residencia legal en España para los emigrantes y sus hijos por considerar el trámite de la dispensa “excesivo y dilatorio” (la dispensa de este requisito por el Gobierno era obligatoria desde la vigencia de la Ley 51/1982), y ello por entender esta solución “en armonía con el deber del Estado, conforme al art. 42 CE, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores en el extranjero”[28].

En la misma línea apuntada por la exposición de motivos de la Ley 29/1995, en favor del emigrante, la Ley 36/2002, de 8 de octubre, ha incidido en la salvaguarda de los derechos de este colectivo. No obstante, introduce aportaciones de alcance general, y para ello suprime del artículo 26 CC el requisito de renunciar a la nacionalidad al suponer un obstáculo injustificado para la recuperación de la nacionalidad española en todos los casos.

Efectivamente, la exigencia de que la renuncia a la nacionalidad extranjera fuera efectiva antes de la recuperación, tenía en ocasiones la consecuencia - en los casos en que conforme al derecho extranjero fuera imposible la pérdida de la nacionalidad de origen -, de que no fuera posible recuperar la nacionalidad por no poder acreditarse este requisito. Al haber quedado reducida la renuncia a un simple requisito formal de la declaración, pero que sin embargo era susceptible de ocasionar un serio perjuicio si fuera preciso que la renuncia resultara efectiva, se hacía aconsejable su desaparición en cumplimiento de la recomendación establecida en el punto seis de la moción aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el 18 de octubre de 2000 sobre emigración.

Por lo demás, también ha sido necesario realizar algunas precisiones técnicas que son el resultado de las novedades legislativas acaecidas hasta este momento. Así, se ha hecho desaparecer el requisito previo de la habilitación del Gobierno para la recuperación de la nacionalidad española cuando no se ha cumplido el servicio militar o la prestación civil sustitutoria una vez desaparecida la naturaleza obligatoria de estos servicios, así como la indicación de que no sería precisa esa habilitación cuando la declaración de recuperación se hubiera formulado por varón mayor de cuarenta años al no tener ya sentido esta previsión.

Igualmente, como una cuestión estrictamente administrativa –pero introduciendo un elemento de confusión al que nos referiremos al final de este estudio-, la Disposición Adicional Primera señala un plazo máximo de un año para la resolución de las solicitudes de adquisición por residencia y dispensa del requisito de residencia legal para recuperar la nacionalidad española, entendiendo la solicitud desestimada por silencio negativo una vez transcurrido dicho plazo. Tiene su justificación esta previsión en el hecho de que al tratarse de una cuestión que incide en la constitución de un estado civil de la persona no pueda quedar sujeta a una resolución presunta[29].

Merecen una mención aparte las últimas propuestas legislativas que los grupos parlamentarios han efectuado sobre la nacionalidad - particularmente, sobre la recuparación -, propuestas que como bien ha destacado el Profesor GIL RODRIGUEZ obedecen a una pluralidad de orientaciones o filosofías muy distintas en su base [30].

Efectivamente, el texto finalmente aprobado en la reforma de la ley 36/2002 debe conceptuarse como moderado frente a los planteamientos enormemente favorecedores de las Proposiciones de Ley de los Grupos Parlamentarios Socialista[31] y Federal de Izquierda Unida[32], en las que, en términos generales, además de la renuncia se prescinde del requisito de tener que acreditar la residencia. Esta solución, tal y como se expone en sus correspondientes exposiciones de motivos, trae su causa de la ley 29/1995, que había ya suprimido este requisito para los emigrantes e hijos de emigrantes, y tiene como consecuencia principal extender o convertir en regla general para todo extranjero que acredite haber sido español en su momento – la innecesariedad de acreditar la residencia en España -, lo que antes aparecía como un privilegio para este concreto colectivo en atención a su especial vinculación con España.

La recomendación de la eliminación de la condición de tener que acreditar la residencia para poder recuperar la nacionalidad – que es asumida plenamente por las proposiciones antes citadas- tiene tal vez su mejor apoyo doctrinal en la formulación realizada por la profesora ALVAREZ RODRIGUEZ[33], que también compartimos, para quien este requisito, la residencia, continúa en ocasiones siendo un obstáculo o barrera difícilmente franqueable para los que pretenden acceder de nuevo a la nacionalidad perdida, que debería desaparecer de nuestro derecho, máxime cuando la obtención de la nacionalidad española por el procedimiento general puede considerarse como un *derecho subjetivo*, por lo que la declaración del interesado no puede ser rechazada.

Así pues, con arreglo a este criterio, serían condiciones suficientes para tener por efectiva la recuperación, exclusivamente, la declaración y la inscripción[34], sin tener que modificar su residencia y trasladarse de país (en su caso, estos requisitos podrían acreditarse ante el Encargado del Registro Consular del Estado de su residencia o mediante documento auténtico dirigido al Encargado del Registro Central), lo que implicaría en definitiva volver prácticamente sobre el régimen liberal de recuperación existente tras la reforma de 1975 con todas las críticas que en su momento fueron vertidas sobre la eliminación del requisito de la residencia en España, especialmente en torno al probable abuso de situaciones de doble nacionalidad de hecho que puede llevar aparejada la ausencia de esta condición[35].

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA RECUPERAR LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. SUPUESTOS: RÉGIMEN GENERAL Y ESPECIAL

A) Régimen general (artículo 26.1º CC):

Recuerda el profesor RODRIGUEZ MORATA que el artículo 26 CC ha venido exigiendo invariablemente desde la Ley 51/1982 cuatro requisitos generales para la recuperación de la nacionalidad española - entre los que omite referirse a la prueba de haber ostentado *de iure* la nacionalidad española en el pasado tal vez por considerarlo como un presupuesto básico de la solicitud -. Estos requisitos serían la residencia, declaración, renuncia e inscripción[36]. Pues bien, corresponde analizar ahora cada uno de estos requisitos:

1.- El requisito indispensable de haber ostentado en el pasado la nacionalidad española. La prueba de la nacionalidad perdida.

Un requisito básico de naturaleza sustantiva necesario para recuperar la nacionalidad española, ya se recobre la misma de forma ordinaria o en virtud de la correspondiente habilitación, es que el extranjero que la solicita haya sido antes español. Ello determina que no puedan acceder a nuestra nacionalidad mediante la recuperación aquellas personas que no hayan sido antes españoles, que deberán acudir forzosamente a los procedimientos de adquisición. Por esta razón, es imprescindible si se quiere optar por esta vía *probar suficientemente* que el interesado ostentó *de iure*, en un momento anterior, la nacionalidad española[37].

El encargado del Registro Civil debe, pues, calificar, esto es, examinar la concurrencia de este requisito que justifica la aplicación del procedimiento de recuperación (artículo 27 LRC); y en relación a este extremo la nacionalidad se acredita o se prueba como cualquier otro estado civil. En efecto, si bien una prueba definitiva de la nacionalidad sólo puede proporcionarla una sentencia firme recaída en juicio ordinario[38], debe partirse, en línea de principio, de la circunstancia de que el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos – entre ellos la nacionalidad -, y sólo en caso de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admiten otros medios de prueba diferentes (artículo 327 CC

y artículo 2 LRC). La forma adecuada de acreditar la nacionalidad será pues mediante una *certificación positiva* en los términos y extensión establecidos, según se solicite, en el artículo 33 del Reglamento del Registro Civil (en lo sucesivo, RRC).

La pérdida de la nacionalidad también debe ser objeto de inscripción (artículo 67 LRC), pero no es imprescindible, como veremos más adelante, para hacer constar la recuperación que previamente se haya inscrito la pérdida[39].

No obstante, como ha puesto de manifiesto la doctrina no existe en nuestro ordenamiento jurídico un certificado de nacionalidad específico que permita acreditar la nacionalidad del interesado en un momento determinado[40], lo que evitaría, como indica ALVARGONZALEZ SAN MARTIN[41] complicadas y molestas investigaciones a veces necesarias; a lo que además debe añadirse que el valor probatorio de los asientes del Registro Civil puede variar según se trate de nacionalidad originaria o derivativa.

En efecto, sin perjuicio de lo señalado anteriormente, la prueba de la nacionalidad del interesado puede evidenciarse también a través de una de presunciones legales, *iuris tantum,* (artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC) contempladas expresamente a estos efectos.

Así, el artículo 68 LRC presume españoles *de origen* a los nacidos en territorio español de padres también nacidos en España, en tanto en cuanto no conste la extranjería de los padres, presunción que tiene su fundamento en los propio datos inscritos en el Registro, como ocurre con el nacimiento.

Pero también puede declararse con valor de *simple presunción* la nacionalidad cuando este estado no consta en el Registro, mediante expediente gubernativo al efecto que puede promover cualquiera que ostente un interés legítimo y que tendría por objeto, en el caso que nos ocupa, la obtención de una declaración de posesión de la nacionalidad española en un momento anterior de la vida del solicitante. Esta es la forma usual en la práctica mediante la cual se documenta[42], y se acredita, la nacionalidad

que se pretende probar. El expediente se tramita ante el Juez encargado del Registro Civil del domicilio del interesado, y culmina con la correspondiente anotación (artículos 96 y 97 LRC; artículo 335 y ss. RRC).

Tampoco hay obstáculo para traer a colación, no sin todas las cautelas posibles para no vulnerar lo dispuesto en el artículo 2 LRC, los medios de prueba generales a los que se refieren los artículos 299 y ss. LEC, al menos en el expediente al que se refiere el artículo 96.2 LRC. En este sentido, se ha discutido en la doctrina el valor de determinados documentos que coadyuvan a acreditar la nacionalidad perdida, pero sobre los que se cierne la duda de si serían documentos suficientes para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad, o si deben ser tomados como meras declaraciones. Tal es el caso especialmente del D.N.I. o del Pasaporte[43]; así como de otros documentos diferentes, como puede ser un título de funcionario, la inscripción en determinados registros, etc. No obstante, aunque según un principio de estricta legalidad no puedan hacer la misma prueba que los asientos del Registro, debe reconocerse a estos documentos al menos un valor indiciario suficiente como para servir de base a las presunciones legales a las que nos hemos referido anteriormente[44].

La cuestión de la falta de documentación o de su inidoneidad no es baladí, y se encuentra en constante actualidad como queda demostrado de un somero examen de las últimas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Efectivamente, a título de ejemplo, en los hechos narrados en la RDGRN de 7 de noviembre de 2002, en relación con un antiguo español nacido en Salónica (Grecia), que sin embargo perdió la nacionalidad por dependencia familiar, el Encargado del Registro alegaba que “ante la falta de certificaciones de nacimiento, y con independencia del alcance que pueda darse a la condición de súbditos españoles en el extranjero ha de entenderse que no existe título suficiente del que se derive la nacionalidad española del solicitante o de su padre”, añadiendo “que ante la falta de título suficiente del que se derive la nacionalidad solicitada, el interesado puede solicitar ante el Registro Civil de su domicilio la declaración de la nacionalidad española del interesado o de su padre a través del expediente regulado en el artículo 96.2 de la Ley de Registro Civil y 335 a 340 de su Reglamento, debiéndose en este caso, remitirse a este Registro a fin de practicar los asientos pertinentes”.

Por lo demás, es conocido el criterio seguido por esa Dirección General de considerar suficiente a efectos de justificar la residencia legal la posesión por el interesado de DNI basada en un error de la Administración[45].

La nacionalidad se puede además recuperar tantas veces como antes se haya perdido, sin limitación de número, cualquiera que haya sido el modo originario o derivativo por el que se adquirió la nacionalidad perdida, como cualquiera que hubiese sido la causa de la pérdida, incluso cuando los interesados –antiguos españoles - sean apátridas en la actualidad.

Por último, no puede recuperar la nacionalidad española quien nunca ha dejado de ser español por no haber incurrido en causa de pérdida de la misma[46]. En este orden de cosas, uno de los supuestos posibles –y habituales- en que opera el expediente gubernativo con valor de simple presunción previsto en el artículo 96.2º LRC es, precisamente, cuando se solicita declaración de que no se ha perdido la nacionalidad española y la misma se mantiene en el momento de la petición[47].

2.- La residencia legal en España

No constituye éste un requisito que de forma invariable se haya mantenido en las distintas reformas del Código Civil, al menos hasta la Ley 51/1982. En efecto, el requisito – sustantivo, y no puramente formal - de la radicación en España fue eliminado en la versión de la Ley 14/1975, como también se ha hecho desaparecer en las Propuestas más recientes de los Grupos Parlamentarios del Partido Socialista y Federal de Izquierda Unida comentadas anteriormente.

En primer lugar, centrando ya el tema sobre este requisito administrativo, debe señalarse que el mero asentamiento o residencia de hecho no debe considerarse como una situación de residencia legal, como tampoco cabría identificar ésta con el concepto de domicilio previsto en el Código Civil o en la Ley de Enjuiciamiento Civil[48].

Tampoco deben admitirse, como pretenden algunos autores, distintas categorías de residencia legal, de primer o segundo grado, que esta-

rían sujetas a un mayor o menor rigor según se trate de adquisición por residencia o de recuperación de la nacionalidad, pues ello podría ser contrario a los principios de igualdad ante la ley (artículo 14 CE) y de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), incluso a pesar del carácter enormemente favorecedor que se desprende de la recuperación de la nacionalidad española tal y como se encuentra configurada en el artículo 26 CC, por el hecho de haber sido los promotores antiguos españoles[49].

No obstante, la cuestión no es pacífica en la doctrina, que se debate, como ha explicado el profesor PEREZ DE VARGAS MUÑOZ[50] a la hora de tratar la adquisición de la nacionalidad española por residencia, entre planteamientos muy flexibles - como admitir cualquier forma de residencia no ilegal, aunque se carezca de permiso de residencia -, frente a otros más rigurosos que exigirían la concesión de un permiso o autorización de residencia conforme a nuestra legislación de extranjería, en la medida en que sólo éstos podrían cumplir el requisito exigido –como concepto administrativo- de *legalidad* de la residencia. Es decir, sólo acreditarían legalmente la residencia aquellos extranjeros que ostenten una autorización para residir.

Esta última tesis es la que debe mantenerse en consonancia con lo dispuesto en la Ley de Extranjería[51], modificada en fechas recientes por la L.O. 14/2003, de 20 noviembre. En efecto, señala el artículo 29 de esta disposición que los extranjeros podrán encontrarse en territorio español en las situaciones de estancia o residencia, realizando la puntualización de que sólo "*son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir"* (artículo 30 bis LE, añadido por la L.O. 14/2003). Además, debe hacerse hincapié en la especial motivación de la L.O. 14/2003, de *"luchar contra el uso fraudulento de los procedimiento de gestión administrativa en esta materia*", lo que reforzaría una interpretación rigurosa de las condiciones en que debe tener lugar la recuperación de la nacionalidad española.

Debemos recordar además que la jurisprudencia del Tribunal Supremo en situaciones análogas, al tratar la adquisición de la nacionalidad española por residencia, ha considerado como residencia legal "*la realizada al amparo del permiso de permanencia o autorización de residencia*"

obtenida conforme a la legislación de extranjería (STS, 3ª, de 17 de noviembre de 2001, que cita a su vez la de la misma Sala de 19 de septiembre de 1998).

Así pues, sólo las situaciones de residencia en las que exista una expresa autorización para residir, y no las de mera "estancia" reguladas en el artículo 30 LE, se identificarían con este *concepto administrativo* a los efectos que venimos estudiando.

La L.O. 14/2003 ha introducido algunas novedades en las situaciones de residencia reguladas por la Ley de Extranjería, distinguiendo en los artículos 31 a 35 entre situaciones de *residencia temporal, residencia permanente, régimen especial de los estudiantes, residencia de apátridas, indocumentados y refugiados y residencia de menores*.

No cabe duda del carácter legal de las situaciones de residencia temporal y permanente. Tampoco ofrece dudas la necesidad de excluir de la residencia legal a los extranjeros en régimen de estudiantes, dado que su situación según el artículo 33.2. LE, es la de *estancia*, como a los indocumentados, que en buena lógica no constituirían una categoría con sustantividad a estos efectos.

Tienen la naturaleza de residentes legales los *menores* en situación regular, pues *"se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores*" (artículo 35.4 LE).

También tendrían la consideración de residentes legales los *apátridas* que reúnan los requisitos para ostentar este estatuto en territorio español, así como los *refugiados* a quienes nuestro derecho reconoce expresamente el derecho a residir en España (artículos 34.2 y 3 LE).

En cuanto a los ciudadanos miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo,

el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, regula la entrada y permanencia en España de nacionales de dichos Estados en los artículos 6, 7 y 8, distinguiendo entre *extranjeros que pueden residir con o sin tarjeta* y *los que tienen derecho a residir con carácter permanente.* En todos estos casos quedaría acreditada su residencia en forma legal a los efectos de recuperación de la nacionalidad española.

Aunque no se mencione expresamente, la residencia debe también ser anterior a la petición o solicitud de recuperación, tal y como se exigía en el artículo 26.1 CC en su redacción anterior a la Ley 18/1990 [52], como también se exige en la actualidad en el artículo 22.3 CC para la adquisición por residencia, que podría aplicarse por analogía a estos efectos.

2.1.- Excepciones al requisito de la residencia legal:

a) Emigrantes e hijos de emigrantes. Especial consideración al sistema permanente asimilado de recuperación de la nacionalidad por la mujer española que contrajo matrimonio con extranjero.

La emigración constituye una categoría jurídica relevante en el ámbito de la recuperación de la nacionalidad desde su introducción en el artículo 26 CC a raíz de la Ley 51/1982, en cumplimiento del mandato constitucional que obliga al Estado a velar por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero (artículo 42 CE).

Como ha explicado el profesor RODRIGUEZ MORATA[53], la evolución legislativa del artículo 26 CC a partir de esa fecha, en todas sus etapas, siempre ha tenido el denominador común del establecimiento de un régimen especial de nacionalidad para los emigrantes españoles, mediante una diferente configuración de la figura de la dispensa del requisito de la residencia. Efectivamente, es con ocasión de la Ley 51/1982, bajo cuya vigencia además del “regreso” se exige que la radicación sea legal y continuada durante un plazo determinado, cuando se inicia el régimen oscilante de la no exigencia de residencia o dispensa del requisito, particularmente referido al colectivo de aquellos que habiendo perdido la

nacionalidad española por emigración, deseaban posteriormente recuperarla. Este proceso tiene su culminación en la Ley 29/1995, que determina la no aplicación a los emigrantes o hijos de emigrantes del requisito de la residencia, aunque no se cierra finalmente sino con la Ley 36/2002 que, según se ha expuesto, suprime la condición formal de tener que renunciar a la nacionalidad anterior en todos los casos en los que se solicita la recuperación de la nacionalidad española.

Pues bien, llegado este punto puede decirse que cuando el que solicita el retorno a la metrópoli es un antiguo español emigrante, nuestro derecho exige que acredite exclusivamente los requisitos de haber ostentado en el pasado la nacionalidad española, la declaración ante el encargado del Registro Civil y la inscripción. Es decir, no necesitará justificar residencia legal en España y, menos aún, solicitar la dispensa de la misma, trámite superfluo que tantas críticas recibió en el pasado[54], básicamente por la desnaturalización del propio concepto y la excesiva burocratización del mismo en el tratamiento del fenómeno de la emigración[55].

En cuanto al ámbito subjetivo del régimen especial de recuperación por emigración, debe señalarse, en primer lugar, que el solicitante debe tener la condición de “emigrante o hijo de emigrante”.

El concepto de emigrante no ha sido siempre una cuestión pacífica en la doctrina científica ni en la de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como lo demuestra la pluralidad de acepciones que se han mantenido sobre este término[56]; como tampoco lo ha sido el hecho de determinar si es necesario acreditar que la pérdida de la nacionalidad española se haya producido también por razón de emigración.

Actualmente, sin embargo, debe mantenerse una interpretación *gramatical* y amplia del término emigrante “de tal modo que la emigración se deduce del hecho de haber nacido en España y de haberse trasladado al extranjero por cualesquiera motivos. No hace falta pues, una prueba especial de la emigración y menos de sus causas, porque la misma se deduce, sin más de la inscripción del nacimiento en España del declarante” (RDGRN de 7 de septiembre de 2002). En efecto, sólo puede exigirse “el hecho físico de la emigración y no que la adquisición de la nacionalidad

extranjera haya sido una consecuencia de aquélla" (Instrucción de 20 de marzo de 1991), por lo que carecen de importancia los móviles subjetivos que llevaron a la adquisición de otra nacionalidad (RDGRN 31 de marzo de 1990), quedando así definitivamente soslayadas del concepto de emigrante "las consideraciones en torno a la naturaleza empresarial, autónoma o por cuenta ajena del trabajo realizado, así como la perentoriedad o la más libre voluntad que conjunto a su realización en el extranjero"[57].

Los hijos de emigrantes también quedan incluidos en este beneficio con sólo acreditar la filiación. Ahora bien, en relación con los hijos de emigrantes nacidos cuando sus padres hubieran ya perdido la nacionalidad española, ha quedado finalmente resuelto el problema de la caducidad de los plazos que para el ejercicio del derecho de opción se encontraban previstos en las Leyes 18/1990, 15/1993 y 29/1995. Efectivamente, en la redacción dada por la Ley 36/2002 al artículo 20.1.b) CC, las personas cuyo padre o madre hubieran sido originariamente español y nacido en España pueden adquirir la nacionalidad por opción – aunque no la originaria[58]-, sin límite de edad, novedad que como señala la profesora PEÑASCO VELASCO pretende de alguna manera colmar la situación de injusticia que puede surgir en cuanto a la determinación de la nacionalidad de una persona que tendría pleno derecho a ser española, pero que no lo es por culpa de la emigración de los padres[59].

En relación con el importante problema derivado de la pérdida "involuntaria o forzosa" de la nacionalidad española por la *mujer española que contrajo matrimonio con extranjero* –acorde con la tradicional línea, hoy superada, de unidad familiar y dependencia familiar de la mujer casada-, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 29/1995, dispuso que podrá ésta recuperar la nacionalidad española perdida por razón de matrimonio de acuerdo con el régimen previsto en el artículo 26 CC para la recuperación de la nacionalidad por emigrantes e hijos de emigrantes. Es decir, se le concede el mismo tratamiento que a la emigración, quedando equiparadas así ambas situaciones y consolidándose el criterio que en reiteradas resoluciones había venido mantenido hasta esa fecha la Dirección General de los Registros y del Notariado[60].

Este régimen transitorio, que algún autor ha denominado "sistema permanente de recuperación especial de la nacionalidad española"[61], debe

entenderse subsistente en la medida en que no ha resultado expresamente modificado por la Ley 36/2002, por lo que la mujer española que hubiera perdido su nacionalidad por razón de matrimonio, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 14/1975, podrá recuperarla –sin sujeción a plazo-, en las mismas condiciones que los emigrantes y los hijos de éstos. Ahora bien, resulta necesario conocer – y probar[62] - el Derecho extranjero, dado que se encuentra dentro de lo posible que no se haya producido la pérdida de la nacionalidad conforme a aquellas normas por no haber adquirido la mujer de forma automática la nacionalidad extranjera del marido, pudiendo resultar en definitiva que la misma nunca hubiera dejado de ser española[63] y no fuera necesario instar la recuperación.

b) Dispensa de la residencia por el Ministro de Justicia:

Para tener una idea cabal del sentido de la dispensa en su configuración actual se hace necesario conocer cual ha sido su evolución a partir de su formulación originaria. Ocurre así que la recuperación de la nacionalidad exigía en un primer momento acreditar suficientemente la voluntad de conexión con la comunidad política española, hecho que quedaba constatado a través de la radicación en España. Este requisito se mantiene invariable hasta la Ley 14/1975, no sin su exoneración puntual mediante Decreto en atención a circunstancias excepcionales que justificaban la no exigencia del mismo.

Tras un reducido intervalo de tiempo en que se hace desaparecer incluso la necesidad de acreditar la residencia, se restaura ésta bajo la vigencia de la Ley 51/1982 que, a su vez, rehabilita la dispensa pero en una formulación dual, esto es, *discrecional* como regla general, y *obligatoria* en el supuesto de emigrantes y de quienes hubieran adquirido forzosamente la nacionalidad del cónyuge, división que a juicio de la doctrina suponía una desnaturalización injustificada de esta figura a la que es consustancial el elemento de la discrecionalidad, que conducía al planteamiento absurdo de requerirse la intervención forzosa e innecesaria de la autoridad administrativa competente cuando la dispensa ya de por sí se configuraba como un acto obligatorio[64].

Así, estas circunstancias aconsejaron la desaparición de la dispensa obligatoria para el colectivo de emigrantes suprimiendo directamen-

te la necesidad de la residencia en España, como ya se indicó, a través de la reforma efectuada por la Ley 29/1995, permaneciendo esta formulación general del concepto hasta la redacción del vigente artículo 26 CC.

Podrán solicitar la dispensa del requisito de tener que acreditar la previa residencia legal en España los antiguos españoles, que no teniendo la condición de emigrantes o hijos de emigrantes, pretendan recuperar la nacionalidad española, siempre y cuando en los mismos concurran circunstancias excepcionales, lo que en la práctica se traduce necesariamente - si tenemos en cuenta, como ya se apuntó, el carácter puramente objeto del término emigrante -, en la aplicación de esta facultad a un reducido núcleo de personas[65].

Más trascendente resulta el tema de la determinación de qué ha de entenderse por *circunstancias excepcionales* y cuándo concurren las mismas, así como de la necesidad de instrumentar un control de la dispensa en la medida en que el mismo se configura como un *acto discrecional* de la Administración pública.

En cuanto al primer aspecto, la doctrina es unánime en la recomendación de ajustarse a unos criterios interpretativos homogéneos que puedan servir de orientación a la hora de apreciar este auténtico *concepto jurídico indeterminado* en que consisten las “circunstancias excepcionales” (pues sus límites resultan difusos o imprecisos), considerando vigente a estos efectos la Orden de 11 de julio de 1991 sobre tramitación de dispensa del requisito de residencia en España[66] , que establece las circunstancias a partir de las cuales quedaría justificada la misma sin descartar evidentemente otros motivos o circunstancias posibles que puedan servir de adecuada motivación[67].

No obstante, debe llamarse la atención sobre el hecho de que desde la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, las circunstancias en que se concede la dispensa de residencia ya no son “especiales”[68], sino “excepcionales”, lo que sin duda obliga a acotar e interpretar en un sentido aún más restrictivo las causas en que debe otorgarse, pues como ha señalado la doctrina la dispensa se encuentra “vinculada” a las mismas y sólo podrá concederse cuando concurran tales circunstancias[69].

Por lo demás, nada obsta a una dispensa "genérica" dirigida a un determinado grupo o colectivo y no a título exclusivamente individual, que incluso podría tener efectos retroactivos[70].

En cuanto a la segunda cuestión, la dispensa, como se ha observado, constituye un acto discrecional que parte de un juicio subjetivo previo de la Administración -en este caso, la competencia corresponde al Ministro de Justicia-, que habrá de estar suficientemente motivado, sobre la concurrencia de circunstancias excepcionales en un caso concreto, por lo que sobre este acto será de aplicación toda la doctrina existente en orden a la posibilidad de revisión o control por la jurisdicción contencioso-administrativa del ejercicio de las potestades discrecionales por la Administración Pública con exclusión de cualquier posible situación de arbitrariedad *ex* artículo 9.3 CE[71].

Resulta en la actualidad difícil de sostener el criterio mantenido por el profesor RODRIGUEZ MORATA[72] que excluye del control judicial la resolución del Ministro de Justicia sobre la denegación de la dispensa de residencia con el argumento de que "aún concurriendo las circunstancias excepcionales en la persona del peticionario, es de absoluta discrecinalidad del Ministro de Justicia apreciarlas positivamente para la concesión". Más difícil resulta aún esta justificación si tenemos en cuenta que este mismo autor afirma, tras excluir la denegación de la posibilidad de revisión judicial, que sí resultaría admisible, en cambio, el control judicial "en el caso de la concesión de la dispensa".

Debemos inclinarnos, no obstante, por aquellos planteamientos que consideran, mayoritariamente, en sede de derecho administrativo, que la admisión de esta ausencia de control equivaldría "a consagrar una verdadera patente de corso a favor de los despachos administrativos"[73], por lo que por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución existirán siempre -utilizando para ello técnicas adecuadas[74]-, una serie de aspectos sobre los que en todo caso será posible el control judicial[75].

En cuanto al procedimiento, comenzará con una solicitud por escrito en el que se acrediten los extremos necesarios para la recuperación, así como de las circunstancias excepcionales que aconsejan la dispensa, por

lo que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 365 RRC relativo a los expedientes de nacionalidad que sean competencia del Ministerio.

Este expediente es instruido por el Encargado del Registro Civil o, en su caso, el Cónsul del domicilio del solicitante o, en su defecto, por el Encargado del Registro Civil Central. En los países extranjeros en que no existan funcionarios consulares o diplomáticos españoles las peticiones de dispensa pueden hacerse en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio de Justicia (artículo 234 RRC)[76].

La instrucción del expediente, previa audiencia al Ministerio Fiscal, finaliza con una propuesta de resolución en orden a la concesión o denegación de la dispensa, que se eleva a la Dirección General de los Registros y se resuelven, finalmente, en forma de Orden de la Dirección General por delegación del Ministro de Justicia[77].

Contra la resolución, sin duda alguna, cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo que corresponderá resolver a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional[78].

Ahora bien, lo que sí resulta discutible es la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil impugnando la autorización o denegación de la dispensa, por razones de fondo o de forma. Piénsese que puede haberse denegado la recuperación de la nacionalidad por la única razón de no haber acreditado la dispensa de residencia, y que contra la denegación se haya formulado una demanda civil en juicio ordinario (artículo 249.1 LEC) discutiéndose las "circunstancias excepcionales" que motivaron la denegación de la dispensa. Admitir esta posibilidad supondría la inaplicación de las reglas de atribución de la jurisdicción que rigen en nuestro ordenamiento jurídico, además de abrir una vía ilimitada para revisar la actuación de la administración al margen del plazo perentorio previsto para la interposición del recurso contencioso-administrativo contra los actos de esta naturaleza[79].

Por último, debe señalarse que la doctrina es partidaria de aplicar por analogía a este supuesto lo dispuesto en el artículo 22.5 CC para la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia que "*deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa*"[80].

3.- La declaración ante el Encargado del Registro Civil de la voluntad de recuperar la nacionalidad española

La declaración de recuperación de la nacional se efectúa ante el Encargado del Registro Civil. Ahora bien, puede ocurrir que la declaración se presente en un Registro Civil distinto al del lugar de nacimiento, en cuyo caso el Encargado –que realiza una calificación provisional- levantará acta por duplicado remitiendo uno de los ejemplares al competente para practicar la inscripción marginal (229 RRC). En este sentido, la declaración podría efectuarse ante el Cónsul acreditado en el extranjero, aún cuando sea necesario realizar el envío correspondiente al Registro Civil Central[81], sin que pueda impedirse el ejercicio de este derecho de recuperación a la persona que reside en un país extranjero en el que no existan Oficinas Consulares españolas, por lo que debe reproducirse aquí lo señalado anteriormente para la solicitud de dispensa en circunstancias análogas.

Por aplicación igualmente analógica de lo dispuesto en los artículos 234 RRC en los países extranjeros en que no exista agente diplomático o consular español, la declaración podrá formularse en documento debidamente autenticado dirigido al Ministerio español de Asuntos Exteriores, quien, con informe sobre la fecha de remisión a dicho Ministerio, dará traslado, a través del Ministerio de Justicia, al Registro competente para la inscripción[82].

Por lo demás, en las declaraciones, la calificación que realiza el Encargado del Registro Civil comprende no sólo la identidad del declarante, sino también su capacidad (artículo 27 LRC). En este sentido, los incapaces y los menores de catorce años pueden recuperar la nacionalidad española a través de su representante legal, o simplemente asistido por éste hasta cumplir los 18 años salvo que antes tuviera lugar su emancipación, por aplicación, también analógica, de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 CC.

4.- Inscripción de la recuperación en el Registro Civil

Una vez formuladas las declaraciones y, en su caso, presentados los documentos necesarios, el Encargado del Registro extenderá los asientos o dictará resolución razonada denegándolos (artículo 28 LRC).

Tiene la inscripción en el Registro Civil una especial importancia pues sus efectos son constitutivos del hecho de la recuperación de la nacionalidad española –como elemento integrante del acto de adquisición de la nacionalidad- de acuerdo con lo establecido en los artículos 64 LRC y 230 RRC. A partir de esta fecha, como ha señalado la STS, 1ª, de 22 de febrero de 1960, la recuperación comienza a producir sus efectos al serle de aplicación lo dispuesto en el artículo 330 CC para las naturalizaciones[83].

El hecho de no haber inscrito previamente la pérdida de la nacionalidad no es obstáculo para la inscripción de la recuperación pues no es constitutiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 LRC que dispone que "*la pérdida de la nacionalidad se produce siempre de pleno derecho, pero debe ser objeto de inscripción*"", por lo que al aceptar voluntariamente otra nacionalidad se produce siempre de forma autómática la pérdida de la española, tal y como pone de manifiesto la STS, 3ª, de 19 de julio de 1989[84].

Los hechos relativos a la nacionalidad se inscribirán al margen de la inscripción de nacimiento (artículo 46 LRC).

La nacionalidad se recupera desde el momento de la inscripción, como se ha indicado, pero los efectos pueden retrotaerse a un momento anterior, esto es, al del acta o el de la remisión del documento autenticado por agente diplomático o consular (artículos 64 LRC, 227 y 230 RRC)[85].

La inscripción debe realizarse una vez que se hayan acreditado los requisitos exigidos para la recuperación. Ahora bien, resulta posible que la declaración de recuperación no se inscriba hasta un momento posterior, fijando el Encargado un plazo prudencial para que el solicitante complete adecuadamente la prueba, por lo que también en este caso la inscripción tiene efectos retroactivos.

Debe resaltarse la importancia de la fijación de la fecha, como puntualiza DIAZ MARTIN[86], dado que "en ocasiones puede encontrarse vinculado el derecho de terceros, los hijos, a la fecha de declaración del padre", así como porque una vez inscrita la recuperación el Encargado debe poner en conocimiento del intersado que sus hijos tienen el derecho de "optar" a

la nacionalidad española conforme a lo dispuesto en los artículos 19 y 20 CC.

Contra la decisión de inscribir la recuperación la nacionalidad española, cabe la interposición del recurso gubernativo al que se refiere el artículo 29 LRC, ante la Dirección General. No obstante, agotada la vía registral, de conformidad con lo establecido en el artículo 92 LRC en relación con el artículo 249.1 LEC queda siempre abierta la posibilidad de acudir a la vía judicial civil, dado que "*las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaida en juicio ordinario*".

B) Régimen especial (artículo 26.2º CC): habilitación discrecional por el Gobierno

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 26.2 CC es necesaria la previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno a aquellas personas que se encuentren incursas en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 25 CC relativo a las causas de pérdida de la nacionalidad española. No obstante, se establece una primera condición relevante consistente en que sólo pierden la nacionalidad aquellos que no sean españoles *de origen* – en consonancia con el mandato constitucional establecido en el artículo 11.3 CE-, y, además, del hecho de que en la clasificación de las penas establecidas en el artículo 33 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Código Penal, ha desaparecido la de pérdida de la nacionalidad española[87].

Ya de forma particular, el artículo 25 CC comprende tres supuestos de pérdida de la nacionalidad derivativa que, no obstante, pueden dar lugar a una ulterior recuperación, aunque supeditada en todo caso a la previa habilitación discrecional del Gobierno – o "rehabilitación especial" como la llamada la Ley de Registro Civil de 1870 -. Estos casos son el de pérdida de la nacionalidad por haber utilizado exclusivamente la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española durante un período de tres años; la pérdida por haber entrado voluntariamente al servicio de las armas o ejercer cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno y, por último, la pérdida originada en virtud de nulidad de la adquisición como consecuencia de

sentencia firme que hubiera declarado que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española.

Debe destacarse, en primer lugar, que la reforma introducida por la Ley 36/2002, ha supuesto, de una parte, la exclusión de varios supuestos en los que se requería la habilitación, que venían contemplados en el artículo 26.2 CC, especialmente por una motivación de técnica legislativa que justificaba su supresión; y, de otra, la definición una nueva causa de pérdida de la nacionalidad española desconocida hasta este momento en el artículo 25 CC.

En efecto, la eliminación de la obligatoriedad del servicio militar o, en su caso, de la prestación social sustitutoria, hacían aconsejable la desaparición en el artículo 26.2 b) CC de la necesidad de previa rehabilitación por el Gobierno cuando se solicitaba la recuperación de la nacionalidad sin haber realizado este servicio o prestación.

Además, la Ley 36/2002 introduce "ex novo", en el artículo 25.1.a) CC una causa de *pérdida tácita o por abandono*, de la nacionalidad española derivativa que se origina cuando en un intervalo de tiempo –que se cifra en tres años- se haya utilizado exclusivamente la nacionalidad a la que se hubiese declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española, supuesto que se incluye como una medida coherente –como indica la exposición de motivos- con lo establecido en el artículo 24 CC también para la pérdida, y que ha merecido algún juicio negativo por parte de la doctrina, entre otras razones, por la indefinición de su motivación real, presupuesto este necesario, lógicamente, para una adecuada aplicación del precepto[88].

El peticionario deberá acreditar los requisitos exigidos con carácter general en el artículo 26.1 CC para recuperar la nacionalidad española, a lo que se añadirá la habilitación especial por parte del Gobierno. Así pues, concurrirán dos solicitudes que pueden tramitarse simultáneamente[89], por un lado, la petición de la recuperación de la nacionalidad española, y por otro, la solicitud dirigida al Gobierno para que conceda la habilitación.

No obstante, lo que no resulta posible, en principio, es la acumulación o tramitación conjunta, conforme al artículo 347 RRC, del expediente de solicitud de dispensa de residencia, que resuelve e Ministro de Justicia, y el de habilitación, que resuelve el Gobierno[90].

La habilitación se extiende además a la adquisición, para evitar así que mediante esta técnica se defraude la exigencia establecida para la recuperación[91].

El expediente de habilitación previa, que ha de resolver el Gobierno, se instruye, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 RRC, por la Dirección General de los Registros y del Notariado que podrá comisionar al efecto al Encargado del Registro Civil del domicilio del interesado, sin que en ningún caso se requieran anuncios generales ni audiencia del Ministerio Fiscal. Además, una condición común con los supuestos de solicitud de dispensa de residencia es que "*cuando la concesión sea otorgable discrecionalmente o cuando dependa de circunstancias excepcionales o de motivos de orden público o interés nacional, los Encargados instructores y el Subdirector en sus propuestas se limitarán a enjuiciar los requisitos de fondo y forma, y a destacar los hechos probados o notorios que puedan ilustrar para la decisión. La resolución denegatoria se comunicará en estos casos a la Dirección General para que ordene las notificaciones que procedan*" (artículo 366 RRC).

Del tenor de lo dispuesto en el artículo 26.2º CC la habilitación se concede "discrecionalmente", lo que tiene como consecuencia un extraordinario margen de libertad en la apreciación de estas condiciones por parte de la Administración. Ahora bien, esa amplia subjetividad no puede justificar la posibilidad de "sustraer" al conocimiento de los tribunales de justicia la revisión de esta calificación por el hecho de no existir elementos suficientes que permitan un control adecuado. Tal es la tesis, por el contrario, mantenida por BERCOVITZ[92] o RODRIGUEZ MORATA[93] para los que no parece posible someter a control judicial su denegación o concesión por no existir "elemento reglado" alguno concreto que respetar. En este sentido debemos recordar lo señalado con relación a la concesión de dispensa de residencia por circunstancias excepcionales y, especialmente, lo relativo a la construcción doctrinal y jurisprudencial de técnicas adecuadas para el

ejercicio del control judicial de estos actos. Así, el control judicial no tiene por que circunscribirse exclusivamente a los tradicionales elementos reglados de todo acto administrativo (existencia y extensión de la potestad, competencia, procedimiento, fin y desviación de poder, etc.), sino que, como ya se señaló, cabe un control de los *hechos determinantes* (su exactitud o realidad como presupuesto del acto, incluso la calificación jurídica realizada por la Administración), o un control a través de los *principios generales del Derecho* (buena fe y confianza legítima, igualdad en la resolución ante igualdad de supuesto de hecho, etc.), además del que puede resultar de la exigencia de una adecuada y suficiente *motivación* del acto administrativo en que consiste la habilitación.

En cuanto a la forma, la denegación o concesión de la habilitación adopta la de un Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Justicia (artículo 223 RRC), contra el cual, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 22.5 CC, cabe interponer recurso contencioso-administrativo en los mismos términos que para la dispensa de residencia. No obstante, debe tenerse en cuenta que la habilitación no autoriza de forma automática la recuperación de la nacionalidad, sino que se limita a facultar al interesado para ejercitar la declaración de recuperación[94].

Por lo demás, concedida la habilitación se practicará la correspondiente inscripción marginal de recuperación a la vista del Real Decreto habilitante y de la declaración del interesado (artículo 228 RRC).

V. VALORACIÓN GENERAL DE LA RECUPERACIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA TRAS LA LEY 36/2002

La ley 36/2002, de 8 de octubre, no ha introducido modificaciones *de fondo* en relación con la figura de la recuperación de la nacionalidad. Tan sólo sería destacable la supresión del requisito de la renuncia –como de manera insistente había venido reclamando la doctrina -, dado que la misma había quedado reducida a una mera formalidad. Pero sin duda se ha perdido una oportunidad para dar una respuesta adecuada a algunas de las cuestiones que han suscitado un mayor debate por parte de la doctrina, como ocurre con el hecho de que la adquisición mediante *opción* esté concebida en términos más favorables que la de recuperación (cuando la

realidad demuestra, como se ha señalado, que puede optarse indistintamente entre uno y otro mecanismo); y, especialmente, la recomendación de la supresión de la exigencia del requisito de *residencia* para todos aquellos que ejercen este derecho, indistintamente del colectivo al que pertenezcan[95].

Resulta paradójico hoy en día que la recuperación de la nacionalidad se encuentre configurada como una facultad más rígida que la adquisición mediante *opción* -rigidez en la que el dato la exigencia de la residencia es relevante-, a través de la cual resulta incluso más fácil acceder a la nacionalidad española, máxime cuando en quienes ejercitan el derecho a recuperar la nacionalidad concurre la condición privilegiada de haber ostentado en el pasado la nacionalidad española.

Tampoco parece aconsejable que se someta a los antiguos españoles al "régimen de extranjería" para poder probar o acreditar la residencia en España, aún a pesar de que la misma pueda ser dispensada en circunstancias excepcionales. Como señala ALVAREZ RODRIGUEZ[96], no puede concederse a estas personas el mismo tratamiento que al resto de los extranjeros pues, en definitiva, no deben quedar sujetos a las mismas condiciones ya que su caso sería diferente. De esta forma, según esta opinión, sería aconsejable *de lege ferenda* la eliminación del requisito de la residencia legal para recuperar la nacionalidad con carácter general.

Debe también recordarse que la residencia no es exigible para quienes ostentan la naturaleza de emigrante o hijo de emigrante, concepto éste extraordinariamente amplio en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en una acepción puramente gramatical, a la que se adhiere también la doctrina científica mayoritaria, comprende a todos aquellos que habiendo sido una vez españoles se hayan traslado al extranjero "por cualquier motivo" -móviles que a estos efectos serían completamente irrelevantes-, lo que *de facto* convierte automáticamente a los supuestos en que no es necesario acreditar la residencia en la regla general aplicable en la inmensa mayoría de los supuestos planteados.

Indisolublemente unido al requisito de la residencia -a mayor abundamiento en este juicio crítico-, tampoco puede merecer una opinión favo-

rable la forma en que se haya articulada -y justificada- la facultad de dispensa en circunstancias excepcionales. En primer lugar, porque la operatividad de la misma habría quedado sensiblemente reducida a la vista del planteamiento realizado anteriormente; y, en segundo, lugar, con mayor razón, porque aunque se configura aparentemente como una prerrogativa a favor del promotor puede también, inevitablemente, operar como una forma de veto, lo que induce a una cierta confusión al invadir el ámbito propio de la "habilitación discrecional" que nuestro Derecho refiere a unas concretas causas que motivaron la pérdida de la nacionalidad, y que sin embargo sí tiene una evidente justificación.

A ello habría que añadir la distorsión que en la apreciación del requisito de la residencia legal se viene produciendo en algún sector de la doctrina, que incluso llega a "recomendar" la exigencia de un menor rigor en su valoración o calificación cuando se trata de *recuperar* la nacionalidad, de forma diferente a cuando se valora esta misma condición para *adquirir* mediante residencia –en cuyo caso se apreciaría con una mayor exigencia-, y que se justificaría en el carácter favorable que tiene la recuperación frente a otras formas de acceder a la nacionalidad[97]. Este planteamiento, por un lado, implica admitir una "discriminación positiva" en favor de los beneficiarios de esta última técnica de acceso a la nacionalidad y, por otro, significa en definitiva reconocer el valor "relativo" o "disminuido" de este requisito cuando se exige para recuperar la nacionalidad española frente a otros supuestos de adquisición.

Por tanto, la exigencia de la "radicación" en territorio español debería seguir las mismas vicisitudes que la renuncia, siendo requisitos suficientes para recuperar la nacionalidad española en todos los casos los de declaración por el promotor y la inscripción en el Registro Civil, retomándose así, prácticamente, el régimen de recuperación existente en nuestro ordenamiento jurídico tras la reforma de 1975.

Por último -y para finalizar esta valoración- resulta igualmente llamativo que la Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2002 establezca el plazo máximo de un año para la resolución de *la adquisición por residencia* y *dispensa de residencia* y "olvide" realizar una mención expresa a los supuestos en los que es necesaria la "habilitación previa" por el Gobierno.

En efecto, debe recordarse que la Disposición Adicional del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimientales en materia de justicia e interior –de menor rango que la anterior disposición- se refería, a los mismos efectos, a todos "los procedimientos relacionados con la adquisición o recuperación de la nacionalidad española susceptibles de recurso en la vía contencioso-administrativa", lo que determina, en principio, la aplicación del plazo máximo de un año también para la resolución de los procedimientos de habilitación previa. Pues bien, cabría formular las siguiente preguntas: ¿habrían quedado excluidos los procedimientos o expedientes de habilitación del plazo máximo de un año de resolución en atención a la excepcionalidad de sus circunstancias? ¿y de los efectos negativos del silencio? ¿debe entenderse derogada en este punto la Disposición Adicional del Real Decreto 1789/1994 por ser contraria a una disposición de rango superior sobre la misma materia?.

No creemos que haya sido esta la intención del Legislador, sino más bien una cuestión de inadecuada técnica legislativa, por varias razones:

En primer lugar, cuando la exposición de motivos de la Ley 36/2002 señala que "la disposición adicional primera tiene por finalidad adecuar los procedimientos relativos a la nacionalidad española a la Ley 30/1992, de 26 de diciembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" no está realizando intencionadamente ninguna exclusión, lo que implicaría entender que quedan comprendidos *todos* los procedimientos, incluido el de habilitación especial. Todo ello nos podría llevar a la conclusión, sin duda forzada, de que cuando la disposición adicional primera habla de adquisición por residencia o dispensa de residencia se estaría refiriendo a estos supuestos *ad exemplum*, sin exclusión de los restantes procedimientos que quedarían amparados por la Disposición Adicional del Real Decreto 1879/1994 que continuaría vigente.

Y en segundo lugar, porque la Disposición Adicional Segunda de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, dispone que "en todas las peticiones y expedientes relativos a la nacionalidad y al nombre y a los

apellidos, las solicitudes de los interesados no podrán entenderse estimadas por silencio administrativo", lo que en todo caso se traduce en la consecuencia, como principio general, de que el transcurso de un año en la tramitación del expediente produce efectos negativos y, en definitiva, el rechazo de la solicitud. Así pues, una vez más, se hace necesario acudir a una interpretación integradora de las normas para encontrar una solución adecuada a lo que parece evidenciarse como un mero error u omisión por parte del Legislador.

Notas:

[1] Estudio de investigación realizado en el marco del Programa de doctorado "Estudios Avanzados de Derecho e Investigación Jurídica" de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

[2] "La nacionalidad más que un derecho es un estado civil y, como tal, un complejo de deberes y derechos" (RDGRN de 5 de marzo de 1999).

[3] GIL RODRIGUEZ, J*., Comentarios al Código Civil,* t. II, Vol. 1.º, coordinados por RAMS ALBESA, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 11.

[4] PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., "Nacionalidad y Extranjería: algunos aspectos civiles", *B.I.M.J*., n.º 1907, Madrid, año LV, 15 de diciembre de 2001, pág. 4054. La jurisprudencia también ha acogido este planteamiento ya tradicional en la doctrina, señalando que "la inclusión de la nacionalidad en el Código Civil no es arbitraria, ya que se trata de un auténtico estado civil, decisivo para la posición de la persona, si bien aquélla tiene una doble dimensión, al ser un título para formar parte de la organización del Estado y además una cualidad de la persona como perteneciente a la comunidad, configurando el primero su aspecto público y la segunda el privado" (STS, 3ª, de 24 de abril de 1999).

[5] LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*. t. I, Trivium, Madrid, 1993, pág. 294.

[6] La recuperación de la nacionalidad se encuentra íntimamente relacionada con los modos de perderla, hasta el punto de que resulta adecuado un estudio conjunto de ambas figuras. En este línea de identificación entre pérdida y recuperación, LETE DEL RIO, J.M., (*La Nueva Regulación de la Nacionalidad*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1987, pág., 137), incide particularmente en esta distinción entre dos clases de recuperación, "las cuales se corresponden con las dos causas de pérdida: voluntaria y por rehabilitación".

[7] ESPINAR VICENTE, J.M., *Derecho Internacional Privado. La Nacionalidad*, 2ª ed., Edic. T.A.T., Granada, 1988, pág. 137.

[8] Puede traerse a colación, aunque sea por analogía con la recuperación, lo señalado por la jurisprudencia en el sentido de que "el reconocimiento de la nacionalidad española por residencia no es una potestad discrecional sino un *deber* cuando concurren los requisitos legalmente previstos" (STS, 3ª, de 21 de enero de 2004).

[9] En este sentido afirmaba PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 3.º, 2.º ed., dirigidos por ALBALADEJO GARCÍA y DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1993, pág. 520), bajo la vigencia de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, que "la razón del trato diferente, en muchos aspectos más duro, que unos extran-

jeros (los antiguos españoles) tiene, en relación con los demás extranjeros, para conseguir la nacionalidad española se encuentra en el hecho mismo de haber sido ya antes españoles y haber perdido la nacionalidad española ya por su voluntad, ya como sanción".

[10] *Ibidem*, pág. 518.

[11] MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la Persona y Negocio Jurídico*, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1993, pág. 96.

[12] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Comentarios al Código Civil*, coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 120.

[13] ESPINAR VICENTE, J.M., encuentra en la recuperación dos diferencias básicas frente al sistema de adquisición: de un lado, la conceptuación de la recuperación de la nacionalidad como un derecho subjetivo que se hace depender, básicamente, de la mera declaración de voluntad del solicitante; y de otro, la dispensa del requisito de residencia, aspecto éste que no encuentra un vehículo legal idóneo en la facultad de adquisición (*ob. cit*., pág 137). A estas diferencias añade FERNANDEZ ROZAS, J.C., el dato de que la facultad de recuperar, frente a la de adquirir, no está sujeta a ningún plazo de caducidad o prescripción (*Derecho Español de Nacionalidad*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 229).

[14] Instrucción de 20 de marzo de 1991 y RDGRN de 26 de junio de 1995, que a su vez cita las Resoluciones de 13 de noviembre de 1990 y de 7 de mayo de 1993. En sentido contrario, cabe citar la RDGRN de 5 de septiembre de 1992 para la que "quienes con su conduzca anterior han llegado a incurrir en causa de pérdida de la nacionalidad española […] han de someterse, como es lógico, a requisitos más rígidos para la recuperación, los cuales, en principio, no pueden ser soslayados acudiendo a las otras vías previstas para adquirir "ex novo" la nacionalidad española". En definitiva, se hace recomendable huir de generalizaciones innecesarias y analizar caso por caso cada supuesto planteado.

[15] MARTIN LOPEZ, A., "La adquisición de la nacionalidad española por opción en la reciente doctrina registral", en *B.I.M.J*., nº 1925, año LVI, de 15 de septiembre de 2002, pág. 2860.

[16] IRIARTE ANGEL, J.L., *Comentarios del Código Civil*, coordinados por SIERRA GIL DE LA CUESTA, Tomo I, Bosch, Madrid, 2000, pág.568.

[17] SALVADOR GUTIERREZ, S., *Manual Práctico sobre Nacionalidad*, Comares, Granada, 1996, pág. 240-241.

[18] "Perdida y recuperación de la nacionalidad española", *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería*, coordinadas por MIQUEL CALATAYUD, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994, págs. 65-66.

[19] Al hilo de esta cuestión, debe significarse que la RDGRN de 7 de mayo de 1993, consideró que tratar de excluir del mecanismo de la recuperación por opción por razón de patria potestad al que acreditaba también los requisitos exigidos para la recuperación por la vía del artículo 26 CC "implicaría un trato discriminatorio para los nacidos españoles respecto de los nacidos extranjeros, que más tarde quedan sujetos a la patria potestad del que ha adquirido de modo sobrevenido la nacionalidad española. No puede ser de peor condición los primeros que los segundos". De otra parte, la posibilidad de llegar a situaciones reales de discriminación a la hora de utilizar uno u otro instrumento (recuperación *vs*. adquisición por residencia) fue abordado también por la doctrina antes de la reforma del Código Civil por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, en el convencimiento de que la utilización de la vía de la recuperación por aquellos que ostentaron en su momento la nacionalidad española, pero que la perdieron por sanción, exigía la acreditación de unos requisitos más gravosos – la previa habilitación - que los que debían acreditar otros extranjeros, también antiguos españoles, que utilizaban el

"camino indirecto" de la adquisición por residencia. Se hablaba también entonces de "fraude de Ley", y de la necesidad de aplicar la ley que se había tratado de eludir de conformidad con lo establecido en el artículo 6.4 Código civil. La discusión se encuentra hoy superada en la medida en que la Ley 29/1995, de 2 de noviembre, exige la correspondiente habilitación en relación con los supuestos previstos expresamente en el artículo 26.2º CC. Así lo expone DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J. *Comentarios del Código Civil*, t. I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 217.

[20]PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J, "Nacionalidad y Extranjería…", *ob. cit*., ,pág. 4059.

[21]LOPEZ Y LOPEZ, M., "Comentario al artículo 11.1 y 2", *en Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. II, dirigidos por ALZAGA VILLAMIL, Madrid, 1997, págs. 138-139. Al hilo de esta cuestión, la reciente STC, 1ª, de 23 de febrero de 2004, FJ 3º, ha recordado que "la reserva de ley no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 83/1984, de 24 de julio), pues esto último supondría degradar la garantía esencial que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2º. En este mismo sentido, la STC 52/2003, de 17 de marzo, y todas las resoluciones allí citadas)".

[22] En la primitiva redacción de 1870, disponía el artículo 106 de la Ley de Registro Civil (en adelante LRC), que "el español que hubiese perdido esta calidad por adquirir naturaleza en país extranjero podrá recobrarla volviendo al reino, declarando que así lo quiere ante el juez municipal del domicilio que elija, o en otro caso ante el director general, renunciando a la protección del pabellón de aquel país, y haciendo inscribir en el Registro civil esta declaración y renuncia".

[23] También establecía el artículo 107 LRC que "el español que hubiese perdido su nacionalidad por entrar al servicio de una potencia extranjera sin licencia del Gobierno de España, además de los requisitos prevenidos en el artículo anterior, necesitará para recuperar la calidad de español una rehabilitación especial del mismo Gobierno, y en el respectivo asiento del Registro civil deberá hacerse expresa mención de esta rehabilitación".

[24] En su redacción originaria el artículo 21 del Código Civil señalaba que "el español que pierda esta calidad por adquirir naturaleza en país extranjero, podrá recobrarla volviendo al Reino, declarando que tal es su voluntad ante el encargado del Registro Civil del domicilio que elija para que haga la inscripción correspondiente, y renunciando a la protección del pabellón de aquel país".

[25] MANRESA Y NAVARRO, J.M., (*Comentarios al Código Civil*, t. I, 4ª ed., Reus, Madrid, 1914, pág. 172), consideraba demasiado restrictivos los artículos del Código Civil en esta materia "toda vez que ningún artículo prescribe que ha de residir en España el extranjero que solicita carta de naturaleza en ella, y que otros permiten que declare ante nuestros agentes diplomáticos o consulares que desea adoptar su nacionalidad española el que ha nacido en España de padres extranjeros, y que llenado las mismas condiciones pueda recuperar su nacionalidad el hijo de padre o madre españoles que la hayan perdido, no se nos alcanza que inconveniente podría haber en permitirse que hiciera una declaración en estas condiciones el que fue español y desea volver a serlo, pues para nosotros no es razón única la falta de precedentes en el derecho positivo español y extranjero que conocemos".

[26] Cfr. Exposición de motivos de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad.

[27] SALVADOR GUTIERREZ, S., *ob. cit.*, pág. 229. Este estudio resume las líneas principales del régimen legal de todas y cada una de las reformas hasta la Ley 29/1995 en lo relativo a la recuperación de la nacionalidad, por lo que resulta recomendable su lectura a la hora de abordar este aspecto. En cuanto a los problemas de derecho transitorio de cada reforma hasta la Ley 18/1990, es destacable el trabajo de GIL RODRIGUEZ, J., *La Nacionalidad Española y los Cambios Legislativos, Significado y Alcance de las Disposiciones Transitorias de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Colex, Madrid, 1993.

[28] Cfr. Exposición de motivos de la Ley 29/1995, de 2 de diciembre.

[29] DIAZ MARTIN, F.R., "Pérdida y recuperación de la nacionalidad española: doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado", *Actualidad Civil*, t. LXXIII, nº 46, 13 al 19 de diciembre de 1999, pág. 1542.

[30] GIL RODRIGUEZ, J., "Aproximación a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del código civil en material de nacionalidad: emigración e inmigración", en *Revista del Poder Judicial*, nº 68, Madrid, 2002, págs. 109 y ss.

[31] Proposición de Ley nº 122/000102, sobre modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (*BOCG*, Congreso de los diputados, VII legislatura, Serie B, de 20 de febrero de 2001). Posteriormente, ya aprobada la Ley 36/2002, vuelven a reproducirse los mismos planteamientos en la Proposición de Ley nº 122/000271 de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 305-1, de 28 de febrero de 2003).

[32] Proposición de Ley nº 122/000150 de modificación del Código Civil en materia de adquisición y recuperación de la nacionalidad (*BOCG*, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie B, nº 168-1, de 26 de octubre de 2001).

[33] ALVAREZ RODRIGUEZ, A., *ob. cit*., pág. 71.

[34] GIL RODRIGUEZ, J., *ob. úl. cit.*, pág. 165.

[35] DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J*., Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, coordinados por AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág., 154.

[36] RODRIGUEZ MORATA, F.A., "Las nuevas condiciones de recuperación de la nacionalidad española", en *Revista Galega de Administración Pública*, nº 28, 2001, pág. 88.

[37] RDGRN de 2 de enero de 2001 y 26 de febrero de 2000.

[38] Circular DGRN de 22 de mayo de 1975.

[39] RRDGRN de 26 de febrero de 1999, 25 de noviembre de 1993 e Instrucción de 16 de mayo de 1983.

[40] SALVADOR GUTIERREZ, S., *ob. cit*., pág. 41.

[41] *La Regulación de la Nacionalidad tras la Ley 18/1990, Guía Jurídico-Práctica para el Cónsul*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 57.

[42] SALVADOR GUTIERREZ, S., *ob. cit.*, pág. 42: el documento mediante el que se prueba la nacionalidad del solicitante viene constituido por el testimonio, literal o en extracto, de la resolución del Registro (artículo 340 RRC), o mediante certificado (artículos 6 y 7 LRC).

[43] En efecto, el hecho de que el interesado esté en posesión del Pasaporte o D.N.I. podrá surtir otros efectos, pero no bastan para probar legalmente la nacionalidad española. Así lo ha recordado recientemente la RDGRN de 20 de junio de 2003, en el sentido de que "es cierto que el D.N.I. sirve para acreditar, salvo prueba en contrario, la nacionalidad española del titular (disposición adicional primera, letra a, del Real Decreto 1245/1985, de 17 de julio), pero, como viene reiterando este Centro Directivo a partir de la Resolución de 18 de mayo de 1990, esa presunción no es absoluta pues su ámbito se ciñe exclusivamente al de los expedientes

administrativos e, incluso en éstos, puede ser desvirtuada por otros documentos o datos que consten en el mismo expediente (disposiciones adicionales 2.a y 3.a del Real Decreto antes citado**)** y en cualquier caso no rige en el ámbito del Registro Civil por afectar a materias de Derecho Privado a cuya tramitación se aplican supletoriamente las leyes procesales (artículos 16 y 349 R.R.C.) y en el que la prueba de los hechos inscritos se regula por lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley". Debe tenerse en cuenta, además, como señala la RDGRN de 1 de julio de 1992, que "ninguna norma registral ni administrativa (impone) al Encargado del Registro Civil municipal el deber de cerciorarse, antes de expedir ese certificado de nacimiento *ad hoc*, de que el nacido es español. Deberá pues, denegar la expedición de esa certificación si del texto del asiento se deduce, sin lugar a dudas, que al interesado no le corresponde la nacionalidad española, pero en los demás casos el Encargado podrá librar la certificación y será después a los órganos competentes a quienes corresponderá decidir si efectivamente el titular es español y tiene derecho por ello a obtener el DNI".

[44] GIL RODRIGUEZ, J., *Comentarios…, ob. cit*., págs. 21-22.

[45] RRDGRN de 18 de mayo de 1990, 25 de octubre de 1991 y 4 de febrero de 1992.

[46] RDGRN de 18 de enero de 2003.

[47] PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *ob. cit*., pág. 521.

[48] RODRIGUEZ MORATA, F.A*., ob. cit*., pág. 105.

[49] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *ob. cit*., pág. 119, opina que la residencia legal en España debe entenderse en los términos del artículo 22.3 CC, "incluso con menos rigor, puesto que la recuperación debe ser tratada más favorablemente que la adquisición de quien nunca fue español".

[50] "Nacionalidad y extranjería…" *ob. cit*., págs. 4072-4081, donde se hace un amplio estudio de las distintas posturas existentes sobre este particular.

[51] La situación de residencia es objeto de desarrollo en los artículos 40 y ss. del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en adelante RLE: Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería.

[52] ALBACAR LOPEZ, (J.L.), y MARTIN GRANIZO, (M.), *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*. t. I, Trivium, 3ª ed., Madrid, 1992, pág. 301.

[53] *Ob. cit*., pág. 88. Este mismo autor realiza además en este estudio un análisis detallado de los principios que han informado nuestro Ordenamiento Jurídico en relación con la emigración, con fundamento tanto en la Constitución Española como en el Derecho Internacional.

[54] En relación con la crítica al sistema de "dispensa obligatoria", *vide* RODRIGUEZ MORATA, F.A., "La nacionalidad de los emigrantes españoles en la Ley 18/1990, de Reforma del Código Civil", en *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, nº 11 y 12, enero-agosto 1991, págs. 385-426.

[55] DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *Comentarios del Código Civil…, ob. cit.*, pág.214.

[56] Para un resumen de las principales posturas *vide* RODRIGUEZ MORATA, F.A., "Las nuevas condiciones…", *ob. cit*. pág. 94, nota 6. En este mismo orden de cosas, PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M*.,* (*ob. cit*., págs. 528-533), es un buen representante de la corriente que prefiere eludir un concepto de emigrante puramente literal, inclinándose, en la opción entre una posición *etimológico-gramatical* frente a otra *sociológica*, por este último concepto menos extenso referido a una idea la emigración en sentido forzoso o por necesidad, y no como una forma de vida en la que simplemente se *elige* esta opción. Por lo demás, especial consideración merece el artículo de ALVAREZ RODRIGUEZ, A., "La recuperación de la nacionalidad por los emigrantes originariamente españoles", *La Ley*, 1985-4, págs. 1019-1025, concretamente, en el caso que nos ocupa, en torno al concepto "amplio o extensivo" de emigrante.

[57] GIL RODRIGUEZ, J., *ob. úl. cit*., pag. 180. Para tener una idea más precisa de la problemática, hoy obsoleta, de la prueba de la razón de la emigración y de la autoridad encargada

de la calificación de los motivos alegados, a la entrada en vigor de la Ley 51/1982, *vide* ALVAREZ RODRIGUEZ, A., *ob. úl. cit*., pág. 1025-1026.

[58] GIL RODRIGUEZ, J., "Aproximación a la Ley 36/2002,…", *ob. cit*., págs. 137-138.

[59] PEÑASCO VELASCO, R., "La nacionalidad de los hijos y nietos de emigrantes, según la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código civil en materia de nacionalidad", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 581/2003, pág. 10.

[60] RRDGRN de 25 de abril de 1992 y 4 de diciembre de 1990.

[61] SALVADOR GUTIERREZ, S., *ob. cit.,* pág. 256.

[62] "*El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*" (artículo 281.2 LEC). No obstante, FERNANDEZ ROZAS, (J.C.) y SANCHEZ LORENZO, (S.), en *Derecho Internacional Privado*, Civitas, 2ª ed., 2001, págs. 243-253, recuerdan que como medios de prueba se admiten generalmente, en la documental, la certificación de diplomático o cónsul español acreditados en el extranjero del derecho que se pretende probar; o de los mismos sujetos pero del pais extranjero acreditados en España, aunque también puede solicitarse certificación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia a estos efectos. Y en pericial, mediante un dictamen de dos jurisconsultos.

[63] DIAZ MARTIN F.R., *ob. cit*., pág. 1523.

[64] DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J., *ob. úl. cit*., págs. 214-215.

[65] *Ibidem*, págs. 214. Consideraba este autor que tras la reforma de la Ley 18/1990 la dispensa realmente discrecional quedaba limitada prácticamente a los nietos de emigrantes.

[66] Estos criterios orientativos, *ad exemplum*, a seguir por la Dirección General de los Registros son según aquella disposición la estancia o intención de residir en España, la ausencia de antecedentes penales, la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, las actividades profesionales, sociales, culturales o benéficas a favor de intereses o asociaciones españolas y cualquier otra circunstancia que denote una particular vinculación con España del interesado y de su familia. Es interesante el planteamiento realizado por DIAZ MARTIN, *ob., cit*., pág. 1535, que recuerda la necesidad de establecer, *de lege ferenda*, unos parámetros seguros a la hora de motivar una dispensa, como los incorporados en el punto segundo de la Orden de 11 de abril de 1996 de *exención de visado por circunstancias excepcionales* para tratar de solventar una situación de indefinición que hasta ese momento venía originando un serio problema interpretativo (para conocer la regulación de la exención del visado por residencia v*ide* artículo 49.2 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería).

[67] PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *ob. cit*., pág. 525, entiende que dado que la dispensa viene a sustituir a la residencia en circunstancias excepcionales, deben entenderse como conceptos de igual valor, por lo que a su juicio sería suficiente, a su juicio, con que en el sujeto concurran circunstancias de conexión efectiva con España que tengan valor equivalente al que supone la residencia.

[68] El artículo 26.1.a) CC, en la redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, señalaba, en relación con el requisito de residencia legal, que "cuando se trate de emigrantes o hijos de emigrantes, este requisito podrá ser dispensado por el Gobierno. En los demás casos, la dispensa sólo será posible si concurren *circunstancias especiales*".

[69] DIAZ GARCIA, N., *La Reforma de la Nacionalidad, Comentario a la Ley 18/1990, de 17 de diciembre*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 116.

[70] *Ibidem*, pág. 547-548.

[71] En este orden de cosas, y sin perjuicio de otras técnicas de control de la discrecionalidad, el profesor FERNANDEZ RODRIGUEZ T.R., (*De la Arbitrariedad de la Administración*, 3ª ed,

Civitas, Madrid, 1999, pág. 82), destaca como elemento esencial la necesidad de *motivación suficiente* que ha de existir en todo acto discrecional para no ser considerado arbitrario. Motivar no puede consistir además en "limitarse a reiterar la expresión abstracta usada por la ley sin aludir a las razones o causas concretas por las que se deniega" (STS, 3ª, 19 de junio de 1999). A igual conclusión llega AYALA MUÑOZ, J.M*.,* (*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo*, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 371), que cita a su vez la STS, 3ª, de 10 de junio de 1994, que considera la motivación de los actos discrecionales como un "deber lógico para que pueda distinguirse entre lo discrecional lícito y lo arbitrario injusto, en la discrecionalidad los motivos lícitos no son controlables, pero han de ser conocidos, justamente para que pueda examinarse si la decisión es fruto de la discrecionalidad razonable o del capricho o humor de los funcionarios: en último extremo, con discrecionalidad o sin ella, la Administración no puede perseguir con su actuación otra cosa que el mejor servicio a los intereses generales –artículo 103.1 CE- y, por lo tanto, debe dejar constancia de las razones que avalan esa finalidad y descartan cualquiera otra ilícita".

[72] *Ob. úl. cit*., pág. 109.

[73] GARCIA DE ENTERRIA (E.), y FERNANDEZ RODRIGUEZ (T.R*.), Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, pág. 456*.*

[74] *Ibidem*, págs. 466-476. A juicio de estos autores el control de la discrecionalidad de los actos de la Administración puede operar –como de hecho opera en la jurisprudencia- a partir de varias técnicas: el control de los elementos reglado de todo acto administrativo (existencia y extensión de la potestad, competencia, procedimiento, fin y desviación de poder, etc.), el control de los hechos determinantes (su exactitud o realidad como presupuesto del acto, incluso la calificación jurídica realizada por la Administración), o el control por los principios generales del Derecho (buena fe y confianza legítima, igualdad en la resolución ante igualdad de supuesto de hecho, etc.).

[75] FERNANDEZ VALVERDE, R., "Objeto del proceso. Actos impugnables", en *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Estudios de Derecho Judicial nº 11,Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, pág. 169-170.

[76] AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., "Intervención consular en materia de nacionalidad", *B.I.M.J.*, nº 1961, año LVIII, Madrid, 15 de marzo de 2004, pág. 1036. También recuerda este autor que la Orden Circular de la DGRN nº 3014, de 24 de marzo de 1983, consideró que "…además de la ratificación de la promotora, debe notificarse la incoación del expediente al Canciller del Consulado en funciones del Ministerio Fiscal (cfr. art.54 RRC), practicarse en su caso información testifical y elevarse las actuaciones a este Centro previo dictamen del Ministerio Público y autopropuesta del Cónsul encargado".

[77] SALVADOR GUTIERREZ, S., *ob. cit.,* pág. 242.

[78] La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia "*de los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado en general*…" (artículo 11.1.*a*, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en adelante LJCA). En este sentido, puntualiza SALVADOR GUTIERREZ. S., (*ob. cit.* pág. 29), que en los supuestos de expedientes registrales de dispensa del requisito legal de residencia en España, en los que el encargado, por delegación, tramita el expediente y lo eleva al órgano para competente para su posterior resolución por el Ministro de Justicia, mediante Orden, la concesión o denegación estará sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

[79] El prof. RODRIGUEZ MORATA (*ob. cit.,* pág. 109) mantiene sin embargo el criterio de atribuir la competencia de la impugnación por irregularidades en la tramitación de la dispensa

"ante la jurisdicción civil, de acuerdo con el procedimiento declarativo que corresponda", aunque apunta la posibilidad de control por la jurisdicción contenciosa "cuando no concurran circunstancias excepcionales en el interesado". Con todo, en nuestra opinión, la dispensa constituye un acto administrativo autónomo cuya revisión debe corresponder a la jurisdicción contenciosa, tal y como ocurre, por ejemplo, con los supuestos de autorización o denegación de dispensa de la obligación de *visado* cuando concurran circunstancias excepcionales (artículo 49.2 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería).

[80] Señala SALVADOR GUTIERREZ, S., (*ob. cit*., pág. 243), que "contra la Orden Ministerial, concediendo o denegando respectivamente, la habilitación o la dispensa, cabe recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como expresamente establece el artículo 22.5º CC para el supuesto de concesión de la nacionalidad por residencia, y que la doctrina entiende aplicable por analogía a los demás supuestos en los que el título de concesión depende de un órgano no registral, y cuya mayor o menor discrecionalidad debe estar siempre sujeta a la fiscalización de los tribunales".

[81] ALBACAR LOPEZ, (J.L.) y MARTIN GRANIZO (M.), *Código Civil…, op. cit*., pág. 297.

[82] AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M., (*ob. cit*. pág. 1037), refiriéndose a la declaración que debe efectuar el interesado ante el Encargado del Registro, recuerda que la Circular de la DGRN de 22 de mayo de 1975 consideró que la exigencia del entonces artículo 24 CC "no debe interpretarse restrictivamente impidiendo el ejercicio del derecho a la recuperación a la persona que resida en un país en el que no existan Oficinas Consulares Españolas".

[83] "*No tendrán efecto alguno legal las naturalizaciones mientras no aparezcan inscritas en el Registro, cualquiera que sea la prueba con que se acrediten y la fecha en que hubiesen sido concedidas*" (artículo 330 CC).

[84] Sobre los efectos de la previa inscripción o no de la pérdida antes de la recuperación *vide* Instrucción DGRN de 16 de mayo de 1983, a tenor de la cual "puede inscribirse directamente la recuperación, sin necesidad de que se extienda antes la inscripción perdida. Habrá que distinguir entonces dos posibilidades: una, que el asiento de recuperación contenga en sí la inscripción de la pérdida con justificación de todos los requisitos especiales exigidos para la inscripción de este hecho, caso en que el Registro probará tanto la pérdida como la recuperación; otra, que por cualquier causa, por ejemplo, por el tiempo transcurrido, no sea posible acreditar plenamente todos los requisitos de la pérdida, hipótesis en la que el Registro no probará esta última y la recuperación se admitirá, no obstante, para mayor seguridad del estado civil del intersado, el cual, quizá, habrá seguido siendo siempre español".

[85] PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *ob. cit*., pág. 555. Ahora bien, en relación con esta misma cuestión, el prof. RODRIGUEZ MORATA, F.A., (*ob. cit*., pág. 11), señala que la inscripción no es necesario un verdadero expediente, sino que bastaría con una manifestación de voluntad inscribible directamente si se formula ante el Encargado del Registro Civil del domicilio del interesado, añadiendo a continuación que si la recuperación se formula ante la Encargado del Registro del domicilio del interesado, dará lugar a un acta por duplicado, uno de cuyos ejemplares se remitirá al Registro competente, debiendo considerarse como fecha de la inscripción la fecha del acta por duplicado, que habrá de constar en el asiento respectivo (artículos 64 LRC, 228 y 229 RRC).

[86] DIAZ MARTIN, F.R., *ob. cit*, pág. 1538.

[87] Dispone la exposición de motivos de la Ley 36/2002 que "ha desaparecido el supuesto de pérdida de la nacionalidad como pena, al no contemplarse ya la misma en el Código Penal".

[88] Dice GIL RODRIGUEZ, J., (*ob. úl. cit*., pág. 161, notas 102 y 104), que "por lo visto, seguimos sin saber a qué responden las nuevas causas de perdida, aunque se intuye que obede-

cen al deseo de "recortar la concesión" hecha a los hijos de emigrante: estos podrán ser o permanecer españoles, pero con mayor riesgo de perder esta nacionalidad, como si se les exigiera una mayor adhesión positiva a esa nacionalidad española que se les otorga". Aunque "quizás, la razón fundamental para ubicar la causa en el artículo 25 […] se halle en la hipótesis que se diseña representaría una ineficacia sobrevenida o una denegación ulterior de la nacionalidad española adquirida "con ánimo fraudulento".

[89] LASARTE ALVAREZ, C., *Principios…, ob. cit.,* pág.295.

[90] ALONSO PEREZ, F., (*Régimen Jurídico del Extranjero en España*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1995, pág. 34), es sin embargo de la opinión de que "cuando la habilitación sea también necesaria, conforme al artículo 26.2 CC, ambos expedientes de dispensa y habilitación podrán ser acumulados".

[91] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *ob. cit*., pág. 120.

[92] *Ibidem*, pág. 120.

[93] RODRIGUEZ MORATA, F.A., *ob. cit.*, pág. 113.

[94] FERNANDEZ ROZAS, J.C., *ob. cit.,* pág. 234.

[95] Incida ALVAREZ RODRIGUEZ, A., ("Pérdida y recuperación…", *ob. cit.,* pág. 70), que "lo deseable habría sido la erradicación de este requisito con carácter global".

[96] *Ibidem*, pág. 96 y 97.

[97] Recuérdese, como ya se indicó, que algún autor como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., (*ob. cit*., pág. 119), es de la opinión de que el concepto de la residencia legal en España debe entenderse –en sede de recuperación- con *menos rigor*, que cuando se pretende adquirir por otros medios, puesto que la recuperación debe ser tratada más favorablemente que la adquisición por quien nunca fue español.

EFECTOS DE LA RESERVA DE DOMINIO

MANUEL MONTÁNCHEZ RAMOS
Registrador de la Propiedad

Resumen:

En el presente artículo el autor se aproxima a ciertos aspectos de la reserva de dominio como medio de garantía del aplazamiento del precio en los contratos traslativos de la propiedad. El tratamiento fiscal de la figura así como su reflejo registral son de vital importancia en su utilización en el tráfico inmobiliario actual, puesto que va determinar los costes transaccionales en que los contratantes van a incurrir en su negociación, así como la transcendencia frente a terceros que el ordenamiento jurídico le atribuye.

Introducción

En el presente estudio nos vamos a referir a las distintas posiciones jurídicas que crea la venta de un bien limitada con la reserva del dominio para las partes contratantes, modalizando los efectos comunes de la compraventa. Para ello distinguiremos tres posiciones jurídicas diferentes: por un lado la del vendedor del bien que es titular de la reserva; por otro la del comprador de un bien gravado con la misma; y por último la de los terceros acreedores tanto del comprador como del vendedor que pretenden atacar el bien en cuestión para embargarlo y obtener mediante su realización la satisfacción del crédito de que son titulares.

Para mayor claridad podemos partir de una somera referencia a los efectos que la compraventa ordinaria produce en cada una de las tres posiciones anteriormente citadas para, posteriormente, referirnos a las variaciones que respecto de las mismas produce la reserva de dominio.

La situación del vendedor en una compraventa perfecta y consumada es de pérdida absoluta de derechos sobre el bien vendido y queda tan sólo obligado al saneamiento del mismo al amparo de lo dispuesto en

los artículos 1461 y 1474 del Código Civil, por lo que sus acreedores en ningún caso podrán dirigirse contra el objeto de dicho negocio al no pertenecer ya al deudor. Al contrario, el comprador devendría, en caso de haberse producido la entrega o traditio, en propietario del bien y al haber ingresado en su patrimonio, por aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del mismo Código Civil, entraría en el ámbito de atacabilidad por parte de sus acreedores.

En el supuesto de añadir el pacto de reserva de dominio a favor del vendedor hasta el completo pago del precio aplazado, ¿en qué se modifican las posiciones jurídicas antes expresadas?

Posición jurídica del vendedor.

Estudio doctrinal.

En caso de que el vendedor haya garantizado el pago de la parte aplazada del precio con la reserva de dominio parece evidente que su situación jurídica es completamente diferente de la anteriormente expuesta, y ello porque, de estar completamente desposeído de todo derecho respecto del bien vendido va a pasar a ser titular de algunas facultades sobre el mismo.

Para Borrell y Soler la situación del vendedor se asemeja a la del propietario pero con ciertas matizaciones. Así al haberse reservado el dominio de la cosa vendida sigue siendo titular de la misma puesto que la venta es condicional, pero al mismo tiempo reconoce que en caso de que el comprador enajene o grave el bien a favor de un tercero no será oponible al mismo la reserva de dominio por parte del vendedor al resultar inmoral que este tercero se viera privado de su titularidad por el incumplimiento del pago del precio por el comprador. (Cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1909 para fundamentar dicha inatacabilidad).

Además, se plantea este autor la influencia del pacto respecto de la atribución de los riesgos para el caso de deterioro o pérdida de la cosa por caso fortuito concluyendo que resulta de justicia que los mismos sean

soportados por el comprador ya que “el vendedor se ha desprendido condicionalmente del dominio de la cosa, y el cumplimiento de la condición depende exclusivamente de la voluntad del comprador, el cual en cualquier momento puede convertirse en dueño mediante el pago del precio; cumplida la condición sus efectos se retrotraen al día en que se constituyó la condición (artículo 1120 del C.c.)”

La respuesta de Borrell y Soler parece incongruente con su punto de partida, y ello resulta así puesto que no cabe definir al vendedor como propietario y no fijar siquiera cuál es la posición jurídica del comprador y posteriormente atribuir derechos a uno y otro impropios de su situación. Si entendemos que el vendedor continúa manteniendo la titularidad del bien resulta contrario a dicho Derecho que el comprador pueda realizar acto dispositivo alguno respecto del mismo ya que incurriría en la figura de la venta de cosa ajena y, por supuesto, tampoco podría imputarse los riesgos al comprador ya que al no producirse el traspaso de titularidad alguna deberían recaer en el único titular del bien.

A juicio de Mas Alcaraz la posición del vendedor se debe analizar en tres momentos diferentes: en un primer momento común pendiente la condición y, posteriormente en los casos de cumplimiento o incumplimiento de la misma. En la primera fase o de pendencia de la condición de pago de pago del precio su posición se caracteriza por ostentar la “doble cualidad de propietario de la cosa y acreedor del precio aplazado” El problema surge a la hora de definir dicha propiedad ya que Mas Alcaraz la limita, refiriéndose a Ferrera-Santamaria, como una propiedad bajo condición resolutoria como reflejo de la estar la transmisión subordinada a condición suspensiva. Se refiere también a Rubino al decir que esta propiedad tiene una simple función de garantía y por tanto está limitada tanto por la obligación de ceder el uso y goce al comprador como por la obligación personal de no transferir a otros la propiedad (STS de 10 de junio de 1958)

En esta fase de pendencia es cierto que el vendedor tiene un derecho limitado puesto que carece del disfrute del bien al ostentar la posesión el comprador, pero más discutible es que si tiene una propiedad gravada con condición resolutoria no pueda disponer de su derecho. Es evidente que en ningún caso va a poder disponer del pleno dominio del objeto de la

venta pero el hecho de estar limitado por la condición resolutoria no impide la disposición de aquello de que se es titular. De nuevo se produce una desconexión entre la calificación jurídica de dicha posición con los efectos que se le atribuyen.

Respecto de los riesgos de la cosa vendida los imputa al comprador en base a que en nuestro Derecho el criterio de imputación de los riesgos es la puesta a disposición del comprador del bien.

En el caso de cumplimiento de la condición la posición del vendedor no plantea cuestiones dudosas puesto que se produciría la consolidación del domino en manos del comprador quedando el vendedor despojado de todo derecho respecto del bien. Distinto es el caso de incumplimiento de la condición en el que se produciría la resolución del contrato y la recuperación por parte del vendedor de la cosa que jamás ha dejado de ser dueño. Si entendemos, como hace Mas Alcaraz, que durante la pendencia tiene una propiedad condicionada por una resolución no puede mantenerse con posterioridad, que en caso de incumplimiento de la condición, el vendedor recupere lo que ya es titular, debiendo quizá orientarse los efectos del incumplimiento no hacia la recuperación del comprador sino hacia la perdida de los derechos limitados que el comprador tiene respecto del mismo.

En un sentido similar se manifiestan Díez Picazo y Gullón al entender que el vendedor ostenta un “dominio sujeto a condición resolutoria” pero matizando seguidamente los efectos de dicho derecho al reconocer que sus acreedores podrán agredir su posición pero limitada por dicha condición, no la plena propiedad, sin llegar a tratar la posibilidad de realización de actos dispositivos por su parte.

Ruiz-Rico atribuye al vendedor “ la titularidad de la finca y el dominio por reserva” y añade a su posición jurídica la facultad de disponer de su situación, planteándose la eficacia de la misma frente a terceros. Parece, por lo tanto, que se centra más en el estudio de los efectos que en la definición de la posición jurídica que ostenta el vendedor, añadiendo la facultad dispositiva, novedad respecto de los autores anteriormente citados y respecto de la jurisprudencia que posteriormente veremos.

Montés Penadés a la hora de referirse a la diferente posición jurídica que ocupan las partes contratantes en la venta con reserva de dominio se centra en el estudio de la posición del comprador, configurándolo, en base a ciertas Sentencias de nuestro máximo tribunal, como mero tenedor y deteniéndose en el análisis de los posibles embargos de terceros acreedores del vendedor y, atribuyendo a este último tan sólo la consideración de propietario sin referirse más a sus facultades y limitaciones.

Por último, Clemente Meoro, se refiere a la cuestión no desde el estudio de la reserva de dominio propiamente dicha, sino desde un análisis de la figura del acreedor de dominio y de las posibles situaciones en que éste puede encontrarse tanto en los casos de procedimientos concursales como en los de créditos de terceros frente al vendedor.

Respecto de la figura del vendedor parte de su configuración de propietario y, “como propietario es evidente que ha de transmitir el dominio al comprador para que se entienda consumado el contrato” y, ahondando en su situación de propietario entiende que “puede, por hipótesis, disponer eficazmente de él y por ende incumplir su obligación de transmitir el dominio.”

Vemos por lo tanto que en el análisis realizado por Clemente Meoro se reconoce el derecho de propiedad del bien en cuestión a favor del vendedor, situación que lleva hasta sus últimas consecuencias permitiéndole disponer de tal derecho y con ello incumplir su obligación de transmitir la propiedad al comprador en caso de pago total del precio aplazado sin detenerse en las consecuencias del incumplimiento.

La posición jurídica del vendedor, en caso de incumplimiento de su obligación por parte del comprador, le permite optar por una de las siguientes vías de actuación. En primer lugar podría ejercitar el derecho que la reserva de dominio le otorga, es decir, la recuperación de la posesión del bien enajenado. Sin embargo esta solución se caracteriza porque inter partes no añade nada que no contenga el ejercicio de la acción resolutoria derivada de la relación jurídico obligatoria establecida en el contrato. Por lo tanto cabría afirmar, como hace Rivera Fernández, que la reserva de dominio no introduce ningún mecanismo adicional de garantía que no se

encuentre incluido en el ejercicio de la acción reivindicatoria en el supuesto que el bien no haya sido gravado dispuesto por el comprador. En segundo lugar podría solicitar el cumplimiento de la obligación de pago por parte del comprador, puesto que parece coherente con su voluntad contractual el obtener el precio pactado a cambio de la enajenación definitiva del bien objeto del contrato. Sin embargo el problema se plantea en el supuesto de solicitarse el embargo de dicho bien a favor del vendedor para garantizar las resultas del pleito iniciado con el fin de exigir el cumplimiento forzoso del contrato. Desde la posición clásica este embargo por parte del vendedor de un bien de su titularidad no sería posible al ser necesario que el bien afecto al resultado del pleito sea de titularidad del deudor demandado. Sin embargo, dicha posibilidad ha sido admitda tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1988 (Ar. 8421). Una primera argumentación esgrimida en el Derecho comparado consiste en entender que la relación jurídica que debe unir al deudor con el bien embargado no ha de ser necesariamente una relación de propiedad sino una relación simplemente posesoria sería suficiente para permitir que el acreedor afecte dicho bien. No obstante no parece, conforme a nuestro Derecho positivo, posible mantener esta justificación.

En segundo lugar se ha apuntado tal posibilidad como un medio idóneo para la defensa de su derecho por parte del vendedor derivado de la propia reserva pactada en el contrato. Frente a esa argumentación cabe apuntar la problemática suscitada como consecuencia de la posibilidad de ejercicio simultáneo por parte del vendedor de dos acciones incompatibles entre sí, como son la traba de un embargo sobre dicho bien y la correspondiente tercería de dominio en caso de que el bien fuese atacado por los acreedores del comprador. Esta contradicción ha tratado de ser resuelta por la doctrina entendiendo que en el caso de que se solicitara la traba del embargo se produciría una renuncia tácita del vendedor a la propiedad del bien.

Estudio legislativo.

Como vimos en los apartados anteriores la reserva de dominio es una figura que carece de regulación en nuestro Derecho común lo que ha

sido suplido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Sin embargo ello no significa que no podamos encontrar ninguna norma que regule la materia puesto que dentro de los Derechos forales podemos encontrar una normativa específica dentro de la Compilación de Derecho de Navarra de 1 de marzo de 1973.

La ley 483 establece que “Por el pacto de reserva de dominio el vendedor conserva la propiedad de la cosa vendida hasta que el precio sea pagado por completo y podrá ejercitar las tercerías de dominio y demás acciones en defensa de su derecho. El contrato queda perfeccionado desde su celebración, pero el efecto de la transmisión de la cosa quedará diferido hasta el pago total. Mientras tanto, corresponde al comprador la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como por su parte, queda obligado a no disponer de la cosa.

Inscrita la venta en el Registro de la Propiedad u otro Registro, todo acto de disposición de la cosa por parte del vendedor será sin perjuicio del derecho del comprador.

En caso de embargo de bienes, concurso o quiebra del vendedor, quedará a salvo el derecho del comprador para adquirir la propiedad mediante el pago íntegro del precio en los plazos convenidos.”

Y la Ley 484 dispone que “ La falta de pago por el comprador de cualquiera de los plazos del precio facultará al vendedor para resolver el contrato, pero la resolución sólo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor que se haya pactado a contar del requerimiento fehaciente que el vendedor hiciere al comprador exigiendo el cumplimiento de la obligación.

En caso de resolución, el vendedor recobrará la libre disposición de la cosa y deberá restituir las cantidades percibidas, con derecho a retener o reclamar la compensación por el uso de la cosa y daños y perjuicios ocasionados conforme a lo pactado o, en defecto de pacto, la correspondiente indemnización.”

Por último la Ley 485 concluye reconociendo que “Si no se hubiese pactado otra cosa, la cesión inter vivos que el comprador haga de su derecho no afectará al vendedor si éste no la consintiere.

Los acreedores del comprador no pueden ejercitar por subrogación el derecho de adquirir la cosa, sino que habrán de proceder judicialmente para cobrar sus créditos con arreglo a aquel derecho."

El encontrar una regulación positiva sobre la materia es de esencial importancia puesto que, independiente de que cada normativa pueda regular de manera distinta los matices y cuestiones accesorias de cada institución, parece evidente que el concepto y los elementos esenciales de cada figura no pueden ser objeto de variación. Los "grandes conceptos" del Derecho no son sino herencia de la tradición, proveniente de las instituciones romanas, y no pueden ser modificados. Por lo tanto la estructura básica de la reserva de dominio que se recoge en la normativa antes citada o es aplicable a todos los casos de reserva de dominio (quedando a cada legislación la facultad de regular los matices) o la Compilación navarra no se está refiriendo a la reserva de dominio sino a otra figura distinta. Posteriormente en las conclusiones de este apartado resolveremos esta dicotomía, limitándonos en este punto a referirnos a la posición del vendedor con reserva de dominio que le sea aplicable la legislación foral de dicha comunidad.

Se configura al vendedor como propietario del bien vendido, pero con la limitación de carecer tanto de la posesión de la cosa como del disfrute de la misma. Es decir, se le reconoce un derecho de propiedad con restricciones, pero ello no implica que carezca de facultades dispositivas ya que el vendedor lo que no puede es disponer de la cosa como libre pero nada obsta para que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 483 pueda disponer del bien gravado con la reserva de dominio. Y ¿Qué ocurriría en caso de que dispusiera del bien como libre? En este caso si el comprador ha inscrito la venta en el Registro de la Propiedad esta disposición no le va a afectar y en el momento en que se produzca el total pago del precio aplazado en los términos estipulados el titular de dicho bien se verá obligado a transmitirle definitivamente la propiedad del bien o se podrá ver requerido judicialmente a dicha entrega. En caso de que el comprador con reserva de dominio no haya practicado la inscripción de su derecho en el Registro hay que distinguir el supuesto de que el segundo adquirente sí lo haya hecho, en cuyo caso tan este segundo adquirente estaría protegido por el amparo que el Registro establece a favor el tercero hipotecario y no

podrá reclamarle que entregue el bien sino reclamar del vendedor la correspondiente indemnización sin perjuicio del ejercicio de las posibles acciones penales; del supuesto en que ninguno de los dos compradores hayan accedido a la protección tabular en cuyo caso la titularidad corresponderá a quién pueda acreditar anterior derecho respecto del bien.

Por último, se reconoce el derecho del vendedor para recobrar la libre disposición de la cosa vendida en caso de incumplimiento por parte del comprador de su obligación de pago. (Vemos que el precepto no establece que recupere la propiedad sino la libre disposición y eso debido a que no ha dejado de ser propietario.)

Estudio jurisprudencial.

Como ya hemos visto la ausencia de una regulación hace, aún si cabe, más importante el valor de la jurisprudencia en la figura de la reserva de dominio. Sin embargo y, respecto del punto que nos ocupa que no es sino definir la posición jurídica del vendedor, debemos apuntar la no abundancia de manifestaciones, y ello es debido a que con carácter general no llegan a los Tribunales disputas entre los contratantes sino que se producen en los casos de intromisión de terceros acreedores de uno y de otro.

Respecto de la posición de los terceros frente a comprador y vendedor sí que se producido, como apunta Gómez Gálligo y posteriormente veremos, una evolución jurisprudencial en cuanto a su posición, evolución que no se ha desarrollado en la definición de la figura del vendedor que ha mantenido su configuración. Así, sin entrar aún en la referencia a Sentencias concretas, resulta que la posición del vendedor es definida por los Tribunales como la de un propietario si bien limitando, en algunas resoluciones judiciales sus facultades como consecuencia de la reserva de dominio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1958 (Ar. 2142) se plantea el caso de la compra por parte de la Asociación Club Village Magique de ciertos efectos e instalaciones con reserva de dominio que posteriormente fueron embargados por acreedores del citado club y,

al ejercitar la tercería de dominio por parte del vendedor se estima la demanda tanto por el juzgado de Primera Instancia, como por la Audiencia territorial como por el máximo Tribunal en casación. En esta Sentencia si bien se define y reflexiona sobre la situación del comprador no encontramos manifestación alguna respecto de la del vendedor al parecer evidente el carácter de propietario del mismo y sin ser necesario, por ello, justificar tal posición. Como consecuencia el Tribunal entiende que no ha lugar al recurso puesto que el vendedor es el propietario del bien mientras el comprador no pague definitivamente el precio y está legitimado por lo tanto para ejercitar la tercería de dominio correspondiente y alzar los embargos trabados sobre su bien por deudas de un tercero.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1982 (Ar. 5563) configura también de forma incidental la figura del vendedor de un bien con reserva de domino. Se cuestiona si es válido el otorgamiento de una escritura de constitución de propiedad horizontal otorgada por el vendedor sin comparecer el comprador. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda al obligar a los vendedores demandados a otorgar escritura pública de compraventa a favor de los compradores cuando se haya pagado definitivamente el precio aplazado y reconociendo adecuado a derecho el otorgamiento del título constitutivo por los vendedores propietarios. En el mismo sentido se manifestaron tanto la Audiencia Provincial como el tribunal de casación. De esta manera el Tribunal Supremo reconoce implícitamente el carácter de propietario del vendedor pero sin adentrarse en el estudio de su figura.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1983 (Ar. 4208) se refiere a la posibilidad de prosperar la tercería de dominio ejercida por el comprador de un inmueble con reserva de dominio una vez pagado la totalidad del precio aplazado frente a un embargo trabado sobre el bien por un acreedor del vendedor cuando dicho embargo fue practicado durante el periodo en que estaba pendiente el abono de la cantidad adeudada. Tanto en primera como en segunda instancia se desestima la demanda al no ser posible el ejercicio de la tercería puesto que el embargo se trabó contra bienes del propietario, pese a que en el momento de la interposición de la demanda el propietario ya no fuera el deudor sino que el bien había sido transmitido al comprador. En el mismo sentido falla el

Tribunal Supremo refiriéndose al carácter de propietario del vendedor pero sin adentrarse en el estudio de su posición.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1985 (Ar. 51) se planteó quién es el sujeto pasivo de la obligación de pago de las cuotas comunitarias en una propiedad horizontal en la que se habían vendido pisos con reserva de dominio, si el vendedor o el comprador. El Tribunal Supremo mantiene el criterio seguido por los Tribunales inferiores y atribuye al vendedor, como consecuencia de su carácter de propietario tal obligación.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989 (Ar. 3778) se refiere de nuevo a la reserva de dominio desde el punto de vista de la posibilidad de ejercitar una tercería de dominio por el comprador que va cumpliendo exacta y puntualmente su obligación de pago como consecuencia de un embargo trabado por acreedores del vendedor. En esta Sentencia, y sin perjuicio de referirnos posteriormente a la misma en lo que se refiere al embargo de terceros, se trata la posición jurídica del vendedor al referirse al él (en este caso la mercantil Realizaciones Inmobiliarias El Centro, S.A.) como propietaria de los inmuebles en cuestión, si bien titular de un derecho real de propiedad limitado por la propia reserva de dominio y que, si el comprador va cumpliendo puntualmente sus pagos, no puede integrarse como un bien del patrimonio del vendedor a la hora de establecer su responsabilidad patrimonial universal. (En el mismo sentido las Sentencias de 22 de febrero de 1995 y de 3 de julio de 1996.)

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2003 (Ar. 2761) se plantea de nuevo el ejercicio de una tercería de dominio por parte del comprador de un bien con reserva de dominio para alzar el embargo trabado por el “Servicio de recaudación de la Delegación de la AEAT de Málaga” por deudas del vendedor. En ella el Tribunal Supremo confirmando la sentencia de instancia y la de la Audiencia Provincial declara no haber lugar al recurso de casación. En ella reconoce que si bien el comprador no ha adquirido la propiedad del bien como consecuencia de la reserva de dominio ello no impide que le alcance la consideración de tercerista y la legitimación necesaria para el alzamiento del embargo trabado por la Hacienda Pública. De esta Sentencia destaca que si bien se

reconoce que el comprador no es propietario sí le atribuye la legitimación necesaria para el ejercicio de la tercería y aunque, a sensu contrario, parece que el propietario del bien sería el vendedor la Sentencia mide las palabras a la hora de definirlo y en ningún momento llega a hacer esta manifestación u otra similar.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de julio de 2002 (JUR. 262060) se plantea quién es el propietario de un inmueble vendido con reserva de dominio a los efectos de determinar el sujeto pasivo de la obligación de pagar los gastos y el fondo de reserva propios de un edificio constituido en propiedad horizontal. En este supuesto se mantiene la Sentencia de instancia y se condena a su pago al vendedor que se había reservado el dominio pues no se había producido una efectiva transmisión de la propiedad a favor del comprador.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 7 de febrero de 2002 (JUR. 69) se refiere también a la posición del vendedor pero centrándose en el estudio de sus obligaciones y, confirmando no haber lugar al recurso, establece que la reserva de dominio “no ampara en modo alguno ni faculta al promotor para incumplir la obligación de entrega y de escriturar la venta cuando se acredita que los actores (compradores) intentaron abonar la única cantidad que según los términos pactados restaba por pagar del precio..”

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2201 (JUR. 202090) limita las facultades del vendedor con reserva de dominio, siendo el supuesto planteado que éste ante el incumplimiento del pago de un plazo por parte del comprador y estando establecido en el contrato de compraventa que “en caso de impago se perderían las cantidades entregadas y se devolvería el inmueble a su titular” entró en el inmueble sin conocimiento del comprador así como cambió las cerraduras y contrató un servicio de seguridad que impidió el paso a este segundo. Interpuesto un interdicto de recobrar por el adquirente desposeído fue desestimado en primera instancia al entender el juzgador que no había “animus spoliandi”, sentencia que es revocada en segunda instancia y hace prosperar dicha pretensión.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 9 de marzo de 2001 (JUR. 220965) se refiere también a la posición jurídica del

vendedor limitando su derecho respecto al bien al disponer que “mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago… carezca de poder de disposición respecto del bien que vendió… tanto en forma voluntaria como forzosa.” Con ello no llega la Sentencia a reconocerle un derecho de propiedad respecto del bien si bien le reconoce un derecho que no denomina pero que es susceptible de ser limitado en sus facultades dispositivas.

Las Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba de 4 de julio de 2000 (JUR. 271157) y de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 23 de mayo de 2000 (JUR. 14832) resuelven la cuestión de la naturaleza de un bien, ganancial o privativo, cuando fue comprado en estado de soltero con reserva de dominio pero el último plazo y con ello el cumplimiento de la condición se produjo estando casado el adquirente bajo el régimen de sociedad de gananciales. En ambos casos los órganos jurisdiccionales entendieron que a la hora de atribuir la naturaleza a ambos bienes debe referirse al momento de la celebración del contrato, pues desde ese momento se considera perfecto, sin perjuicio de que se haya pospuesto la consumación del mismo. Por lo tanto, si ello es así, de manera implícita están reconociendo ambos Tribunales una titularidad del comprador respecto de dichos bienes difícilmente irreconciliables con un derecho de propiedad a favor del vendedor. Si éste fuera propietario, como parece desprenderse de otras Sentencias, hasta el cumplimiento de la condición, para fijar el carácter del bien atenderíamos al momento del pago definitivo del precio. Por tanto, como luego veremos, ni el vendedor es tan propietario ni el comprador es tan poseedor en esta fase de pendencia.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 18 de enero de 2000 (JUR. 21) en el seno del estudio de una acción declarativa de la propiedad se refiere a la posición que ocupa el vendedor bajo reserva de dominio reconociendo su carácter de propietario limitado por la imposibilidad de disponer del bien. Parece que a juicio de la Audiencia la única diferencia con un titular “ordinario” de un bien consiste en la imposibilidad de disponer del mismo.

Por último, nos referiremos a la Sentencia de la Audiencia provincial de Palencia de 3 de mayo de 1999 (JUR. 1015) que trata quién está

obligado a pagar los gastos comunes de una propiedad y concluye, manteniendo la sentencia de instancia en este punto, que la reserva de dominio "transfiere el mismo, aunque con la limitación en cuanto a su disponibilidad y que el que así adquiere puede ejercitar sus derechos dominicales obviamente también está obligado a cumplir sus deberes dominicales, cual es en el presente caso y conforme al art. 9.5 de la Ley de Propiedad Horizontal la de satisfacer los gastos de conservación y mantenimiento del inmueble."

Conclusiones respecto de la posición jurídica del vendedor.

La primera sensación que produce el aproximarnos tanto a la doctrina como a la jurisprudencia sobre la materia es la inexistencia de un criterio uniforme respecto de qué posición ocupa el vendedor y sobre las facultades que se le atribuyen con las correspondientes consecuencias que produce frente a los terceros acreedores tanto suyos como del comprador.

Para realizar el estudio de su situación partiremos de algunos aspectos concretos para concluir con una definición de su posición (sistema contrario al seguido por las Sentencias citadas, que generalmente parten de la definición del mismo como propietario para posteriormente limitar su situación desnaturalizando incluso su derecho de propiedad). Así se plantea si ostenta la facultad de disponer del bien que ha enajenado con reserva de dominio y respecto de ello debemos distinguir el objeto de la disposición; el vendedor carece de la posibilidad de disponer del bien, como apunta la Ley 483 de la Compilación navarra, pero ello no obsta para que le reconozcamos capacidad dispositiva de aquello que es titular, es decir, de un bien gravado con reserva de dominio. En caso de disposición el adquirente se subrogará en su posición con las facultades que le correspondían y tan sólo en el caso de que el comprador incumpliera su obligación de pago llegaría a ser pleno propietario. Pero no parece que la enajenación sea el único acto dispositivo realizable por el vendedor sino que pudiera realizar cualquier otro, incluso actos de gravamen. No encontramos dificultad alguna para que el vendedor hipoteque su derecho ya que, si conforme al artículo 106 de la Ley Hipotecaria pueden ser hipotecados "Los derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes", parece que el vendedor se encuentra en este

supuesto al ser titular de un derecho real sobre un inmueble susceptible de ser enajenado. En este caso no se estaría hipotecando el bien sino con las limitaciones que la reserva de dominio le impone y por lo tanto esto es lo que saldría a subasta en caso de ejecución, subrogándose el rematante en las limitaciones propias de la figura. Y, al contrario, quedando extinguida la hipoteca si el comprador paga definitivamente el precio y consolida su dominio antes de la ejecución del derecho real de garantía.

En caso de incumplimiento por parte del vendedor debemos distinguir en qué momento se produce éste para fijar sus consecuencias jurídicas. Si el incumplimiento se produce en el momento de celebración del contrato al no entregar la posesión y disfrute al comprador parece que amparado por los artículos 1096 y 1124 del Código Civil podrá optar por exigir judicialmente la entrega del bien o resolver el contrato reclamando la devolución de lo entregado y el abono de los intereses correspondientes. Si el incumplimiento se produce en el momento de cumplimiento definitivo de la condición, o pago total del precio, va a depender de en qué patrimonio se encuentre el bien y la protección tabular que tenga el comprador. Así si el bien se encuentra en el patrimonio del deudor al no haber dispuesto de él parece que al comprador se le ofrecen las mismas posibilidades antes apuntadas; en caso de que haya dispuesto del bien y por lo tanto el titular sea un tercero pero el comprador con reserva de dominio inscribió su derecho en el Registro de la Propiedad puede reclamar judicialmente la entrega del bien; y por último si habiendo sido transmitido el comprador no inscribió su derecho y el nuevo comprador sí (siempre que adquiriera a título oneroso y de buena fe) parece que tan sólo tiene derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios al estar el segundo comprador amparado por la protección que establece el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Respecto de los riesgos de pérdida de la cosa vendida se plantea también quién los debe soportar dudado la doctrina si imputarlos al vendedor (quien con carácter general se le considera propietario) o al comprador (que tiene la posesión y disfrute de la cosa vendida). En este punto cabe pensar que si bien la regla común es que los riesgos se imputen al comprador desde el momento de la entrega (momento en que se convierte en propietario por la aplicación de la teoría del título y del modo) en el caso

de la reserva de dominio la solución debe matizarse por la modificación que dicho pacto produce en la posición jurídica de las partes ya que si bien se ha producido la entrega de la cosa vendida al comprador no adquiere la propiedad hasta un momento posterior.

A juicio de Fenollós la cuestión se plantea porque el vendedor mantendría que ha vendido una cosa y que sólo sería el comprador responsable de los accidentes que la misma sufriera por aplicación del principio de emptoris est periculum; contradiciendo dicha argumentación el comprador al sostener al contrario que como consecuencia de la reserva del dominio por parte del vendedor él se constituye en un simple poseedor del bien enajenado y por lo tanto no es responsable de tal deterioro, aplicando el principio de que “res pro domino suo perit”.

A juicio de Gimeno Bayón , “la tesis más extendida concibe la compraventa con pacto de reserva de dominio como una venta perfecta, no sujeta a condición. Ello permite afirmar a Garcia Cantero, sin otras precisiones, que la reserva de dominio no supone una desviación de la regla general. Albaladejo, mantiene que a la compraventa con pacto de reserva de dominio deben aplicarse las reglas válidas para antes de la entrega, aunque, con base en el art. 1.183 del Código Civil , sostiene que habrá que presumir que se perdió por culpa del comprador la cosa que se halla en su poder.

Bercovitz partiendo de la base de que el comprador es un deudor pignorante, admite que para él se destruirá la cosa por aplicación de la regla “res perit dominio”. De mantenerse otra tesis, sostiene que al no haber transmitido la propiedad, el vendedor no ha cumplido cuantas obligaciones tenía, por lo que deberá soportar la pérdida de la cosa . Esta es la tesis sostenida por Fenellos que, en la colisión de la regla “res perit emptori” con el principio “res pro domino suo perit”, se inclina por esta última solución.

Sin embargo, puede afirmarse con Casas que, independientemente del cual sea la tesis que se sostenga sobre la naturaleza de la reserva de dominio, la doctrina es prácticamente unánime en que los riesgos son asumidos por el comprador, lo que argumenta Badenes en que desde

que se realiza la entrega el comprador, que percibe toda utilidad, es el llamado a cuidar la cosa en su poder, y otros en que, siendo de carácter dispositivo las normas que regulan la atribución de riesgos, esa es la voluntad tácita de las partes acorde con los usos, en los que influyen razones de marcada índole económica.

Por mi parte, entiendo que, aceptando la doctrina clásica, hasta que se efectúa la entrega, la reserva de dominio no introduce especialidad alguna en la atribución de riesgos. Una vez ha tenido lugar aquella, la atribución del riesgo al comprador no viene determinada por la presunción de culpa regulada en el art. 1.183 del Código Civil, coordinada con el implícito deber de conservar la cosa que, en la LVP es sancionado indirectamente por el art. 11 pfo. 3, al permitir al vendedor exigir la indemnización que en derecho proceda por el deterioro de la cosa vendida, sino porque si, como afirma Alonso, el vendedor deja la cosa a disposición del comprador en posesión inmediata y totalizadora, y en propiedad si el comprador quiere cumplir su obligación de abonar el precio ¿por qué no se va a imputar desde el principio el riesgo al comprador?".

Desde un punto de vista doctrinal es mayoritaria la opinión de que la transmisión del riesgo se produce desde el momento de la entrega de la cosa por parte del vendedor a manos del comprador, independientemente de la conservación del derecho de propiedad por parte del primero respecto del bien vendido. Esta corriente doctrinal se apoya, con carácter general, en el principio de correlación entre las facultades y deberes de ambas partes contratantes y, por lo tanto, si desde el momento de la entrega de la cosa disfrute el adquirente sujeto a reserva de domino de la posesión y de la explotación del bien objeto del negocio, pudiendo desarrollar por tanto su capacidad económica, debe ser el propio comprador el que sufra los riesgos de daños sobrevenidos sobre la misma durante dicho periodo.

Se plantea Rivera Fernández cuál debe ser la regla que rija en dicha asunción de riesgos durante el periodo comprendido desde el momento en que declara la obligatoriedad de la entrega del bien al vendedor al haber ejercitado la reserva de domino hasta el momento en que dicha devolución de ha hecho efectiva. Para resolver tal cuestión aboga por la aplicación de las normas generales que el Código Civil contiene

respecto de la liquidación de estados posesorios, y especialmente lo establecido en el artículo 457 al disponer que "El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo". Parece acertada la solución propuesta por el citado autor ya que recoge plenamente el supuesto de hecho que estudiamos, debido a que desde el momento en que declara la obligatoriedad de la devolución de la cosa enajenada con reserva de dominio por parte del vendedor, este se constituye en un simple poseedor del bien sin afectar a su posición el hecho de que con anterioridad tuviera casualizada dicha tenencia por la adquisición del bien gravado a reserva de dominio.

En cuanto a este punto, y aunque pudiera parecer que como el vendedor es el propietario del bien debe éste sufrir el daño al ser el comprador un mero acreedor del dominio, creo que la solución debe ser la opuesta. En la medida que el comprador tiene el disfrute y la posesión de la cosa no puede imputarse el riesgo a quien nada puede hacer respecto de su conservación sobre la base de que es propietario (cuestión sobre la que incidiremos posteriormente). Ni el vendedor es tan propietario ni el comprador tan ajeno al bien como para entender que los riesgos son del primero, sino al contrario la posición del comprador, en la que posteriormente nos detendremos, es tan próxima respecto del bien que conlleva necesariamente la asunción de dichos riesgos.

Por último nos plantearemos el momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción por vicios o gravámenes ocultos de la cosa vendida. El artículo 1490 del Código Civil establece que esta acción se podrá ejercitar en el plazo de seis meses desde la entrega de la cosa vendida, partiendo de que con la entrega se transmitía la propiedad al cumplirse el requisito de la tradición recogido en el artículo 1461 del mismo cuerpo legal. En el caso de la reserva de dominio si partimos de que el precepto computa los seis meses desde la entrega que convierte en propietario deberíamos considerar que el plazo se iniciará desde el cumplimiento definitivo de la condición de pago. Sin embargo no parece esta solución adecuada y ello porque entiendo que la finalidad de la entrega en

este punto no es la transmisión de la propiedad sino que el comprador pueda, mediante el disfrute de la cosa vendida, apreciar por sí los posibles vicios ocultos de la misma. Por lo tanto en la venta con reserva de dominio se debe variar el momento del cómputo e iniciarse desde la celebración del contrato ya que desde este momento puede el comprador, aun sin ser propietario, apreciar los defectos del bien y se evita que, como ocurriría en caso de la solución contraria, se aumente el periodo de responsabilidad del vendedor de seis meses en todo el tiempo que dure el aplazamiento del precio.

Llegado este punto y a la hora de fijar una definición de la posición del vendedor observamos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han intentado realizarlo partiendo, desde mi punto de vista, de la errónea premisa de intentar asimilarlo a una institución conocida como es la propiedad teniendo como consecuencia que, debido a que la reserva de dominio difiere tanto de la propiedad, posteriormente se van estableciendo limitaciones de manera que se desnaturaliza tal derecho.

Por lo tanto pudiera ser que la solución no pasase por referirnos a la propiedad sino crear una categoría nueva integrada por una serie de facultades y obligaciones como las que hemos apuntado, es decir, que el vendedor no fuera un propietario sino el titular de otro derecho real sobre el bien denominado “vendedor con reserva de dominio” cuya posición estaría integrada por una titularidad condicionada del bien junto con la totalidad de las facultades dispositivas respecto de dicho derecho.

Posición jurídica del comprador.

Estudio doctrinal.

Vista la posición jurídica del vendedor corresponde centrarnos en este momento en la de su contraparte en el contrato celebrado, el comprador. Respecto al sistema de estudio así como a la situación legislativa, jurisprudencial y doctrinal sobre la materia no reiteraremos lo anteriormente dispuesto para el vendedor al ser aplicable a este apartado y tan sólo nos centraremos en las particularidades concretas de esta figura.

Desde un punto de vista doctrinal nos limitaremos a apuntar algunos criterios identificadores de dicha figura, y así a juicio de Montés Penadés si partimos de la doctrina del Tribunal Supremo se configura como un mero tenedor que adquirirá ipso iure cuando haya realizado el pago y con obligación de conservar la cosa como prenda y en garantía del contrato celebrado; si bien en el Derecho navarro parece sugerirse que es algo más que un mero tenedor o poseedor y, citando a Díez-Picazo, concluye que sería en este caso un comprador sujeto a condición resolutoria de pago del precio. Ante esta doble configuración optan ambos autores por la segunda de las apuntadas al entender que se adapta mejor a su posición pues es titular a todos los efectos con la exclusiva limitación del poder de disposición.

Ruiz-Rico, al contrario, define al comprador como un titular de la "posesión de hecho como precarista" o detentador, no pudiendo por tanto disponer al incurrir en apropiación indebida y facultando al vendedor para ejercitar las acciones procedentes para la recuperación del dominio.

A juicio de Más Alcaráz el comprador sin ser todavía propietario tiene ya la posesión, surgiendo el problema de la naturaleza de dicha posesión. Para ello se refiere este autor a doctrina italiana citando a Degni, para quien es un mero precarista; a Ferrara-Santamaria, para quien es un precarista pero que tiene derecho a la posesión (ius possessionis) transformable por el pago íntegro en derecho a la posesión (ius possidendi); y a Ambrosio, quien haciendo notar que no se trata de una posesión destinada a ceder frente al poder del titular del derecho sino al contrario a consolidarse en su titular lo considera un propio ius possidendi.

Clemente Meoro se plantea si el comprador puede ser considerado como un acreedor de dominio entendiendo que si la reserva de dominio se configura como una suspensión condicional de la transmisión condicional de la propiedad entonces mientras la condición no se haya cumplido ostentará un derecho a adquirir el dominio siendo por lo tanto un acreedor de tal derecho. Por ello, "si se tiene al vendedor como propietario no cabe negar al comprador la condición de acreedor,…, es evidente que ha de transmitir el dominio al comprador para que se entienda consumado el contrato de compraventa, y no es posible afirmar que la transmisión del

dominio no depende ya de él ni de ninguna actuación suya. El vendedor debe el dominio."

Distinta es la solución apuntada por Casas Vallés para quien no cabe equiparar la posición del comprador con reserva de dominio con la del acreedor de dominio (ya avanzamos que este autor considera que la naturaleza jurídica de la reserva de dominio es de condición resolutoria) y ello en base a los siguientes argumentos:

1º- En primer lugar en la compraventa con reserva de dominio la entrega ya se ha producido, con lo que al concurrir todo lo que normalmente debería provocar la transmisión conforme a la teoría del título y del modo se concluye que el comprador es ya propietario.

2º- En segundo lugar tampoco cabría confundir en el caso en que la entrega se hubiera ya producido pero sin transmitir la propiedad, como el caso de la venta de cosa ajena, pues aquí nos encontraríamos ante una paradoja si permitiéramos que el vendedor se reservara aquello de que no es dueño.

3º- En último lugar se diferencian porque en la venta con reserva de dominio el efecto real depende exclusivamente de la voluntad del comprador ya que cumpliendo su obligación de pago adquirirá automáticamente el dominio, mientras que en el caso de venta sin traditio para que el comprador llegue a ser propietario es necesaria la actuación por parte del vendedor entregando la posesión de la cosa objeto del contrato.

A juicio de Rivera Fernández, difícilmente podemos calificar la posición del comprador como la de un comodatario del bien adquirido, puesto que al realizar el negocio su voluntad no era la de usar la cosa para devolverla con posterioridad, sino al contrario su voluntad era adquirir definitivamente el dominio. Tampoco cabe calificarlo como un simple precarista, ya que el precario se caracteriza por la carencia de título justificativo de su derecho y por ende la posibilidad del verdadero propietario de despojarle de tal detentación mediante una simple declaración de voluntad. Estos caracteres no concurren en el supuesto de la venta con reserva de dominio donde el adquirente tiene un título justificativo de su posesión

y además el vendedor tan sólo podría reclamarle el bien en el supuesto de que incumpliese su obligación de pago del precio aplazado y nunca mientras fuera cumpliendo dichas obligaciones en los periodos pactados.

Del mismo tampoco pude calificarse su posición como la de depositario del bien ni como la de arrendatario del mismo, y ello debido a la desconexión absoluta entre la voluntad de las partes a la hora de celebrar la venta con reserva de dominio y la finalidad de las figuras anteriormente citadas. Así el comprador con reserva de dominio no compra para guardar y restituir, además el depósito sólo afecta a bienes muebles frente a la reserva de dominio que puede recaer tanto sobre bienes muebles como sobre inmuebles, y por último que en la reserva de dominio no jugaría en ningún caso la prohibición de uso de la cosa depositada establecida en el artículo 1767 del Código Civil.

Estudio legislativo.

De nuevo en este punto, y para evitar reiteraciones, damos por reproducida la introducción que respecto de la regulación que a la materia dedica el Derecho foral navarro se realizó en el apartado anterior. Centrándonos en la cuestión de la posición jurídica del comprador diremos que las escasas Leyes que se refieren a la materia definen al comprador con reserva de dominio como titular de “la posesión y disfrute de la cosa vendida, con las limitaciones pactadas en su caso, así como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a aquélla” con lo cual se le atribuye una simple posesión y disfrute, sin adentrarse en la naturaleza de la misma, así como los riesgos de la cosa y el pago de sus gastos.

Respecto de las facultades dispositivas del comprador vienen también reconocidas expresamente para actos de cesión inter vivos pero limitándose en sus efectos al no afectar al vendedor si no la consistiere. Por lo tanto, esta limitación resulta lógica ya que sea cual fuere el contenido del derecho atribuido al comprador parece que su posición es “intuitu personae” en cuanto que continúa siendo deudor y por lo tanto afecta al vendedor que sea uno u otro el titular de tal derecho. Con ello el precepto no impide al comprador-deudor que ceda su derecho, lo que sí hace es que no afecte dicha cesión a las garantías de cobro del vendedor-acreedor,

que si bien goza de la garantía de la reserva de dominio ésta no es incompatible con la responsabilidad patrimonial universal.

Estudio jurisprudencial.

De nuevo a la hora de referirnos a las Sentencias en las que se ha hecho mención a la posición del comprador de un bien con reserva de dominio no reiteraremos el supuesto de hecho que resolvieron al haber sido ya citado con anterioridad en aquello que era de interés.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1958 (Ar. 2143) define al comprador, como contraposición al vendedor, como un "verdadero precarista que no puede prescribir la cosa y si dispone de ella responde de apropiación indebida". Con lo cual vemos que el punto de partida de nuestro máximo Tribunal es extraordinariamente restringido respecto de su posición jurídica al considerarlo como un mero tenedor de la cosa sin derecho alguno sobre ella e impidiéndole tanto la prescripción (lo cual es lógico porque la prescripción exige poseer la cosa en concepto de dueño y no se da en ese caso) como la disposición (sin referirse a la posibilidad de disponer de su posición jurídica respecto del bien.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983 (Ar. 4208), en la misma línea que la anterior, considera al comprador como "un mero tenedor de ella, con la obligación de conservarla como prenda y garantía del contrato celebrado", con lo que no parece que se amplía el ámbito de facultades del mismo.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 9 de marzo de 2001 (Ar. 220965) profundiza más que las anteriores al establecer que el comprador "no se encuentra en situación de simple poseedor de bienes ajenos, sino más bien de poseedora a título legítimo de dueña" Con ello la Audiencia distingue entre simple poseedor o detentador de bienes sin ningún derecho que le legitime a ello y el poseedor por título efectivo que le legitima para dicha detentación, incluyendo en este segundo grupo al comprador. (En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989 Ar. 3778 para el caso de ejercicio de una tercería por parte del comprador)

Vemos con ello que la jurisprudencia es mucho menos prolija en tratamiento y definiciones respecto del comprador ya que, normalmente, se define por contraposición a la figura del vendedor y no suele constituir objeto de litigios.

Conclusiones respecto de la posición jurídica del comprador.

La sensación que produce la calificación de la posición del comprador tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial es, de nuevo, de cierto desconcierto al no mantener en ninguno de los dos casos un criterio unánime. Desde un punto de vista doctrinal impera la aproximación de su derecho a la posesión, pero sin especificar en numerosas ocasiones a qué tipo de posesión se refiere. Sin embargo quizá pudiera especificarse y distinguir entre la posesión como simple hecho y como derecho. En el primero, y siguiendo a Castán Tobeñas, la posesión se basa en circunstancias materiales y se protege sin consideración a que exista o no el derecho de que es apariencia la posesión y aún en caso de ser ésta injusta; sin embargo en el segundo constituye una relación tutelada jurídicamente aún en contra del propietario al ser un señorío reconocido por la Ley.

Por lo tanto, si seguimos esta diferenciación, debemos concluir que la facultad que le corresponde al comprador con reserva de dominio no como consecuencia del simple hecho de poseer sino derivado del derecho de que es titular al ser parte de la compraventa con reserva de dominio.

Esta posición respecto del bien podemos plantearnos si es o no transmisible y respecto de ello diremos que, pese a lo dispuesto por algunas Sentencias a que nos hemos referido antes, no encontramos argumento alguno que lo impida, sino al contrario parece que el comprador va a poder disponer de su posición, eso sí afectado siempre por la limitación de la reserva de dominio. Pero ¿Cabría que algún adquirente del comprador estuviese protegido por la fe pública registral al inscribir su derecho y obtuviera una posición inatacable? Parece evidente que la respuesta es negativa y ello como consecuencia de que uno de los requisitos para que el tercer adquirente obtenga dicha protección es que adquiera de persona

que tenga su derecho inscrito y, en virtud de dicha compra condicionada, el subadquirente nunca compraría de un titular registral del pleno dominio.

Por lo tanto podríamos concluir entendiendo que su posición jurídica es distinta de todas las conocidas y no cabe equipararla a otra al ser la del "comprador con reserva de dominio", integrada por ser titular de la posesión del bien, posesión que no cabe calificarla como mera detentación sino como consecuencia de un derecho sobre el bien, y junto a ella una expectativa a adquirir el dominio del mismo por su sola actuación en la medida en que cumpla su obligación de pago de los precios aplazados. Esta posición resulta evidentemente transmisible por parte de su titular, lo que no puede conllevar una disposición del bien.

La jurisprudencia ha partido de posiciones excesivamente restringidas al estudiar la posición del comprador tanto al reconocerle una simple detentación sin derecho alguno sobre el bien como al impedirle el ejercicio de tercerías de dominio en caso de embargo de dicho bien por acreedores del comprador (cuestión a la que nos referiremos seguidamente al estudiar los efectos de la reserva de dominio frente a los terceros) para ir poco a poco flexibilizando su doctrina y reconocerle como poseedor legítimo. Sin embargo queda todavía camino que recorrer hasta llegar a las conclusiones antes expuestas en cuanto a su consideración.

Posición jurídica de los terceros en la venta con reserva de dominio.

Sin lugar a duda la cuestión que mayores problemas presenta en la práctica en la figura de la reserva de dominio es la determinación de los bienes que pueden ser atacados tanto por los acreedores del comprador como por los del vendedor, resultando que la inmensa mayoría de la jurisprudencia que se ha planteado sobre dicha figura se refiere al valor de dichos embargos así como al ejercicio de tercerías de dominio por la partes contratantes.

Como veremos a lo largo de esta pregunta la respuesta que se dé dependerá en gran medida de la naturaleza jurídica que atribuyamos a dicho pacto, si como condición suspensiva o resolutoria, ya que determi-

nando exactamente las titularidades de cada uno de los contratantes en las distintas fases podremos saber qué bienes están al alcance de sus acreedores, sin perjuicio de la moderación de dichas consecuencias por aplicación de la equidad a manos de los Tribunales.

Estudio doctrinal

A juicio de Montés Penadés los efectos de la reserva de dominio frente a los acreedores del comprador va a depender de la publicidad de la misma, es decir si puede tenerse por cierta la fecha de la reserva de dominio no será posible el embargo por parte de los acreedores del comprador puesto que al carecer de la propiedad, según la configuración de condición suspensiva, no pueden atacarlo. No establece nada en cuanto a los posibles medios de defensa por parte del vendedor ante el intento de trabar el embargo, pareciendo el método adecuado el ejercicio de la tercería de dominio que según dicha configuración debería prosperar. Tampoco se refiere a la posible traba de dicho bien por parte de acreedores del vendedor resultando, a sensu contrario, factible dicho ejercicio, independientemente del cumplimiento o no por parte del comprador de sus obligaciones.

En el mismo sentido se manifiesta Ruiz-Rico al entender, citando la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1983, que el comprador es un mero detentador y por lo tanto, si se decreta un embargo sobre dicho bien debe pasar por el mismo ya que no está legitimado para ejercitar la necesaria tercería de dominio para poder alzarlo; negándole incluso la posibilidad de el ejercicio de la acciones necesarias para la salvaguardia de sus derechos que se concede al titular de un derecho condicional aún antes de que la condición se cumpla conforme a lo dispuesto en el artículo 1121 del Código Civil.

Para Más Alcaraz, la cuestión debe centrarse en el ámbito probatorio. El problema se plantea en el supuesto de que los acreedores del comprador intenten atacar el bien adquirido por el mismo con reserva de dominio mientras no se ha producido el pago definitivo del precio debido. En este caso se reconoce el derecho de todo acreedor de embargar todos los bienes y derechos de su deudor por aplicación del principio de respon-

sabilidad patrimonial universal, evitando toda posible confabulación que conlleve la sustracción de ciertos bienes del mismo. Por lo tanto en el supuesto de la reserva de dominio el embargo será válido y no podrá ser alzado por el vendedor siempre que no demuestre la autenticidad he dicho pacto, es decir, si no se puede demostrar de manera fehaciente la existencia tanto del pacto como de su fecha en ningún caso se podría excluir dicho bien del ámbito de responsabilidad patrimonial del comprador pero, si al contrario constase dicha prueba la tercería de dominio estaría abocada al éxito y el bien no podría ser embargado por los acreedores del comprador hasta el completo pago.

En sentido similar se manifiesta Torres Lana al entender, respecto de los bienes muebles, que la eficacia frente a terceros de dicho pacto va a depender de la publicidad que se le haya dado resultando, por el objeto a que se refiere, que la inscripción de tal figura en el Registro creado al efecto será lo determinante para que pueda ejercitarse la correspondiente tercería en el caso de embargo de bienes.

A juicio de Castán Tobeñas, siguiendo la postura adoptada por nuestro Tribunal Supremo en la primera fase, los acreedores del comprador carecen de derecho alguno para dirigirse contra el bien adquirido por su deudor mientras éste no haya pagado definitivamente el precio aplazado, ya que en la fase de pendencia el mismo no tiene derecho alguno de propiedad en dicho bien sino que, al contrario ostenta la posesión del mismo y por lo tanto en el caso de trabar dicho embargo se faculta al vendedor propietario del bien a ejercitar con éxito la tercería de dominio.

Egusquiza Balsameda se detiene en el estudio de la naturaleza jurídica de la tercería de dominio para ver si puede ser ejercitada por las partes en el caso de embargo del bien objeto de la venta. Entiende que constituye un expediente procesal complejo que tiene por finalidad decretar la improcedencia de la traba recaída sobre un determinado bien por no pertenecer al ejecutado, siendo diferente de la acción reivindicatoria que sólo pertenece al propietario en que la tercería debe dirigirse frente a quien en ningún caso es poseedor, no se dirige contra el verdadero poseedor y que es el único medio de que dispone el propietario para solicitar el alza-

miento de la traba. Al establecer las diferencias entre ambos instrumentos procesales se reconoce el posible ejercicio de dicha tercería tanto por el comprador como por el vendedor en el caso de que el bien pretenda ser embargado por los acreedores de uno u otro respectivamente, ya que en ningún caso es una acción que se pueda reconocer con exclusividad al propietario del bien.

Clemente Meoro se detiene en posible ejercicio de la tercería de dominio por parte del comprador con reserva de dominio en caso de embargo del bien por deudas del vendedor y, centrándose en la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo (a partir de la Sentencia de 19 de mayo de 1989 Ar. 3778) le reconoce dicha posibilidad, llegando a afirmar que el tercerista no tiene que demostrar el dominio sobre la finca que se pretende liberar del embargo sino un derecho sobre ella que sea suficiente para legitimarle en dicho ejercicio (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994, Ar. 861).

Por lo tanto hemos visto cómo se divide la doctrina en dos posturas respecto del posible ejercicio de la tercería de dominio por el comprador antes del pago total del precio aplazado, división que coincide plenamente con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia. Así Gómez Gálligo distingue dos fases en la jurisprudencia con los siguientes caracteres: Una primera fase que culminó con la Sentencia de 10 de junio de 1958 en la que se admite la reserva de dominio exigiendo cierta publicidad que su eficacia frente a terceros y en la que el comprador era un mero precarista con lo que los acreedores del vendedor eran preferentes al cobro de sus créditos sobre el bien vendido aún cuando el comprador fuera cumpliendo su obligación de pago del precio aplazado. Una segunda fase que se inicia con la Sentencia de 19 de mayo de 1989 en la que se distingue claramente la tercería de dominio de la acción reivindicatoria y se permite al comprador que va cumpliendo su obligación de pago el ejercicio de dicha tercería frente a acreedores del vendedor.

Estudio jurisprudencial.

Efectivamente la jurisprudencia ha variado a lo largo de los años definiendo de manera opuesta la posición de los acreedores del com-

prador con reserva de domino así como las facultades que a este segundo se le reservaban en el caso de que los acreedores del vendedor atacasen dicho bien.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1958 (Ar. 2142) se plantea la posibilidad de que el comprador de una serie de efectos e instalaciones con reserva de dominio podía levantar el embargado trabado sobre los mismos a favor de acreedores del vendedor de tales bienes. En esta Sentencia el Tribunal reconoce que como consecuencia del juego de la reserva de dominio no se transmite la propiedad al comprador aunque haya entrado en el goce material de los bienes y por lo tanto no puede ejercitar la correspondiente tercería de dominio, estableciendo además que "los acreedores del comprador no deberían poder proceder ejecutivamente contra la cosa, hasta que el precio no se hubiera pagado por completo, pues mientras no ha llegado tal momento la cosa no era de su propiedad…" El Tribunal Supremo en esta manifestación no sólo clarifica la posición del comprador frente al juego de los embargos sino que además revoca las Sentencias de Instancia y la de la Audiencia.

Distinto es el supuesto que da lugar a las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1972 y de 19 de abril de 1975 donde se plantea si puede alzarse un embargo trabado por deudas del comprador respecto del bien comprado aun antes de haber satisfecho totalmente el precio aplazado. En estas Sentencias entiende el tribunal que no ha lugar la tercería de dominio y ello no es debido al juego de la reserva de dominio sino a su prueba. En ambos casos el bien figuraba inscrito a favor del adquirente con carácter de pleno propietario lo que implica necesariamente que podía ser atacado por sus acreedores y ante la ausencia de ninguna prueba suficiente de haber pactado la reserva de dominio no cabría levantarlo. La solución adoptada por el Tribunal tiene por finalidad evitar que el juego de una reserva de dominio sin justificar pudiera dar lugar a confabulaciones entre el comprador y el vendedor para evitar fraudulentamente que el bien pudiera ser atacado por los acreedores de uno u otro.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983 (Ar. 3635) plantea la posibilidad de ejercicio de la tercería de dominio por la

entidad vendedora de una máquina que había sido embargada por deudas de la compradora. En este supuesto el Tribunal de Instancia estimó la tercería que, sin embargo, fue desestimada en segunda instancia y casación debido a que en el contrato original no se hacía referencia en ningún momento a la reserva de dominio indicándose posteriormente cuando el gerente de la sociedad vendedora lo hizo constar como manifestación unilateral en una escritura pública, sin darle publicidad alguna y sin ser conocida hasta el momento del embargo. Por todo ello no ha lugar al recurso de casación y tampoco prospera la tercería de dominio.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983 (Ar. 4208) resuelve un supuesto similar que los anteriormente citados. En este caso se vende un inmueble en documento privado con reserva de dominio y posteriormente se embarga dicho bien a favor de la Hacienda Pública como consecuencia de deudas del vendedor, momento en que el comprador requiere a este segundo para que documente en escritura pública la transmisión que se había producido con anterioridad. En este supuesto ante la imposibilidad de conocimiento por parte del acreedor embargante de la venta con reserva de dominio tanto el Tribunal de Instancia como la Audiencia desestiman la tercería. Recurrida en casación esta segunda sentencia el Tribunal Supremo la confirma al entender que el bien embargado pertenecía al deudor por aplicación de la reserva de dominio al no haberse abonado definitivamente el precio aplazado, con lo que “habida cuenta que en el momento en que se trabó por la Hacienda Pública el embargo del piso de autos no se había satisfecho aún el precio aplazado,…, en el momento de la traba, y por virtud de la reserva de dominio pactada, ha de entenderse que la propiedad del mismo seguía correspondiendo al vendedor.”

Esta Sentencia hace reaccionar ya a la doctrina definiendo la situación jurisprudencial respecto de la materia como “preocupante” ya que abandona la posición del comprador al estado de deudas del vendedor, dejando por lo tanto al arbitrio de los acreedores del mismo el que el comprador pudiera llegar a adquirir definitivamente el dominio del bien objeto de la venta con reserva, y ello independientemente del cumplimiento por el adquirente de su obligación de pago del precio aplazado en los términos estipulados.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1983 (Ar. 5846) reproduce los argumentos expuestos en la anterior Sentencia centrándose además en el estudio de los requisitos necesarios para que pueda prosperar la tercería de dominio al establecer que "la justificación dominical del tercerista ha de ser referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria y de la propiedad del bien embargado, por ser en tal momento cuando se produjo la decisión perturbadora por lo que es irrelevante la adquisición del dominio en tiempo posterior o en fecha que sólo gana eficacia frente a tercero después de verificado el acto contra le cual reclama el tercerista."

La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989 (Ar.3778) rompe con la doctrina que hasta ese momento había mantenido el Tribunal respecto del posible ejercicio de una tercería de dominio por el comprador en caso de embargo por deudas del vendedor antes del pago total del precio aplazado. En este supuesto una entidad bancaria embargó veintiún pisos que aparecían inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de una inmobiliaria y que sin embargo se habían enajenado previamente con reserva de dominio a otros tantos veintiún compradores que los poseían y pagaban regularmente los sucesivos vencimientos de los plazos. En esta Sentencia manifiesta el Tribunal que resulta "absurdo pretender que el adquirente con reserva de dominio que cumple sus obligaciones pueda ser privado del bien por terceros acreedores del vendedor, y ello, no sólo porque lo impedirían elementales razones de equidad y principios generales y normas de contratación, sino también y sobre todo porque el ordenamiento jurídico le brinda, para esos supuestos los adecuados medios de defensa cuando el párrafo primero del artículo 1121 del mismo Código Civil establece que " el acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho."

El cambio de rumbo en la doctrina del Tribunal debe ser lógicamente loada puesto que la anterior posición además de implicar un absoluto abandono por parte del ordenamiento jurídico a los derechos del comprador, conllevaba la desconfianza en la figura jurídica de la reserva de dominio como medio de garantía del precio aplazado ya que convertía el derecho del comprador como un derecho claudicante del arbitrio o voluntad de los acreedores del vendedor.

Sin embargo parecen más discutibles los requisitos que el Tribunal impone para que prosperar la tercería de dominio ya que, si bien es lógico que la situación sea la fase de pendencia de la reserva de dominio no resulta evidente la necesidad de que el comprador vaya cumpliendo puntualmente su obligación de pago de los plazos en los términos estipulados. Efectivamente el artículo 1121 Cc permite que el titular de una obligación sujeta a condición suspensiva pueda, aún antes del cumplimiento de la condición de que se trate ejercite las acciones necesarias para la protección de su derecho, pero en ningún lugar matiza que dicha facultad se reserve al acreedor condicional que va cumpliendo aquello a que en virtud de la condición se encuentra comprometido. Este artículo no tiene otro objeto que el de adelantar en este punto, la defensa de su posición, el cumplimiento de la condición. Por lo tanto si no distingue el precepto el limitar el ejercicio de la tercería al requisito del cumplimiento puntual debe, en su caso, atribuirse a la aplicación por el Tribunal del principio de la equidad.

Parece más conforme con los principios del Derecho de obligaciones recogidos en el Código Civil que se permita el ejercicio de la tercería al comprador en todo caso, cumpla o no su obligación de pago, ya que en caso de que no lo haga el propio juego de la reserva de dominio hará que el vendedor recobre el pleno dominio del bien vendido sin limitación alguna o, si así lo estima oportuno conceda un mayor plazo al comprador paga el cumplimiento de su obligación, sin que esta segunda opción se pueda ver frustrada por haberse trabado un embargo por deudas propias sobre el citado bien. Por lo tanto en caso de exigir que el comprador esté cumpliendo la condición en los plazos fijados no hace sino privar al vendedor de un derecho que como acreedor del precio le corresponde, que es el de mantener en vigor la venta concediendo mayor plazo al comprador-deudor, a la espera de resolverla en un momento posterior por juego de la reserva de dominio.

Desde la Sentencia anterior la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia se ha mantenido inalterada, repitiendo en los posteriores pronunciamientos tanto los razonamientos jurídicos como el fallo, entre los que simplemente citaremos para evitar repeticiones las Sentencias de 22 de febrero y 7 de octubre de 1995, de 3 de julio de 1996 y de 21 de marzo de 2003.

Conclusiones respecto de la posición de los terceros.

En este último apartado, una vez vistas las posiciones doctrinal y jurisprudencial, intentaremos determinar qué pueden embargar cada uno de los acreedores y la posible reacción de los contratantes ante este ataque al bien vendido. La resolución de esta cuestión viene determinada por la posición que adoptemos respecto de la posición jurídica que ocupan el comprador y vendedor, así como de los derechos que se le atribuyan a cada uno de ellos en el bien vendido bajo reserva de dominio durante la pendencia de la condición, así como en el momento de su cumplimiento.

Si entendiéramos que el vendedor sigue siendo pleno propietario de bien enajenado como consecuencia de la reserva de dominio y que el comprador es exclusivamente titular de una expectativa, los acreedores del primero podrían embargar el pleno dominio del citado bien perjudicando los derechos del comprador, sin que los acreedores de este segundo pudieran ejercitar derecho alguno sobre tal objeto. Sin embargo si entendemos al contrario que es el comprador propietario del bien desde el momento de la perfección del contrato, son sus acreedores los legitimados para solicitar tal traba respecto del bien, sin que el vendedor ni sus acreedores tuvieran un derecho similar de afección.

Cualquiera de las dos soluciones expuestas nos parece correcta y adecuada a los derechos que uno y otro ostentan sobre el bien. Por ello se propugna una solución intermedia, garantista de ambas posiciones.

Los acreedores del vendedor pueden evidentemente atacar el bien vendido con reserva de dominio pero solicitando exclusivamente que se embargue aquello de que su deudor es titular en dicho bien, es decir, la propiedad condicionada que tiene en el mismo junto con la expectativa de consolidar el absoluto dominio en caso de incumplimiento por el comprador del pago total del precio. En este caso, si el comprador cumple su condición el embargo quedará extinguido al carecer su sujeto pasivo derecho alguno respecto del bien trabado, y en caso de incumplimiento se produciría una consolidación de la propiedad sin limitación alguna en la posición del vendedor y, al haberse gravado también dicha expectativa, se extenderá a ella el embargo. En caso de que se produjera dicho embargo

nada podrá objetar el comprador hasta el cumplimiento completo de la condición, momento en que solicitará su extinción.

Distinto es el supuesto en que dichos acreedores solicitaran que se trabe el embargo sobre el bien, sin limitación alguna en cuanto al contenido del mismo, correspondiendo entonces al comprador el ejercicio de la tercería de dominio conforme a la última doctrina del Tribunal Supremo antes vista.

Los acreedores del comprador también pueden dirigirse contra el bien vendido pero limitando su reclamación al derecho que sobre el mismo mantiene el comprador, es decir, una titularidad condicionada al pago del precio y dependiente de su sola voluntad. En este caso en caso de ejecución de dicho embargo se enajenaría dicho derecho subrogándose el adquirente en la posición jurídica que el comprador tenía en la venta con reserva de dominio. En caso de solicitar el embargo sobre el bien completo de nuevo asistiría la tercería de dominio pero en este caso al vendedor-propietario del bien.

Por todo ello cabe considerar que sería incluso posible que respecto del mismo bien se trabaran embargos a favor de acreedores de ambas partes al mismo tiempo, puesto que dichos embargos pese a recaer sobre el mismo bien tendrían objetos diferentes y por lo tanto serían compatibles entre sí.

Bibliografía:

ALBALADEJO GARCÍA, M., "Derecho Civil, I, Introducción y Parte General", Volumen II, Undécima edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1991.

ALONSO PÉREZ, M., " El riesgo en el contrato de compraventa" Editorial Montecorvo, Madrid, 1972.

AMORÓS GUARDIOLA, M., "El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Tomo XLV, 1972, págs. 9 a 41.

BLANCO, A., "Venta con reserva de dominio. Ponencia para la segunda reunión de la Academia de Derecho Comparado e Internacional celebrada en La Habana en febrero de 1947", Revista de Derecho Privado, 1947, págs. 429 a 434.

BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., "La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles", Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1971.

BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., “Las ventas a plazos de bienes muebles (Ley de 17 de julio de1965)”, Anuario de Derecho Civil, 1966, págs. 117 a 185.
BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., “ Comentarios a la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1977.
BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia, Número 3, págs. 873 a 879.
BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Número 18, 1989, págs. 993 a 1000.
BERCOVITZ-RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Número 29, 1989, págs. 571 a 581.
BLASCO GASCÓ, F. DE P., “Cumplimiento del contrato y condición suspensiva”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.
BORREL Y SOLER, A. M., “El contrato de compraventa según el Código Civil español”, Editorial Tipografía Catalana-J. Pugés, Barcelona, 1952.
BOTELLA GARCÍA, A., “Estudios de hacienda Pública. Impuesto de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”. Editorial Instituto de Estudios Fiscales, Madrid ,1977.
CABANILLAS GALLAS, P., “Discurso de Defensa en Cortes del Proyecto de Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos presentado por el Ministerio de Justicia”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1965, págs. 1139 a 1152.
CANDIL Y CALVO, F., “Pactum reservati diminii”, Editorial Imprenta Iberica-E. Maestre, Madrid, 1915.
CASAS VALLÉS, R., “La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre su naturaleza jurídica a la vista de algunas Sentencias del Tribunal Supremo”, Revista Jurídica de Cataluña, Año LXXXV, Número 3, 1986, págs. 605 a 648.
DE CASSO Y ROMERO, I., “La compraventa a plazos con reserva de dominio”, Cuestiones de derecho privado de nuestra postguerra, conferencias en el Colegio Notarial de Barcelona, 1941, págs. 7 a 29.
DE CASSO Y ROMERO, I., “La obligación de transferir el dominio en la compraventa”, Nuestra Revista, 1º, 1947, págs. 134 a 154.
CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho Civil español, común y foral” Tomo Cuarto, Décima edición, Madrid, 1977.
CASTÁN TOBEÑAS, J., “Derecho Civil Español, Común y Especial” Tomo Segundo, Volumen Primero, Undécima edición, Madrid, 1978.
CHICO Y ORTIZ, J. M., “Estudios sobre Derecho Hipotecario”, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2000.
CLEMENTE MEORO, M.,”El acreedor del dominio”, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
CURIEL LORENTE, F., ”Comentario a las Resoluciones de 5, 6 y 7 de febrero de 1990”, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 612, año 1990.
DEGNI, F., “La compraventa”,Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Fundamentos de derecho Civil Patrimonial”, Volumen III, Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión, Cuarta edición, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
DÍEZ-PICAZO,L. / GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”, Volumen II, Segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1974.

EGUSQUIZA BALSAMEDA, Mª A., " Algunos apuntes para el estudio de la Ley 483 del Fuero Nuevo de Navarra", Revista Jurídica de Navarra, Número 15, 1993, págs. 145 a 154.
EGUSQUIZA BALSAMEDA, Mª A., " Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989)", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 1991, págs. 9 a 42.
FELIU REY, M., "La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía", Civitas, Madrid, 1993, págs. 117 y ss
FENOLLOS, M., "La pérdida de la cosa y la reserva de domino", Revista General de Derecho, 1945, págs. 281-282.
GIMENO-BAYÓN COBOS, R., "La compraventa con reserva de dominio", Edición electrónica del Consejo General del Poder Judicial
GÓMEZ DE LA SERNA, P., "La Ley Hipotecaria comentada y concordada con la legislación anterior española y extranjera", Tomo I, Madrid, 1862, págs. 256 y 257.
GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Venta en la que no se transmite el dominio hasta el cumplimiento de la condición suspensiva de pago del precio", Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, Número 50 bis, págs. 125 a 127.
GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., "Inscripción de condición resolutoria en garantía de precio aplazado " Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. Número 613, año 1990, págs. 2492 a 2494.
JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., "Todo Transmisiones. 2004", Editorial CISS, Valencia, 2004.
LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., "La reserva de domino en la quiebra", Civitas, Madrid, 1996.
MARTÍNEZ LAFUENTE, J., "Manual del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados" Editorial Escuela de Inspección Financiera y Tributaria, Ministerio de Hacienda. Madrid, 1977.
MAS ALCARAZ, C., "La cláusula de reserva de dominio" Estudios de Derecho Privado dirigidos por Antonio de la Esperanza. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, págs. 94 y ss.
MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., "Estudios sobre el Reglamento del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y actos Jurídicos Documentados" Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1997, págs. 58 a 64.
MONTÉS PENADÉS, V. L., "Comentarios al Código Civil, Artículo 1115" EDERSA, Madrid, 1984, págs. 1048 a 1060.
OERTMANN, P., " La reserva de dominio en la compraventa", Revista de Derecho Privado, Tomo XVII, 1930, págs. 257 a 271.
PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Derechos Reales. Derecho Hipotecario" Tomo Primero. Centro de Estudios Registrales, Madrid. 2001.
PUIG PEÑA, F., "Compendio de Derecho Civil español" Tercera Edición, Ediciones Pirámide, Madrid.
PUIG BRUTAU, J., "Fundamentos de Derecho Civil" Tomo Tercero, Volumen III, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
RIVERA FRENÁNDEZ, M., "La posición del comprador en la venta con reserva de domino", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
ROCA SASTRE Y ROCA SASTRE MUNCUNILL, R. M. Y L., " Derecho Hipotecario" Tomo II, BOSCH; Barcelona, 1979.
RUIZ RICO, J.A., " Pacto de reserva de dominio: Esquema" Lunes cuatro treinta, núm. 103, págs. 30 a 32.
SÁNCHEZ LORENZO, S., "Garantías reales en el comercio internacional", Civitas, Madrid, 1993.
SANCHO REBULLIDA, F., "El sistema de los derechos reales en el fuero Navarro", Anuario de Derecho Civil, Tomo XXVII, 1974, págs. 67 a 91.

SERICK, R., "Garantías mobiliarias en derecho alemán", Tecnos, Madrid, 1990.
SCHÄFER H./OTT, C., "Manual de análisis económico del derecho civil", Tecnos, Madrid, 1991.
STIGLER, G., " The Economics of Information", The Journal of Political Economy, tomo 3, 1961, págs. 213 y ss.
TORRES LANA, J.A., "Notas críticas a la Ley de Venta de Bienes Muebles a plazos" Revista de Derecho Privado, págs. 601 a 635.

LA UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANTE LOS RETOS MEDIOAMBIENTALES

Carlos-Mª Rodríguez Sánchez
Asesor Jurídico del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha

Resumen

En el presente trabajo comienzan exponiéndose los argumentos en que se sustenta el carácter sistémico del medio ambiente, haciendo un breve recorrido por la historia del pensamiento filosófico-científico. Se demuestra que el mantenimiento de nuestra calidad de vida presente pasa por garantizar el equilibrio de los sistemas naturales. Y si el Derecho quiere dar respuesta eficaz a los problemas de degradación del entorno, no puede conformarse con proporcionar respuestas parciales, circunscritas sólo al derecho público.

Por ello en la segunda parte, se insiste en la necesaria unidad del ordenamiento jurídico en la protección del medio ambiente, relativizando conceptos dogmáticos que, en principio, podrían constituir una "barrera psicológica" para el intérprete y aplicador del Derecho. Así se expone la importancia, histórica y actual, que ha tenido y está teniendo el derecho civil en la protección indirecta del medio ambiente, sobre la base de la doctrina del "abuso de derecho" y de la interpretación expansiva de las normas con criterios de "realidad social". Por último se denuncian otras construcciones dogmáticas que podrían distorsionar la eficacia jurídica desde el derecho público: la consideración de los derechos sociales como derechos no exigibles, o la estéril dicotomía penal entre "bienes jurídicos individuales y colectivos".

INTRODUCCIÓN.

El conocimiento científico de nuestros días se caracteriza por haber abandonado el determinismo del principio de causalidad para la explicación del mundo objetivo, de modo que hoy son señores de la física la teoría de la relatividad y el principio de incertidumbre. Ambas doctrinas son,

sin embargo, hijas del siglo XX, puesto que, durante largos periodos de la historia, el saber científico no tuvo otro empeño que el de lograr una explicación mecánica de los fenómenos terrestres y celestes.

Estas aportaciones no significan, en modo alguno, que ya no pueda desarrollarse un pensamiento científico sobre los fenómenos naturales sino que imponen la idea de una adaptación metodológica de la ciencia: del reduccionismo mecanicista pasamos a una nueva concepción del mundo presidida por criterios de complejidad. La razón humana ya no es garantía (si es que alguna vez lo fue) para comprender el funcionamiento del Universo.

Llama, por tanto, la atención, que cuando las ciencias experimentales han renunciado a dar explicaciones universalmente válidas de la realidad, las ciencias sociales (y en particular el Derecho) se aferren a menudo a construcciones dogmáticas que, teniendo un positivo valor sistemático, acaban constriñendo el adecuado desarrollo de la disciplina en cuestión, impidiéndole afrontar adecuadamente los problemas que se le suscitan.

El objeto de este trabajo es analizar de qué manera ha cristalizado en el mundo jurídico el concepto de "medio ambiente", para lo cual es menester una breve reseña sobre la historia del saber científico. Demostraremos así el carácter sistémico del pensamiento medioambiental. Ello, a su vez, nos llevará a proponer una adaptación global de los ordenamientos jurídicos mediante la relativización de divisiones que, hasta ahora, se han interpretado de manera excesivamente rígida, impidiendo al Derecho brindar una adecuada tutela frente a la degradación del entorno. La conclusión será la siguiente: en el mundo de las ciencias empíricas las leyes no pueden dejar de cumplirse sin perder su condición de tales; en las ciencias sociales, en cambio, como señalan ABRAMOVICH y COURTIS, *"…la evaluación del rendimiento de una categoría técnica no debería depender de su capacidad para explicar de manera absoluta un fenómeno…sino de su potencialidad para explicarlo de manera más o menos completa. Esto, sin embargo, en términos de rendimiento, es mejor que renunciar a toda explicación"*[1].

EL MEDIO AMBIENTE COMO CONCEPTO SISTÉMICO.

Como anteriormente decíamos, el pensamiento científico tuvo la inicial pretensión de formular leyes universalmente válidas, que permitieran anticipar una explicación mecánica de todos los acontecimientos terrestres y celestes. En Galileo encontramos ya esa inicial vocación de deslindar el pensamiento científico del religioso, idea reforzada con los descubrimientos de Newton, en cuya ecuación de la teoría gravitacional parecía demostrarse que las leyes físicas eran unas mismas para todo el Universo. En palabras de Lynn Margulis:

"…la fuerza que mantenía la Luna en órbita era la misma que hacía caer al suelo una manzana. Tan revelador fue el descubrimiento de Newton de leyes que gobernaban el universo entero, que para algunos parecía que había conseguido, en palabras de Kepler, vislumbrar la mente de Dios…"[2].

Con inusitada confianza en las facultades de la razón humana, se restringió el concepto de ciencia al estudio de aquellos fenómenos que podían ser medidos y cuantificados. En este momento, Descartes configura el método analítico de pensamiento, en el que se diseccionan los fenómenos complejos en sus distintas partes para, tras examinar las propiedades de éstas, comprender el funcionamiento del todo.

El universo material, incluyendo los seres vivos, son para Descartes una máquina, susceptible de ser tamizada por el pensamiento analítico, quedando así perfectamente delimitados los reinos de "mente" y "materia". Esta visión se extendió al campo de la biología con la explicación del fenómeno de la circulación sanguínea por William Harvey. En la mentalidad de la época, parecía que las potencialidades del cartesianismo permitirían alcanzar, en un futuro más o menos próximo, la plenitud del conocimiento humano.

Las primeras limitaciones del pensamiento mecanicista se evidenciaron con el intento de los fisiólogos de explicar funciones del cuerpo humano como la digestión o el metabolismo, en las que intervienen procesos químicos. Sólo las aportaciones en el siglo XVIII de Antoine Lavoisier,

considerado “padre de la química moderna”, vinieron a colmar una parte de esas lagunas.

Sin embargo con el surgir de la nueva ciencia, la simplicidad de los modelos mecanicistas parecía desmoronarse. Aunque no por ello dejó de rendirse culto al cartesianismo: sólo se abandonó la idea de que los animales y el resto de los seres vivos fueran “máquinas de relojería”, para considerarles máquinas de funcionamiento algo más complicado, al incluir en su configuración una serie de procesos químicos.

La primera oposición frontal al mecanicismo llegó de la mano del movimiento romántico que impregnó la literatura, el arte y la filosofía de finales del siglo XVIII y del XIX. Se volvió nuevamente al concepto aristotélico de la “forma en movimiento”, para concebir ésta como un patrón de relaciones en el seno de un todo organizado. En este campo destacó Enmanuel Kant al separar el “mundo de los fenómenos” del de las “cosas en sí mismas”.

Durante la segunda mitad del siglo XIX se asistió a una nueva resurrección del mecanicismo, cuando el perfeccionamiento del microscopio condujo a notables avances en microbiología y el descubrimiento de las leyes de la herencia genética. Parecía, al fin y al cabo, que también los organismos vivos podían someterse a explicaciones físico-químicas.

Pero, como tantas veces sucede, el espectacular desarrollo de la microbiología llevaba en su germen la crítica a la insuficiencia de los modelos mecanicistas. Ciertamente, la biología celular había permitido notables avances en el conocimiento de las estructuras y funciones de las subunidades celulares. La paradoja, sin embargo, era la siguiente: si se había demostrado que todas las células de un mismo ser comparten idéntica información genética, ¿qué podía provocar que cuando éstas se desarrollan acaben especializándose en células musculares, sanguíneas, óseas, nerviosas etc?[3].

De este modo acabó surgiendo una corriente específica denominada “biología organicista”, según la cual las leyes de la física y la química resultan insuficientes para la plena comprensión del fenómeno de la vida.

El organismo vivo parece ser algo más que la simple suma de sus partes, por lo que el estudio singular de éstas no garantiza el conocimiento de aquél. Con estos planteamientos se cimentó el denominado "pensamiento sistémico", también denominado "holístico".

En palabras de CAPRA *"Según la visión sistémica, las propiedades esenciales de un organismo o sistema viviente, son propiedades del todo que ninguna de las partes posee. Emergen de las interacciones y relaciones entre las partes. Estas propiedades son destruidas cuando el sistema es diseccionado, ya sea física o teóricamente, en elementos aislados. Si bien podemos discernir partes individuales en todo el sistema, estas partes no están aisladas y la naturaleza del conjunto es siempre distinta de la mera suma de sus partes…"*[4].

De este modo, los seres vivos están formados por redes complejas de órganos interconectados que, a su vez, se forman por células, constituidas a su vez de macromoléculas. Todo sistema vivo está "autoorganizado", de forma que su orden y comportamiento no son establecidos desde el exterior. Es, en este sentido, un sistema cerrado. Ello no quiere decir que el entorno no pueda influirles. De hecho, los seres vivos nacen y se desarrollan en un contexto exterior: han de tomar su alimento de él y, por otra parte, es al entorno donde van a parar los "residuos" de sus procesos vitales.

La influencia del entorno en los seres vivos llevó a James Lovelock a defender también la idea de la interconexión existente entre el hombre y los demás seres vivos, en su conocida y sugerente "hipótesis Gaia", que empezó a fraguarse con la búsqueda de vida en Marte, durante la misión "Viking", en 1975. El autor sostuvo la idea de que la Tierra, en su totalidad, era un sistema autoorganizador vivo

Algunos años antes de la fecha anterior, Lovelock, científico inglés que había descubierto un dispositivo para medir los clorofluorocarburos (ligados a la formación de los agujeros de ozono), fue contratado por la NASA, a fin de diseñar instrumentos que permitieran encontrar vida en el Planeta Rojo. El investigador se planteó que un principio general de la vida consistía en la necesidad de que todos los seres vivos tomaran de su

entorno materia y energía y expulsaran desechos. Para ello, según él, resultaba esencial una atmósfera o la existencia de océanos, como medio fluido para las materias primas y los desechos. Por tanto, a la presencia de vida debería poder llegarse analizando los marcadores químicos existentes en la atmósfera.

La composición de la atmósfera marciana ya se conocía en aquél entonces, a través del análisis espectroscópico de la luz reflejada por el Planeta. De esta forma, Lovelock y su colega Dian Hitchcock no tuvieron más que comparar esa atmósfera con la terrestre. Y aquí es donde se pusieron de manifiesto las diferencias sustanciales: en la atmósfera marciana escasea el oxígeno, no existe el metano y abunda el CO_2[5], mientras que la atmósfera terrestre contenía cantidades masivas de oxígeno, casi nada de carbono y mucho metano.

Sustancialmente, la trascendencia del descubrimiento consistió en que, con arreglo a las leyes químicas, no se justificaba la presencia en la atmósfera de una serie de gases que, en condiciones normales, debieran haber reaccionado con el oxígeno y ser absolutamente indetectables. Ese era el caso particular del metano. La razón de que existiera en tan grandes cantidades se debía a que tales gases no se hallaban en situación de "equilibrio químico". Ello sólo podía deberse a razones biológicas: Lovelock comprobó que las causantes de esta presencia son las bacterias y los protistas que, por ejemplo, forman parte de la flora intestinal de los rumiantes. De modo que, aunque el metano reaccione con el oxígeno, antes de que desaparezca del todo, las bacterias productoras del mismo lo liberan en cantidades globalmente significativas, coexistiendo ambos gases en una mezcla alejada del equilibrio químico.

Por el contrario, en Marte, todas las relaciones químicas posibles entre los gases de la atmósfera habían sido completadas mucho tiempo atrás. Si hoy no son posibles nuevas reacciones en dicho Planeta se debe a que, por la ausencia de vida (o, al menos por su ausencia significativa), existe un completo equilibrio químico en su atmósfera y virtualmente, todas las moléculas capaces de reaccionar con otras, lo habrían hecho hace tiempo[6].

La situación peculiar de la atmósfera terrestre debe ser consecuencia de la presencia de vida en la Tierra. Las plantas producen oxígeno constantemente, mientras que otros organismos producen otros gases, de modo que los gases atmosféricos son continuamente reaprovisionados mientras pasan por sucesivas reacciones químicas[7].

En efecto, el proceso de autorregulación es la clave de esta idea. Se sabía por los astrofísicos que el calor del Sol se había incrementado en aproximadamente un 30% desde el inicio de la vida sobre la Tierra. Por su parte, los seres vivos sólo pueden desarrollarse en el limitado intervalo de temperaturas donde el agua es líquida. Sin embargo, los restos fósiles de hace más de tres mil millones de años confirman que las temperaturas de la época no eran muy diferentes de las actuales. ¿Acaso era la Tierra capaz de regular su temperatura, así como otras condiciones planetarias, al igual que los organismos vivos son capaces de autorregularse y mantener constante su temperatura corporal y otras variables vitales?.

La respuesta a esta cuestión vino de la colaboración de Lovelock con Lynn Margulis. Ambos demostraron que esta capacidad proviene de una asombrosa relación entre las partes vivas y no vivas del Planeta. Piénsese, por ejemplo, en los océanos: la química sugiere que en ellos debieran producirse concentraciones salinas peligrosas para formas de vida no bacterianas – pues las sales de cloruro sódico y sulfato de magnesio están siendo transportadas a ellos constantemente por los ríos – Al parecer, son los microorganismos flotantes los que podrían estar modulando y estabilizando la escala global de salinidad que les hace habitables[8].

Con lo hasta aquí expuesto, queda suficientemente ilustrada la idea de que el medio ambiente es un concepto sistémico. La actividad humana influye en el entorno desencadenando unos resultados que ya no pueden predeterminarse acudiendo al automatismo de “causa-efecto”, sino que serán el producto de un proceso estocástico, derivado del reajuste entre los diversos subsistemas que componen el medio ambiente. Cuando los científicos aluden hoy a los peligros que puede comportar el “efecto invernadero” provocado por la emisión a la atmósfera de gases como el CO_2, nunca dicen que el fenómeno va a suponer una catástrofe para la vida

humana sino que, mucho más humildemente, advierten que el calentamiento global de Planeta ha de conllevar un reajuste del clima que, a su vez, provocará cambios en las formas de vida hoy existentes.

Y aunque sólo esa afirmación debiera ser motivo para cambiar nuestras conductas, la indefinición de sus consecuencias permite todavía a muchos especular con su transcendencia, e incluso cuestionar el propio dato objetivo de este "calentamiento global".

De manera que si el Derecho ha de afrontar adecuadamente los retos medioambientales que hoy se plantean, necesariamente debe enfrentarse a ellos con soluciones unitarias y coherentes. En este aspecto, hemos de llamar la atención sobre algunas construcciones conceptuales que, si bien son útiles para la sistematización jurídica, indudablemente han de ser relativizadas para que no impidan esa "respuesta coherente" que, según decimos, incumbe al Derecho.

A continuación desarrollaremos los ámbitos en que procede hacer un esfuerzo de unidad, evitando la respuesta fragmentaria y, por tanto, ineficaz.

DERECHO PÚBLICO FRENTE A DERECHO PRIVADO.

La dicotomía "derecho público/derecho privado" resulta ser una construcción dogmática con capacidad de impedir la adecuada protección del medio ambiente. Así, el reduccionismo de afirmar que el derecho medioambiental es derecho público podría llevar aparejada la tentación de configurar un compartimento estanco frente al "derecho privado" y acabar asentándose la idea de que dicha tutela incumbe, bien a la Administración Pública (estatal, autonómica y local), bien al orden jurisdiccional penal (en los casos de atentados más graves contra el entorno).

En efecto, no cabe duda de que el Derecho medioambiental se ha ido imponiendo en los ordenamientos jurídicos internos por influencia del Derecho Internacional Público, como resultado del consenso logrado en el seno de organismos internacionales, en los que se representan los Estados. Puede citarse como antecedente más importante la Conferencia

de Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972, donde se empieza a hablar de la necesidad de un "desarrollo sostenible", intentando conjugar las relaciones, hasta entonces conflictivas, entre "economía" y "ecología". Partiendo de la existencia de recursos renovables y no renovables, se sostiene la necesidad de explotar aquéllos teniendo como límite su capacidad de regeneración; al tiempo, se propone el empleo de recursos alternativos en sustitución de los no renovables.

Poco tiempo después, se celebró en París (los días 19 y 20 de octubre de 1972) una Cumbre de Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la CEE en la que, como recuerda el profesor MARTÍN MATEO, se insistió en la idea de que el auténtico progreso económico es aquel que se orienta "hacia la mejora de la calidad y del nivel de vida de los europeos"[9]. Pero, lo más importante es que, de esta Cumbre, surge el mandato expreso a las Instituciones comunitarias para acometer un programa específico para la tutela del medio ambiente, que se acabó plasmando en el Primer Programa de Acción de las Comunidades Europeas 1973-1977, aprobado por el Consejo el 22 de noviembre de 1973. En el Título I del mismo se advierte que la política ambiental tiene por objeto "poner la expansión al servicio del hombre procurándole un entorno que le asegure las mejores condiciones de vida posibles".

Ha de observarse que la puesta en práctica por parte de la Comunidad Económica Europea de sus políticas medioambientales se acometió incluso antes de que sus Tratados constitutivos la recogieran expresamente. De hecho, el fundamento jurídico de las primeras normas emanadas tuvo que ser el antiguo artículo 235 del TCEE (actual artículo 308 TCE), en el que se permitía al Consejo, por unanimidad, adoptar las disposiciones pertinentes "cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios" (denominada "cláusula de los poderes implícitos). Y es que, en efecto, hasta la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el TCEE por el Acta Única Europea, no se articuló por primera vez en el derecho originario la protección del medio ambiente, mediante la incorporación de los artículos 130 R, 130 S y 130 T (renumerados como artículos 174 a 176 TCE por el Tratado de Ámsterdam).

Sin duda, en el marco del derecho interno español, esta toma de posición internacional determinó la inclusión del medio ambiente como bien jurídico protegido en el artículo 45 de nuestra Constitución. En este precepto, se pueden observar dos facetas claramente diferenciadas: por un lado, la proclamación del medio ambiente como un derecho-deber de "todos" (nº 1) y, por otra parte, el mandato que se dirige a los poderes públicos de velar por la utilización racional de los recursos naturales y la necesidad de establecer las correspondientes medidas sancionatorias y resarcitorias para quienes realicen conductas que atenten contra el medio natural (nº 2 y 3, respectivamente).

Al estar ubicado este artículo en el capítulo III de nuestra Constitución como "principio de la política social y económica" su grado de vinculatoriedad se ha visto inevitablemente condicionado por el art. 53.3 CE, en cuanto su alegación ante la jurisdicción ordinaria sólo podría hacerse de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. Y puesto que, en este caso, el "desideratum" del constituyente ha ido por delante de la realidad normativa, se ha tendido a considerar que la protección del medio ambiente incumbe especialmente al Derecho público, ya que las normas que se emanan para su protección constituyen sustancialmente derecho administrativo.

Se tiende a olvidar así que, tradicionalmente, el derecho privado es quien ha venido tutelando estos intereses, si bien no de forma directa, sino amparando al titular del derecho subjetivo (fundamentalmente de propiedad) que resultaba perturbado o menoscabado[10]. Tres son los puntos en que el derecho privado tiene posibilidades de brindar una tutela complementaria al derecho administrativo.

A) EL ABUSO DE DERECHO DEL ARTÍCULO 7.2 CC.

Corresponde al derecho civil haber construido la teoría del "derecho subjetivo" como posibilidad de actuación jurídica que garantiza el ordenamiento jurídico y cuyas potestades concretas se ponen por éste a disposición del titular. En esta construcción, la tutela del derecho subjetivo nunca ha sido incondicional, citándose respecto de ellos la existencia de límites subjetivos y objetivos[11]. Entre los primeros se nombran la capacidad de

obrar y la legitimación; entre los segundos, el "abuso de derecho", que hoy aparece positivizado como límite de los derechos subjetivos en el artículo 7.2 del Código Civil.

Según este artículo: *"La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"*.

La doctrina del "abuso de derecho" constituye, en efecto, una manifestación palmaria de la relatividad de la distinción entre "derecho público/privado", en la medida en que reconoce que el área de acción del derecho subjetivo está circunscrita por el derecho objetivo. Por consiguiente no puede seguirse sosteniendo el automatismo de que "qui iure suo utitur neminem laedit".

Esta doctrina empezó a abrirse camino en la jurisprudencia francesa del siglo XIX, con un primitivo carácter subjetivo[12]. Se consideraba abusiva la conducta de quien ejerce su derecho con ánimo de perjudicar a otro o, al menos, sin interés propio, acuñándose el concepto de "actos de emulación". Así, cita HEINECIO, como supuesto típico de acto de emulación, el envenenamiento de las flores por parte del dueño de un huerto, para que mueran las abejas del vecino.

En las primitivas sentencias dictadas se ponen de manifiesto soluciones a problemas medioambientales por la vía indirecta de proteger las relaciones de vecindad. Problemas de tan rabiosa actualidad como la contaminación acústica, ya tuvieron respuesta adecuada con la resolución del Parlamento de Aix, que se remonta al año 1577, por la que se condenó a un cardador de lanas que cantaba con el solo objeto de molestar a un abogado vecino suyo.

Pero la tesis subjetiva chocaba con la dificultad de probar intenciones y, por ende, con su escasa eficacia práctica, circunscrita a supuestos muy notorios de malas intenciones expresadas. Por ello, más adelante se

impuso una concepción objetiva en la que comenzó a hablarse de la función económico-social de cada derecho, de modo que se impondría como límite del mismo su ejercicio en contra de esta finalidad. JOSSERAND comparó la doctrina del abuso de derecho con la desviación de poder en el ámbito del derecho administrativo: de igual manera que un acto administrativo resulta viciado por dirigirse a fines privados, en el derecho civil, el titular de un derecho no puede desviarlo de su destino social.

En España se cita como antecedente del abuso de derecho la STS de 7 de noviembre de 1866 en la que se alude a la regla derivada de las leyes de Partidas de que el hombre, si bien tiene derecho a hacer en sus cosas lo que estime conveniente, "develo facer de manera que non faga daño nin tuerto a otro". Más conocida es, sin embargo, la STS de 14 de febrero de 1944, en la que se condenó a una sociedad que, como titular de una licencia de extracción de áridos, extrajo tal cantidad de arena de la playa que dejó desguarnecida a una central eléctrica, que sufrió graves daños como consecuencia de un golpe de mar. También es conocida la STS de 30 de octubre de 1963 en la que se condena a una industria a indemnizar por no tener instalado un sistema de depuración de gases.

En la actualidad, podemos decir que la horizontalidad del derecho ambiental se va abriendo un tímido camino en la jurisprudencia de la Sala 1ª del TS. En la STS de 3 de diciembre de 1987, se condena a una empresa a sufragar los gastos de reparación de las grietas y fisuras existentes en la casa, anejos y cisternas de los actores, provocados por las vibraciones causadas por aquélla, imponiéndose el deber de cesar en estas actividades molestas. Frente a las alegaciones efectuadas por la empresa de que la regulación y ordenación del medio ambiente son competencia de las Administraciones Públicas y que, por tanto, carecen de competencia el Juzgado y la Audiencia, el FJ 2º de la sentencia, aun reconociendo que la legislación sobre el medio ambiente y sus efectos son de inspiración esencialmente administrativa, ello *"…no es óbice para que el ordenamiento jurídico privado pueda y deba intervenir en cuantos problemas y conflictos se originen en el ámbito de las relaciones de vecindad, en los supuestos de culpa contractual o extracontractual y en aquellos otros que impliquen un abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, situación a que alude el artículo 7.2 del Código Civil*".

Con parecidos argumentos se expresa la STS de 30 de mayo de 1997, que como consecuencia de las inmisiones molestas y nocivas de una explotación de ganado de cerda que contaba con licencia municipal, obliga a adoptar las medidas correctoras necesarias para evitar aquellas inmisiones en un plazo prudencial de 6 meses o, en su defecto, la cesación de la explotación. El FJ 2º admite que el órgano jurisdiccional civil es perfectamente competente para la adopción de estas medidas si *"considera que es la única forma de evitar la inmisión intolerable"*. Y todo ello, invocando tanto el artículo 45 de la Constitución como el artículo 7.2 del Código Civil.

B) LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS SEGÚN LA "REALIDAD SOCIAL".

El artículo 3.1 del Código Civil, redactado según la Ley 3/1973, de 17 de marzo, obliga a interpretar las normas *"según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas".*

Concretando la expresión anteriormente subrayada, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (S de 31 de marzo de 1981) situó como punto de referencia a nuestra Constitución de 1978, por su naturaleza de ley superior. En virtud de este principio, la acomodación de la interpretación de las leyes a los principios y valores constitucionales (entre los que se encuentra el medio ambiente), se extiende a todos los sectores del ordenamiento jurídico y no sólo al derecho público (SSTC de 23 de julio de 1981 y de 4 de mayo de 1982).

Gracias al criterio interpretativo de la realidad social, los tribunales de la jurisdicción civil han llevado más allá de su tenor literal algunos preceptos jurídico-privados, aprovechando el potencial teleológico del concepto de "medio ambiente", y dando así respuesta eficaz a problemas suscitados entre particulares. Destacamos al respecto las siguientes sentencias:

1.- La **STS de 2 de febrero de 2001**, en la que los actores consiguen una indemnización por los daños y perjuicios que en su propiedad

ocasionaba la actividad de una empresa de áridos, a causa del ruido, las vibraciones y la contaminación de humo y polvo generada. En 1ª instancia la indemnización fue de algo más de 500.000 ptas, elevándose al millón en apelación. Al recurrir en casación, el Tribunal Supremo queda impresionado por los daños que se acreditan y lo exiguo de la reparación, elevando la indemnización procedente a 7 millones de ptas. El fundamento jurídico 5º constituye toda una auténtica lección de protección medioambiental acometida desde el derecho privado, en una interpretación de las normas civiles conforme a su sentido social.

En primer lugar, recogiendo las aportaciones doctrinales sobre el concepto del medio ambiente lo define como *"…la sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momento determinados, la vida y el desarrollo de organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos. Un ambiente en condiciones aceptables de vida, no sólo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre…",*

Por otra parte acepta sin reservas la horizontalidad del medio ambiente y la necesidad de acometer su protección, tanto desde el derecho público como desde el derecho privado, con las siguientes palabras: *"El control de las actividades que generan situaciones de deterioro y desencadenan en daños ambientales, no puede desarticularse de un cambio en la organización de la vida social. El derecho civil es la expresión jurídico-formal de las relaciones de intercambio de una sociedad concebida en términos individualistas, como simple suma o agregado de individualidades. En este sentido la responsabilidad por hecho ilícito se consagra en función del individuo y de su capacidad como ente racional y autónomo para responder de sus actos cuando éstos lesionan, sea dolosa o culposamente, el derecho de otro"*.

2.- Con el mismo carácter de interpretación conforme a la "realidad social" debe destacarse la **STS de 29 de abril de 2003**. En ella la invocación del artículo 3.1 del Código Civil produce un doble efecto expansivo:

-Por un lado, el del propio contenido del "derecho a la intimidad" que, según entiende, no puede quedar circunscrito a la mera publicación, difusión o desvelamiento de datos de la vida privada de los individuos porque *"…las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3 del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el Texto Constitucional se convierte en el "contexto" al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Y esa acomodación ha de ser observada no sólo en los casos en que sea preciso llevar a cabo una interpretación declarativa de las disposiciones legales, sino también en la denominada "interpretación integradora", cuando, como ocurre en el presente supuesto, la adecuación a un determinado precepto constitucional así pudiera exigirlo. En efecto, el derecho a la intimidad…ha cobrado una mayor dimensión que, en cierto modo, espiritualiza su finalidad, relacionándolo con el ámbito propio de la personalidad, que debe ser protegido de cualquier ingerencia o inmisión que pueda perturbarlo, expresamente dentro del recinto domiciliario. Tampoco las autorizaciones administrativas para desarrollar una determinada actividad que resulte perjudicial para este ámbito eximen o justifican por sí la intromisión"* (FJ 9º).

-Por otra parte, dentro de los daños atribuibles a un propietario, en virtud del artículo 1908 del Código Civil, el nº 2 considera como concepto dañoso la producción de "humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades". Pues bien el FJ 5º de la sentencia considera que esta referencia *"…es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello en el marco de las posibles conexiones con el artículo 590 del Código Civil*".

3.- Por último es destacable **la STS de 17 de marzo de 2004**. Se planteaba en ella la incorrecta interpretación de la Sala de instancia del artículo 75.5 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, que permite la resolución del contrato a instancias del arrendador en los casos en que el arrendatario haya causado graves daños en la finca con dolo o negligencia manifiesta.

En este caso, el arrendatario, con incumplimiento de las medidas correctoras especificadas en el informe-propuesta de impacto ambiental

de la Administración, había acometido una serie de supuestas mejoras cuya rentabilidad económica había sido inmediata pero que, con posterioridad, produjeron erosión perjudicial para la vegetación natural de la finca y su riqueza cinegética. Los peritos que declararon en juicio, pese a reconocer estos extremos, minimizaron su importancia, hasta el punto de concluir que la actividad del arrendador era constitutiva de "mejora". Esta fue la interpretación de la Sala de instancia que resulta recurrida en casación ante el TS.

Sin embargo, el FJ 7º de la sentencia citada da la razón a los recurrentes, señalando la incongruencia de la sentencia de instancia con la argumentación de que *"…el productivismo no puede erigirse en criterio único para determinar los daños en la finca, ni desde la normativa específica de los arrendamientos rústicos aisladamente considerada ni desde una realidad social que, desde la Constitución de 1978, está presidida por el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado, el deber de todos de conservarlo y la obligación de todos los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales (artículo 45). Lo primero, porque supondría tanto como sacrificar los derechos del arrendador en beneficio del arrendatario a todo trance, desconociendo tanto las características y condiciones propias de la finca arrendada como sus posibilidades de otros aprovechamientos excluidos del contrato, cuales eran en este caso la caza y la pesca y, sobre todo, el deber contractual del arrendatario de devolver la finca, al terminar el arriendo, en el estado en que la recibió (art. 10 LAR); en otras palabras, equivaldría a permitir que el arrendatario estropeara la finca arrendada reduciendo su valor futuro por aumentar a corto plazo su rentabilidad, esto es, su propio y exclusivo beneficio. Y lo segundo, porque ese productivismo como criterio único de medición de los daños es radicalmente incompatible con valores que, como el respeto al medio ambiente o el desarrollo sostenible, aparecen no ya sólo reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico, incluido el supranacional, sino también plenamente asentados en la conciencia social y, desde luego, aplicados por la jurisprudencia de esta Sala a las relaciones jurídico-privadas".*

Sirvan estos variados ejemplos como botones de muestra para poner de manifiesto la conveniencia de que derecho público y derecho privado se sumen a una adecuada protección del medio ambiente. En efec-

to, el orden jurisdiccional civil, aunque primariamente no sea el que deba ir a la cabeza en la protección del entorno, tiene un papel nada desdeñable en la corrección de los "desmanes administrativos" que por negligencia, ausencia inspectora o mera aplicación formalista de las normas, acaben autorizando actividades contrarias al medio ambiente, cuando éstas causan daño a los particulares en sus bienes o derechos.

A mi juicio, el concepto de daños a que alude el artículo 7.2 del Código Civil, no debiera circunscribirse a los ocasionados a personas individuales sino que puede extenderse también a los daños colectivos. En este sentido sería deseable la extensión de los criterios de capacidad para ser parte a los grupos de afectados, ya que el artículo 6 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, con evidente casuismo, limita la capacidad para ser parte a los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso (artículo 6).

Asimismo, por ubicarse el artículo 7.2 del Código Civil en su Título Preliminar, es posible predicar su condición supletoria, en defecto de norma administrativa. O dicho de otra manera, la posibilidad que este artículo prevé de adopción de "medidas administrativas" en los supuestos de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, podrían servir de habilitación a la Administración para la adopción de aquéllas, incluso si no se le ha otorgado expresamente esta potestad en una norma administrativa, quedando igualmente cubierto el principio de "vinculación positiva".

LA RESPUESTA INTEGRAL DEL DERECHO PÚBLICO.

La eficacia en la protección del medio ambiente no depende sólo (ni principalmente) de la colaboración que pueda prestar el ordenamiento jurídico privado, interpretado con los criterios expansivos de la "realidad social", ni con la limitación que comporta, en el ejercicio de los derechos subjetivos, la doctrina del abuso del derecho. Ciertamente los supuestos más sangrantes de laguna tuitiva suelen producirse en la esfera del derecho público.

El dogma jurídico, encarnado en norma positiva, del principio de personalidad jurídica única de las Administraciones Públicas (art. 3.4 de la Ley

30/1992), se ha transmutado en una realidad fantasmal en nuestros días. La proliferación de organismos públicos con los que se acomete una labor de descentralización administrativa, convierte a cada una de las Administraciones territoriales en pequeños astros, en torno a los que gira un cada vez mayor constelación de entes instrumentales, so pretexto de garantizar prestaciones más especializadas a los ciudadanos.

Así es frecuente que, por la naturaleza especial del derecho ambiental y el hecho de haberse encomendado estas políticas a Ministerios y Consejerías diferenciadas, el resto de los Departamentos administrativos relajen su atención sobre los parámetros medioambientales que debieran presidir cualquier toma de decisión por su parte. Si a ello se suma el principio de "ilusión burocrática", que convence a cada gestor público de la insustituible labor que desempeña con independencia del resto, el terreno resulta abonado para la descoordinación administrativa.

En mis años de trabajo en el Servicio Jurídico de la entonces Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades, ví con alarma la gran superficie de vías pecuarias que, en su discurrir por poblaciones, acababan siendo calificadas por Planes de Ordenación Municipal como terrenos urbanos susceptibles de ser construidos. La descoordinación administrativa, por otra parte, no sólo se producía entre la Administración autonómica o municipal, sino también entre Consejerías de la propia Junta e, incluso, entre distintos servicios de la misma Consejería (como ocurrió aquella vez que instruimos expediente sancionador contra una señora, por ocupar con una plantación determinada vía pecuaria, habiendo recibido al mismo tiempo una subvención de la PAC por una superficie cultivada, en cuyo montante se computaba la superficie invadida).

Aunque en este trabajo se pretende relativizar el valor de las categorías jurídicas, creo que, como excepción, debería reforzarse el ya citado principio de personalidad jurídica única de las Administraciones Públicas, para que en la conciencia de toda autoridad y funcionario esté muy clara esa idea de "unidad de destino medioambiental" (con perdón por las evocaciones políticamente incorrectas que puediera suscitar esta expresión).

De cualquier modo, siguiendo con cuestiones doctrinales que deben flexibilizarse en el derecho público, se me ocurren fundamentalmente dos.

A) LOS DERECHOS CIVILES FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES.

Con independencia de su inclusión o no dentro de la categoría de "Derechos públicos subjetivos", me interesa ahora minimizar la distinción, sobre la base del distinto papel que se exige a los poderes públicos en relación con ambos.

En efecto, la categoría de los derechos civiles se ha construido en torno al modelo neutro y abstencionista del Estado burgués, de modo que, como advierten ABRAMOVICH y COURTIS[13], son "derechos-autonomía" que generan obligaciones negativas por parte del Estado. Mientras, los "derechos sociales" supondrían obligaciones positivas o de prestación.

Hay que reconocer, sin embargo, que la distinción tiene cada vez más elementos distorsionadores. Como hemos visto en el epígrafe anterior, los derechos civiles clásicos están siendo reformulados desde una "función social". Particularmente así ocurre con el derecho privado "estrella", el de propiedad, por imperativo del artículo 33.2 de nuestra Constitución. Pero también otros derechos notoriamente civiles, como el de asociación, serían impensables simplemente desde la faceta abstencionista del Estado (es decir, la no ingerencia en las asociaciones), sin incluir también una serie de "prestaciones positivas" (como, por ejemplo, la emanación de leyes y normas que permitan hacer efectivo ese derecho, reconociendo personalidad jurídica a las asociaciones)

Inversamente, se está abriendo hoy una brecha de corte "privatista" en relación con los denominados "derechos sociales", al objeto de conceder acción a los particulares para su exigibilidad, impidiendo arbitrariedades de los poderes públicos cuando no los desarrollan, o cuando lo hacen de manera insuficiente o inadecuada.

En este supuesto podemos encuadrar la tutela del medio ambiente patrocinada en nuestra Constitución. Puesto que su inclusión se realiza en el Capítulo III del Título I, entre los "Principios rectores de la política social y económica", se suscita la eficacia de la vinculación que se dirige a los poderes públicos y la de su propia justicialidad, ya que, según el art. 53.3 CE, "Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las normas que los desarrollen".

Por lo pronto, como hemos visto en el epígrafe anterior, la inexistencia de una norma específica en relación con el medio ambiente no ha sido óbice para la protección indirecta del entorno en la jurisdicción civil. Ese mismo argumento podría usarse ante la jurisdicción contenciosa y ante las Administraciones Públicas, si bien a efectos estratégico-procesales deben distinguirse los supuestos en que se da omisión normativa, de aquellos en que existe una norma, pero ésta no ampara adecuada o suficientemente el medio ambiente.

- Si hay omisión normativa, la exigencia de la norma necesaria no podría plantearse, en principio, ni frente los Tribunales ordinarios (por respeto al principio de "separación de poderes") ni, eventualmente, frente al propio Tribunal Constitucional, en caso de omisión legislativa (pues este órgano es simplemente un legislador negativo). No parece, pues, plantearse otro camino práctico que el de la exigibilidad indirecta, a través de la acción de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas, cuando de la inadecuación del marco jurídico, sea imputable causalmente un daño sobre derechos civiles clásicos (como la vida o la integridad física), que reúna las notas del daño resarcible, es decir: efectividad, evaluabilidad e individualidad.

Esta acción sería particularmente contundente en el caso de que la omisión se hubiera ocasionado por ausencia de transposición de normativa comunitaria, pues en estos supuestos es pacífica la exigencia de responsabilidad patrimonial por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde la Sentencia de 19 de noviembre de 1991 (caso Francovich)

- Si, por el contrario, ha existido una intermediación normativa, ya es más fácil cuestionarla ante la jurisdicción contenciosa (si es de rango reglamentario), o ante el Tribunal Constitucional (si tiene rango legal). En este sentido, el artículo 45 de nuestra Constitución proporciona unos mínimos parámetros que, no por genéricos, devienen menos exigibles (en último término también la indefinición es característica de los derechos civiles: ¿qué es la propiedad? ¿en qué momento surge el derecho a la vida?). Particularmente debe resaltarse, respecto de las posibilidades de impugnación ante el Tribunal Constitucional, que en este caso no rige la limita-

ción invocativa del art. 53.3 “in fine” CE, referida en exclusiva a la alegación de los derechos sociales ante la jurisdicción ordinaria.

B) BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES FRENTE A LOS BIENES JURÍDICOS COLECTIVOS.

En segundo lugar, una adecuada protección del medio ambiente exige plantearse coherentemente el derecho sancionador que procede aplicar a quienes lo lesionen. En la opinión pública chocan, con toda razón, los contrastes sancionadores en los que, mientras se deja en la impunidad penal la catástrofe de la rotura de la balsa de Aznalcóllar, se procesa al pastor de la sierra granadina que arrancó unos gramos de manzanilla para prepararse su habitual infusión.

Si alguna eficacia puede tener el derecho sancionador en la protección del medio ambiente, aquélla le vendrá de la configuración de un sistema racional de infracciones y sanciones, en la que el Derecho Penal sea, verdaderamente, la instancia de “ultima ratio” frente a las transgresiones contra el entorno. Para ello es esencial que se aclaren las relaciones de este sector con el Derecho administrativo sancionador y, a tal efecto, se concrete cuál es el bien jurídico penalmente protegido cuando hablamos de “medio ambiente”.

En nuestra doctrina patria existe hoy una tendencia a recurrir a la Constitución para configurar lo que han de ser bienes jurídicos protegibles[14]. No parece mala solución, teniendo en cuenta que el Texto constitucional es fruto del consenso social sobre una serie de valores, en los que ha cristalizado el mínimo común denominador de nuestro sistema democrático.

En lo que atañe a la forma de protección sancionadora querida por nuestro constituyente, el art. 45.3 CE es particularmente confuso cuando alude a que “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Resulta poco frecuente que los Textos Fundamentales diseñen aspectos de política criminal que, por lógica, debieran corresponder al

legislador ordinario. En palabras del profesor ALZAGA, es criticable que la conminación penal de las conductas utilice la Constitución como "escarpia", aunque el sentido de éste y otros preceptos en que también se hace lo mismo pueda justificarse por las peculiaridades de nuestra transición política, la necesidad de mostrar sensibilidad ante problemas sociales que ya estaban generalizados, o el afán de garantizar el estricto respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas, después de tantos años de dictadura (así, por ejemplo, se podría comprender la conminación penal del art. 55.2, 2º párrafo, CE).

Por las limitaciones de espacio que han de tener estas reflexiones no puedo entrar en mayores profundidades sobre cuál debe ser el bien jurídico protegido en el medio ambiente. Sólo indicaré que, en esa configuración, resulta imposible seguir manteniendo un concepto de "bien jurídico individual", como ha sido característica del Derecho penal clásico. Por un lado, los atentados criminales al entorno no pueden tener un carácter tan marcadamente antropocéntrico que sólo puedan sancionarse cuando el resultado destructivo se ha materializado en la lesión de bienes jurídicos individuales (la vida, la integridad física). Es propio, por tanto, de un derecho penal del medio ambiente el "adelantamiento de la barrera penal", configurando unos tipos preventivos de peligro. Pero, por otra parte, resultaría igualmente criticable que en la necesaria configuración del medio ambiente como bien jurídico colectivo se perdiese la referencia al hombre, de modo que las sanciones penales se transmutaran en injustos de peligro abstracto. Tan perturbador sería un sistema como el otro: el primero, por ineficaz y, el segundo, porque identificaría el ordenamiento punitivo con el derecho administrativo sancionador, perdiendo aquél su carácter fragmentario y subsidiario.

En conclusión, a mi juicio, la política criminal eficaz debe partir de un diseño del medio ambiente como bien jurídico colectivo, planteado en torno a un moderado antropocentrismo, que supere la rígida distinción dogmática entre "bienes individuales" y "bienes colectivos". No hay que olvidar que si la Constitución eleva el medio ambiente a bien jurídico y ordena a los poderes públicos su protección, es precisamente para garantizar el "desarrollo de la persona" y el mantenimiento de la "calidad de vida", aspectos ambos ligados al ser humano (nº 1 y 2 del artículo 45). La

represión penal sólo se justifica, por tanto, como respuesta a la realización de conductas que comporten un peligro intolerable para el medio ambiente. Y aunque no es necesario que el resultado lesivo se haya acabado produciendo, sí parece imprescindible exigir en las conductas típicas una cierta potencialidad para perjudicar las condiciones en que se desenvuelve la vida del hombre.

Notas:

[1] ABRAMOVICH, V y COURTIS, C: *"Los derechos sociales como derechos exigibles".*Ed. Trotta. 2ª ed, 2004. Pág. 48.

[2] MARGULIS, L y SAGAN D: *¿Qué es la vida?*. Tusquets Editores. 1996, Barcelona. Pág. 16.

[3] "Las células que forman el embrión durante las primeras divisiones son totipotentes, es decir, conservan la capacidad de dar lugar a un individuo completo cada una de ellas por separado. Esta es la razón por la que, si el embrión es dividido en dos durante este estadio de desarrollo, se originan dos individuos genéticamente idénticos (gemelos monocigóticos), proceso que como es sabido ocurre de forma natural y espontánea con una cierta frecuencia. Pasadas las primeras etapas del desarrollo embrionario, las células empiezan especializarse de forma irreversible en un proceso llamado diferenciación celular, que dará lugar a la formación de los distintos tejidos y órganos del individuo. Durante esta diferenciación, las células, aunque siguen siendo genéticamente idénticas, adquieren características morfológicas y funcionales específicas que las diferencian notablemente unas de otras y pierden la capacidad que tenían de originar un organismo completo a partir de cada una de ella.". SOUTULLO, D: "De Darwin al ADN: ensayos sobre las implicaciones sociales de la biología". Talasa Ediciones S.L, 1998. Pág. 114.

[4] CAPRA, F: "La trama de la vida: una nueva perspectiva de los sistemas vivos". Anagrama, 1998. Pág 48.

[5] Concretamente en Marte el dióxido de carbono se encuentra en 9 de cada 10 partes, frente a 3 partes de cada 10.000 en que se encuentra en la Tierra.

[6] MARGULIS, L y SAGAN, D: *"Op. Cit".* Pag. 20.

[7] CAPRA, F: *"Op cit".* Pags 117 y ss.

[8] MARGULIS, L y SAGAN, D. *"Op cit".* Pags 26 y 27.

[9] MARTÍN MATEO, R: *"La calidad de vida como valor jurídico".* RAP, nº 117. Págs 51 a 70.

[10]MARÍN CASTAN, F: "La tutela judicial del medio ambiente, penal y ante otros órdenes jurisdiccionales". En "Problemas derivados de la delincuencia medioambiental". CGPJ. Colección estudios, nº 52/2004. Págs. 109-128.

[11]LACRUZ BERDEJO, J.L; LUNA SERRANO, A y RIVERO HERNÁNDEZ, F: *"Elementos de Derecho Civil I"*. Parte General, vol. III. Págs 111 y ss.

[12] Se citan como sentencias clásicas la del Tribunal de Colmar de 1855 que ordenó la demolición de una falsa chimenea construida en la propia casa, con el único objeto de privar de luces a un vecino; o la del Tribunal de Lyon en 1856, que condenó la continua extracción de agua de un pozo sólo para vaciar otro contiguo.

[13] ABRAMOVICH, V y COURTIS, C: *"Op cit".* Págs. 26 y ss.
[14] Véase, por todos, SANTANA VEGA, D.Mª: *"La protección penal de los bienes jurídicos colectivos".* Dykinson, S.L. Madrid, 2000.

El problema de la Doble Imposición y los métodos para su eliminación en el Impuesto sobre Sociedades Español[1]

Luis María Romero Flor
Becario de Investigación. Área de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Castilla-La Mancha
Centro Internacional de Estudios Fiscales

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- CONCEPTO DE DOBLE IMPOSICIÓN, ELEMENTOS INTEGRANTES Y CAUSAS GENERADORAS. 3.- MEDIDAS Y MÉTODOS UTILIZADOS PARA TRATAR DE EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL: 3.1.- Medidas para evitar la doble imposición internacional. 3.2.- Métodos para evitar la doble imposición internacional. 3.3.- Métodos para evitar la doble imposición internacional en el Impuesto sobre Sociedades Español.

Resumen

El objetivo del presente artículo es analizar desde una perspectiva teórica y general, las principales cuestiones que surgen cuando una misma persona física o jurídica es gravada por una misma renta o patrimonio por más de un Estado, fenómeno denominado como doble imposición internacional, y que cuenta con unos mecanismos que se han establecido para la eliminación de sus efectos, como son los contenidos en la legislación vigente en materia de doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades Español.

1.- Introducción

La creciente globalización que ha experimentado el mercado en las últimas décadas, en donde los capitales circulan cada vez con mayor facilidad, ha llevado a las empresas a plantearse la salida hacia nuevos mercados extranjeros y reducir la excesiva dependencia con el mercado interior, lo que lleva a numerosos países a modificar sus ordenamientos tributarios para evitar una disminución de la competitividad de los contribuyentes residentes que invierten en el exterior y a que éstos canalicen sus

inversiones a través de territorios con un marco normativo más favorable a la inversión internacional.

Este proceso de internacionalización puede generar un coste adicional para la empresa como consecuencia de la tendencia de los países a gravar tanto los rendimientos que sus residentes obtienen en el exterior (principio de gravamen en residencia), como los obtenidos por los no residentes en su propio país (principio de gravamen en origen).

Cuando se habla de Derecho Tributario Internacional, podría llegar a plantearse que las normas que de él derivan van a limitar el poder soberano de los Estados. Sin embargo, no existen leyes de carácter internacional que impongan límites al ejercicio de la soberanía de los Estados, ya que cada Estado va a dictar sus normas tributarias de forma independiente, lo que provocará un solapamiento de las potestades tributarias de los distintos Estados, originándose de esta manera el fenómeno tributario conocido con la denominación de Doble Imposición Internacional.

Con el objetivo de facilitar la salida al exterior de las empresas, y que ésta no suponga una sobreimposición para las mismas, el Derecho Tributario Internacional en general, y los Estados en particular, van a incorporar, a través de medidas unilaterales o pactadas, unos mecanismos para evitar, o por lo menos tratar de paliar la doble imposición, como son, entre otros el método de exención y el método de imputación.

2.-Concepto de doble imposición, elementos integrantes y causas generadoras

De manera amplia, podemos definir la doble imposición, como aquella situación en la que se encuentra un sujeto pasivo, por la que el mismo presupuesto de hecho de un tributo da lugar a obligaciones tributarias por el mismo período impositivo y por el mismo o análogo tributo en varios Estados o dentro de un mismo Estado. En este mismo sentido se manifiesta SAINZ DE BUJANDA cuando señala que *"se produce doble imposición o pluriimposición cuando el mismo presupuesto de hecho da lugar a obligaciones tributarias en varios Estados, por el mismo o análogo título y por el mismo período o evento"*.[2]

En base a esta definición, para poder hablar de la existencia de doble imposición, es necesario que concurran los siguientes elementos: un mismo sujeto pasivo, un mismo período de tiempo, concurrencia de impuestos de naturaleza idéntica o análoga y existencia de varios sujetos activos.

Así pues, en primer lugar, tiene que existir un mismo sujeto pasivo sobre el que recaiga la carga tributaria del hecho imponible. El hecho de que exista una misma identidad subjetiva, o la concurrencia de varias, será un factor determinante para diferenciar (como posteriormente analizaremos) figuras tan afines, y a la vez, tan dispares, como son la doble imposición jurídica y la doble imposición económica.

En el ámbito internacional, y tal como señala CALDERÓN CARRERO[3], *"la identidad del sujeto pasivo debe ser sustituida por la identidad sustancial del contribuyente"*, para dar cabida a otras figuras tributarias, como la del sustituto, que aunque no realiza el hecho imponible, ni tampoco excluye ni desplaza al contribuyente del hecho imponible, está por Ley *"obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma"*.[4]

CALDERÓN CARRERO, sigue señalando que existen otros supuestos en los que, ante la imposibilidad de apreciar la identidad formal del sujeto pasivo, *"debe flexibilizarse aquí la apreciación de la identidad absoluta a favor de una identidad relativa y material de contribuyente"*, siendo estos casos:

"a) El caso de sociedades sujetas al régimen de transparencia fiscal en el Estado de la residencia que son sometidas a imposición como entes societarios (no transparentes) en el extranjero por los hechos imponibles allí realizados, al tiempo que los socios de éstas son los que, debido a la transparencia tributaria, están sujetos a gravamen en la residencia sobre las rentas mundiales a través de la sociedad.

b) El del cónyuge que es sometido a imposición en el extranjero por las rentas que obtiene de fuente foránea y que soporta, a su vez, un segundo impuesto en la residencia (sobre el mismo hecho imponible) que

grava al mismo contribuyente agrupado con otros (unidad familiar) en aplicación de un régimen especial (tributación conjunta).

c) Los supuestos de tributación consolidada donde una sociedad del grupo ha soportado un impuesto extranjero por rentas obtenidas en dicho país, sobre las que se yuxtapone posteriormente un gravamen similar cuyo sujeto pasivo es el grupo de sociedades consolidado".

El segundo elemento que debe concurrir para que exista doble imposición, es la identidad del período impositivo, es decir, que la renta o patrimonio sometido a gravamen por dos legislaciones distintas, debe haberse generado u obtenido en un mismo (o idéntico) período impositivo.

Por lo que respecta al requisito de la concurrencia de impuestos de *"naturaleza idéntica o análoga"*, la Ley de Impuesto de Sociedades[5] aclara qué debe de entenderse por impuesto de naturaleza análoga, al indicar que *"se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida […] con independencia de que el objeto del tributo* (extranjero) *lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquélla"*.

La Dirección General de Tributos, en su Resolución de 8 de junio de 1999 (número de consulta 0959-99), estima que *"la apreciación del requisito de sometimiento a un <<gravamen de características comparables>> no implica la comparación de modelos genéricos de imposición sobre el beneficio empresarial, ni la mera comparación de tipos efectivos de gravamen por este concepto. Se trata, más bien, de comparar en cada caso, en atención al estatuto jurídico y a la naturaleza de la actividad que desarrolla la entidad participada en el extranjero, el grado de imposición efectiva que soporta en su país de residencia y el que hipotéticamente soportaría en España, de manera que ambos no difieran de manera sensible y por causas que resultarían extrañas a la estructura básica de nuestro Impuesto sobre Sociedades"*.

Ni el precepto legal ni la Dirección General de Tributos, definen lo que debe entenderse por *"naturaleza idéntica o análoga"*, por lo que para poder acercarnos a su significado, deberemos acudir a la propia naturale-

za del Impuesto sobre Sociedades, contenida en el artículo 1 TRLIS, en virtud del cual se describen las principales notas que definen al Impuesto, al establecerse que *"el Impuesto sobre Sociedades es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas de acuerdo con las normas de esta ley"*.

Conforme a esta definición, el Impuesto sobre Sociedades será un impuesto directo porque va a gravar la renta global cuando se obtiene por el sujeto pasivo, como manifestación directa e inmediata de la capacidad contributiva del mismo, cualquiera que sea el ámbito espacial donde la obtuvo. Pero además, se trata de un impuesto personal al gravar una manifestación de la riqueza que no puede ser captada sin ponerla en relación con un sujeto pasivo, es decir, se configurará tomando al sujeto pasivo como punto de referencia[6].

En virtud de ello, y en consonancia con lo expresado por la doctrina[7], entendemos que un impuesto extranjero tendrá *"naturaleza idéntica o análoga"* al Impuesto sobre Sociedades español cuando grave las rentas obtenidas por la entidad no residente con independencia (al establecer el precepto legal *"siquiera parcialmente"*) del tipo impositivo de estas rentas.

Para COSÍN OCHAITA[8], la similitud de los impuestos debería realizarse *"mediante la comparabilidad de los elementos esenciales de los impuestos tales como: hecho imponible, objeto imponible, base imponible, tipo impositivo y deducciones o bonificaciones en la cuota tributaria […]"*, por lo que *"la similitud sustancial de los impuestos extranjeros y español requiere un examen global o de conjunto de ambos impuestos así como un examen aislado de sus elementos esenciales"*.

Por su parte, la Dirección General de Tributos, en su Resolución de 8 de junio de 1999[9], señala:

"En este aspecto, hay que destacar que la apreciación del requisito de sometimiento a un <<gravamen de características comparables>> no implica la comparación de modelos genéricos de imposición sobre el beneficio empresarial, ni la mera comparación de tipos efectivos de gravamen por este concepto. Se trata pues, más bien, de comparar en cada caso […]

el grado de imposición efectiva que soporta en su país de residencia y el que hipotéticamente soportaría en España, de manera que ambos no difieran de manera sensible y por causas que resultarían extrañas a la estructura básica de nuestro Impuesto sobre Sociedades".

El cuarto y último requisito exigido para que exista doble imposición, es la concurrencia de varios sujetos activos que graven un mismo hecho imponible. Este elemento puede presentarse tanto dentro de un mismo Estado (doble imposición interna), como entre varios Estados (doble imposición internacional).

Por lo que respecta a la doble imposición interna, surgirá (tal y como vimos en la definición y teniendo en cuenta los elementos anteriormente señalados) cuando un mismo sujeto pasivo es gravado doblemente por dos impuestos de naturaleza análoga o similar, en un mismo período de tiempo y por dos entes públicos territoriales pertenecientes a un mismo Estado.

La causa por la que se produce la doble imposición interna, en el caso español, radica en el hecho de que las Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía, han diseñado un modelo homogéneo de acción política y administrativa con tendencia a reproducir las instituciones estatales para compartir sus funciones en el contexto de una organización territorial descentralizada.

Al producir únicamente efectos *ad intra* en el Estado donde se genera, deberá ser el propio Estado, a través de su propio sistema normativo, el que evite la doble imposición generada, o dicho de otro modo, *"la doble imposición en el seno de un solo Estado puede erradicarse en origen atendiendo a la existencia de una norma superior, la Constitución y el bloque constitucional, que pueden establecer principios de observancia obligatoria para articular la estructura del poder tributario y configurar el sistema y las diferentes figuras impositivas"*.[10]

En cuanto a la doble imposición internacional (también denominada doble imposición jurídica internacional), ésta ha sido definida como aquel fenómeno que *"surge cuando una misma persona pueda ser gravada por la misma renta o por el mismo patrimonio por más de un Estado"*. [11]

Algunos autores la han definido como *"el resultado de la percepción de impuestos semejantes en dos (o en varios Estados), de un mismo contribuyente, sobre la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo"*. [12]

Para CALDERÓN CARRERO[13], *"concurre doble imposición internacional cuando dos (o más) entes jurídicos-públicos autónomos dotados de poder tributario independiente a nivel internacional yuxtaponen impuestos idénticos o análogos sobre un mismo hecho imponible realizado en un mismo momento temporal, gravando al mismo contribuyente y objeto imponible, de manera que, a la postre, resulta una carga fiscal global superior a la que se originaría si dicho hecho imponible se hubiera realizado con sujeción a un solo sujeto activo"*. [14]

La doble imposición jurídica internacional, de acuerdo con el Comité de Asuntos Fiscales de la O.C.D.E.[15], puede existir en tres casos:

"a) Cuando los dos Estados Contratantes graven a una misma persona por su renta y patrimonio totales (sujeción fiscal integral concurrente);

b) cuando una persona, residente de un Estado Contratante (Estado de Residencia)*, obtenga rentas o posea elementos del patrimonio en el otro Estado Contratante* (Estado de la fuente o Estado donde están situados un establecimiento permanente o una base fija) *y los dos Estados grave estas rentas o su patrimonio;*

c) cuando los dos Estados Contratantes graven a una misma persona, no residente ni en uno ni en otro de los Estados Contratantes, por las rentas provenientes o por el patrimonio que posea en un Estado Contratante."

Por lo que respecta a las causas de la doble imposición jurídica internacional, debe señalarse que ésta tiene su origen en la *"superposición en el espacio de dos ámbitos de imposición"*[16], debido a que, habitualmente, los Estados a la hora de delimitar el campo de aplicación del conjunto de sus sistemas tributarios acuden a un criterio personal o a un criterio territorial.

En virtud del criterio de sujeción personal (también denominado principio de residencia o de universalidad), un sujeto pasivo (persona física o jurídica) va a ser gravado por su renta global o mundial (en terminología inglesa *world wide income*), extendiéndose, por tanto, y a través de la cualidad del sujeto a través de criterios de conexión como el de residencia fiscal, domicilio o nacionalidad, a hechos realizados fuera de su territorio, o dicho de otra manera, *"las personas que fiscalmente sean consideradas residentes en un determinado Estado serán gravadas por la totalidad de la renta que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador"*, por tanto, *"la residencia efectiva no es una manifestación estricta del principio de territorialidad pues lo que determina la aplicación de la ley de ese Estado no es el lugar en que se produzca u obtenga la renta sino la cualidad o condición de residente, cualidad de la persona que define su status personal y aún cuando en un momento dado no se encuentre en su país de residencia"*[17].

Por el contrario, el criterio territorial, real o del país de la fuente, el Estado va a someter a imposición toda la riqueza que se va a originar dentro de su territorio, siendo los puntos de conexión el lugar donde se realiza la actividad, lugar donde se abona o el lugar donde reside el pagador.

Por tanto, la doble imposición surgirá cuando dos o más Estados adoptan diferentes criterios de imposición, o cuando, adoptando el mismo criterio, utilizan distintos puntos de conexión o dan un significado diferente al mismo punto de conexión[18], provocándose con ello unos conflictos positivos y negativos[19].

En virtud de los conflictos positivos, cada Estado va a definir, sin ninguna restricción, aquellos puntos de conexión por los cuales determinados hechos que graven una determinada renta o patrimonio, van a quedar sometidos a su normativa tributaria, sin tener en cuenta si aquellos hechos ya han sido (o van a ser) gravados por otro Estado. Será en este tipo de conflictos positivos donde se producirá la doble imposición.

Por el contrario, los conflictos negativos se producirán cuando ninguno de los Estados con los que el hecho sometido a gravamen guarda conexión, se consideran competentes para someterlo a imposición.

Como ya hemos podido ir advirtiendo a lo largo de este breve análisis, los efectos que genera la doble imposición jurídica internacional, van a afectar de manera negativa tanto a los sujetos pasivos como a los Estados[20].

Por lo que respecta a los sujetos pasivos, éstos sufrirán una sobreimposición (*fiscal surchange* en terminología anglosajona) al *"tener que soportar una carga fiscal superior a la que sería aplicable de estar sometido exclusivamente a un solo poder tributario estatal."*[21]

Pero también afectará a los Estados, porque a través de la doble imposición jurídica internacional puede llegar a perjudicar los incentivos de un Estado para atraer inversiones extranjeras o para incrementar sus exportaciones.

Distinto de la doble imposición jurídica internacional, es la doble imposición económica, que puede surgir tanto a nivel internacional como interno, y que es definida como aquella que surge *"cuando dos personas diferentes puedan ser gravadas por la misma renta o el mismo patrimonio"*[22].

Un nutrido sector de la doctrina, viene entendiendo que el único elemento que difiere a este tipo de doble imposición con respecto a la doble imposición jurídica, es el elemento subjetivo, al recaer el gravamen sobre dos personas jurídicamente distintas. En contra, CALDERÓN CARRERO[23], considera que lo que realmente le diferencia, no sólo es la desigualdad subjetiva, sino además *"la ausencia del requisito de la identidad del objeto imponible, al ser suficiente la identidad del bien económico"* (no se requiere que sean impuestos de naturaleza análoga o idéntica los que graven el bien, sino que se grave el mismo bien) y que *"los sujetos activos del poder tributario pueden ser o no independientes a nivel internacional"*.

La doble imposición económica, puede surgir, en aquellos casos en los que una sociedad distribuye dividendos a sus socios (personas físicas o jurídicas) u otras entidades dependientes de la misma (residentes en otro territorio), siendo dichos dividendos gravados nuevamente en el

Estado de residencia del socio o de la entidad; o como indica GONZÁLEZ POVEDA, *"la doble imposición económica también se produce en otros casos: por ejemplo, en todos los procesos de ajuste de los beneficios derivados de transacciones entre empresas vinculadas a residentes en distintos Estados realizados por la Administración fiscal de uno de ellos que no van seguidos por otro ajuste de signo contrario en la otra Administración fiscal"*, o *"cuando la ley fiscal de un Estado no admite como deducibles en una sociedad sometida a su jurisdicción fiscal un gasto que ha sido computado como ingreso en otra sociedad residente en otro Estado"* [24].

En cualquier caso, la eliminación de la doble imposición internacional (tanto jurídica como económica) es una de las mayores preocupaciones del Derecho Tributario Internacional, por lo que será el Estado de residencia (ya que será el que ocasione la doble imposición al someter a imposición hechos imponibles generados en otro Estado) sobre el que recaiga la obligación de establecer los métodos necesarios para eliminarla, o como mínimo, tratar de evitarla.

3.- Medidas y métodos utilizados para tratar de evitar la doble imposición internacional

En los dos apartados siguientes, trataremos de dilucidar cuáles son aquellas soluciones empleadas por los Estados para eliminar (o tratar de paliar) los efectos provocados por la doble imposición.

El primer apartado lo dedicaremos a las diferentes clases de medidas existentes, para pasar posteriormente a analizar, en un segundo apartado, los métodos o técnicas tradicionalmente utilizados por dichos Estados.

3.1.- Medidas para evitar la doble imposición internacional

Tradicionalmente, se viene denominando como medidas para evitar la doble imposición, a aquellas que *"responden a la manera de aplicar las técnicas o mecanismos de orden tributario* (es decir, los métodos diseñados al efecto que veremos posteriormente) *que se aplican para evitar el problema de la doble imposición"*[25].

Estas medidas pueden tener un carácter tanto unilateral como pactado. Por lo que respecta a las medidas unilaterales, serán aquellas disposiciones introducidas de forma autónoma e independiente por un Estado en su sistema normativo fiscal interno, constituyendo de esta manera *"normas de Derecho tributario internacional"*[26].

Con este tipo de disposiciones, el Estado de residencia, tratará de evitar o limitar los efectos producidos por la doble imposición generada.

Estas medidas unilaterales no serán de aplicación cuando entre los dos Estados concurrentes exista un Convenio de Doble Imposición, ya que éstos últimos prevalecen frente a la ley interna de cada Estado. No obstante, las medidas unilaterales serán elementos muy valiosos contra la doble imposición, en aquellos casos en los que no exista dicho Convenio, o existiendo el mismo, éste presentara lagunas, ya que en estas situaciones se estaría a lo dispuesto en estas medidas unilaterales[27].

Dentro de nuestro sistema fiscal, el legislador ha introducido normas unilaterales tendentes a evitar la doble imposición, sirviéndonos de ejemplo el artículo 82.1 a) (*Deducción por doble imposición internacional*[28]) del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante TRLIRPF), así como el artículo 31.1 (*Deducción para evitar la doble imposición internacional: impuesto soportado por el sujeto pasivo*[29]) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS), a través de la expresión *"obtenidas y gravadas en el extranjero"*.

Por el contrario, las medidas pactadas[30] serán aquellas por las que dos o más Estados, a través de Tratados Internacionales, tratarán de común acuerdo hacer frente a la doble imposición internacional, formando *"normas de Derecho internacional tributario"*[31].

Un Tratado Internacional, es aquel *"acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación"*[32].

De todas las clasificaciones existentes sobre los Tratados Internacionales, nosotros vamos a analizar únicamente aquella que se centra en las partes que intervienen en los mismos, distinguiendo por tanto, entre Tratados bilaterales y multilaterales.

Los Tratados bilaterales son aquellos por los que *"soberanías fiscales adoptan acuerdos para eliminar posibles discordancias entre sus legislaciones, ya sea por haber optado por criterios de asignación diferentes, ya sea por diferir en la definición o calificación de cualquier elemento de la relación tributaria, o por cualquier otra diferencia que provoque doble imposición o ausencia de la misma. Su articulación se realiza habitualmente a través de Convenios de doble imposición"*[33].

Por el contrario, los Tratados multilaterales en materia de doble imposición, serán aquellos en los que *"las autoridades fiscales de varios países de un mismo área geográfica (Unión Europea) o de un mismo desarrollo similar (OCDE), pero en cualquier caso, con intereses y problemas comunes, deciden acometer conjuntamente la adopción de principios, o la realización de reformas en sus respectivas legislaciones, con el fin de solucionar situaciones que a todos afectan"*.[34]

Desde 1920 (año en el que la Sociedad de Naciones centró su trabajos de materia fiscal en eliminar la doble imposición) hasta la actualidad, organizaciones tales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Comité Fiscal de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), la Unión Europea, e incluso, el Pacto Andino (entre otras), han trabajado en proyectos encaminados a eliminar la doble imposición a través de Tratados Multilaterales, que aún ofreciendo mayores ventajas en relación con los Tratados Bilaterales, no han prosperado, debido principalmente, a que aquéllos derivan hacia la armonización fiscal de un grupo de países[35].

Entendemos que la idea de derivar la armonización fiscal[36] (como medida para evitar la doble imposición) hacia los convenios multilaterales, responde a un esquema clásico, prácticamente abandonado en la actualidad, ya que ambas son realidades totalmente diferentes, ya que por ejemplo, la armonización fiscal no reviste de la forma jurídica del Tratado internacional, o lo que es lo mismo, que para la elaboración y aprobación de las normas tendentes a evitar las distorsiones de mercado (armonización fiscal) no será necesario ratificación por parte de los Estados miembros[37].

No obstante, dentro de la Unión Europea, podemos encontrar medidas tendentes a eliminar la doble imposición a través de la armonización de los sistemas fiscales de sus países miembros, como es la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros[38].

Como ya señalamos anteriormente, existe una amplia red de Convenios bilaterales de doble imposición, confeccionados, la inmensa mayoría, en base a un Convenio tipo o, a través, del Modelo de Convenio de la O.C.D.E.[39], consiguiéndose con ello efectos casi idénticos a los convenios multilaterales.

Aún a pesar que los efectos sean los mismos, entre este tipo de convenios-tipo y los convenios multilaterales, encontramos diferencias, sobre todo debido a que *"los convenios multilaterales son obligatorios para un grupo (más o menos reducido) de Estados parte. Por el contrario, los modelos de convenios no tienen carácter obligatorio alguno y son preparadas a título orientativo para que los Estados las utilicen en sus negociaciones de convenios bilaterales"*.[40]

A modo de conclusión podemos señalar que, aunque las medidas unilaterales y las pactadas se manifiesten de manera diferente, ambas constituyen de manera conjunta un importante instrumento para hacer frente a la eliminación de la doble imposición que sufren los sujetos pasivos, articulando además, *"mecanismos de cooperación administrativa internacional y, en ocasiones, también permiten aproximar los sistemas fiscales de los Estados signatarios"* [41].

3.2.- Métodos para evitar la doble imposición internacional

Los métodos van a ser aquellas *"técnicas o mecanismos de orden tributario que se aplican para evitar el problema de la doble imposición"*[42], a través de delimitar aquellos hechos que va a generar la exigibilidad de tributos, y conseguir con ello el efecto de que quede únicamente sometido a imposición en un único Estado (normalmente el de la fuente), renunciando a gravarlo, de forma absoluta o parcial, el otro Estado (normalmente el de residencia).

Estos métodos van a ser regulados de manera muy similar tanto por medidas unilaterales, como por medidas pactadas (medidas bilaterales, multilaterales y convenios-tipo), consiguiéndose en ambos casos el mismo efecto, y todo ello debido a que, las disposiciones contenidas en un convenio (aunque gocen de primacía sobre el derecho interno) son plenamente compatibles con aquellas disposiciones sobre la misma materia contenidas en la legislación interna, por lo que si un Estado incorpora en su legislación interna un mecanismo que mejora el establecido en el convenio, se aplicará en este caso, las disposiciones contenidas en dicha legislación interna.

Entre los métodos con mayor difusión en el ámbito fiscal internacional para eliminar, o paliar en la medida de lo posible, los efectos producidos por la sobreimposición, se encuentran el método de exención y el método de imputación, ambos con sus respectivas variantes.

Aunque los Estados gozan de plena libertad a la hora de elegir el método a aplicar cuando surge la doble imposición, la inmensa mayoría de ellos, se basan en el Modelo de Convenio de la OCDE, el cual *"limita el número de métodos utilizables basados en cada principio directivo"*[43], permitiéndose a los países Miembros optar por el método de exención con progresividad y el método de imputación ordinaria.

Por todo lo señalado, y por no hacer este apartado demasiado extensivo, centraremos nuestra investigación en definir los dos métodos (exención e imputación) que gozan de mayor arraigo, analizándolos desde sus respectivas variantes, resaltando sus ventajas e inconvenientes, e incorporando al efecto, supuestos para una mejor comprensión de los mismos.

A).- Método de exención

Por medio de este método, el Estado de residencia de un sujeto sometido a su legislación tributaria, va a considerar exentas las rentas obtenidas y el patrimonio poseído en el Estado de la fuente, renunciando con ello a la percepción de su impuesto, al considerar que ya han sido sometidas a gravamen en el Estado de la fuente[44], es decir, el Estado de residencia renuncia a la percepción de su impuesto cuando recaiga sobre contribuyentes que tengan relación con otros Estados.

Al método de exención, también se le denomina *"método de reparto"*, porque el Estado de residencia, al limitar la extensión de su soberanía tributaria a favor del Estado de la fuente, repartirá el gravamen del hecho imponible entre dos soberanías (Estado de residencia y Estado de la fuente). No obstante, el Estado de residencia está obligado a establecer la exención *"con independencia de que el derecho a gravar sea o no ejercido de hecho por el otro Estado"*[45].

Este método, a su vez, presenta dos modalidades:

a.1).- Exención integral

Este parece ser el método contenido en el artículo 23 A 1 del "Modelo de Convenio" de la OCDE, al señalar que *"cuando un residente de un Estado Contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante, el primer Estado dejará exentas estas rentas o patrimonio, sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3"*. Por lo tanto, el Estado de residencia renuncia de forma total a gravar las rentas originadas en otro país. Veámoslo con un supuesto.

Tenemos a un sujeto pasivo cuya renta mundial es de 5.000.000 de unidades monetarias (u.m.) y dos países. En el país de origen el tipo de gravamen es del 10%, obteniendo el sujeto pasivo en dicho país, una renta de 2.000.000 u.m.; por el contrario, en el país de residencia, la renta obtenida, asciende a 3.000.000 u.m., siendo el tipo de gravamen progresivo, en donde tenemos que:

- Hasta 2.000.000 u.m. el tipo impositivo será del 20%.
- Desde 2.000.001 u.m. a 3.000.000 el tipo impositivo será del 30%.
- De 3.000.001 u.m en adelante, el tipo impositivo será del 40%.

PAÍS DE ORIGEN	PAÍS DE RESIDENCIA
BI = 2.000.000	**BI** = 3.000.000
CI = 2.000.000 x 10% = **200.000**	**CI** = 2.000.000 x 20% = 400.000 1.000.000 x 30% = 300.000 **700.000**
Base Imponible (BI) Cuota íntegra (CI)	

a.2).- Exención con progresividad

A este método parece hacer referencia el artículo 23 A 3 del "Modelo de Convenio" de la OCDE al indicar que *"cuando, de conformidad con cualquier disposición del Convenio, las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuesto en este Estado, éste puede, sin embargo, tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o patrimonio de este residente"*. En virtud de lo dicho, en esta modalidad también el Estado de residencia renuncia a someter a tributación las rentas que provienen del exterior, incorporando las mismas a la base imponible a efectos de conocer el tipo de gravamen que corresponde, el cual, se procederá a aplicar únicamente a las rentas no exentas (rentas de fuente nacional).

Con esta variante, sugerida (junto a la Imputación de impuestos subyacentes) por el Comité Fiscal de la OCDE para la eliminación de la doble imposición, no sólo va a ser posible eliminar la doble imposición jurídica internacional, sino también la doble imposición económica, ya que a través de ella, el Estado de residencia de la sociedad matriz, eximirá los dividendos que la matriz perciba de la filial sita en otro Estado, pero teniéndolas en cuenta para el cálculo del tipo impositivo de su impuesto[46].

Por tanto, tenemos a un sujeto pasivo cuya renta mundial es de 5.000.000 de unidades monetarias (u.m.) y dos países. En el país de origen el tipo de gravamen es del 10%, obteniendo el sujeto pasivo en dicho país, una renta de 2.000.000 u.m.; por el contrario, en el país de residencia, la renta obtenida, asciende a 3.000.000 u.m., siendo el tipo de gravamen progresivo, en donde tenemos que:

- Hasta 2.000.000 u.m. el tipo impositivo será del 20%.
- Desde 2.000.001 u.m. a 3.000.000 el tipo impositivo será del 30%.
- De 3.000.001 u.m en adelante, el tipo impositivo será del 40%.

PAÍS DE ORIGEN	PAÍS DE RESIDENCIA
BI = 2.000.000 **CI** = 2.000.000 x 10% = **200.000**	**BI** = 3.000.000 + 2.000.000 = 5.000.000 **CI** = 2.000.000 x 20% = 400.000 1.000.000 x 30% = 300.000 2.000.000 x 40% = 800.000 1.500.000 **TMG** = 1.500.000 / 5.000.000 = 0`3
Base Imponible (BI) Cuota íntegra (CI) Tipo Medio de Gravamen (TMG)	**BI** = 3.000.000 (*renta no exenta*) **CI** = 3.000.000 x 0`3 = **900.000**

El método de exención (tanto integral como con progresividad), al actuar sobre la base del impuesto, va a ser defendido por lo países importadores de capital (países en vías de desarrollo) que no verán contrarestados en el país de residencia los incentivos fiscales que aquéllos ofrecen para atraer inversiones extranjeras.

Aunque el método de exención (tal y como hemos tenido ocasión de apreciar) es de fácil utilización, éste no esta libre de problemas, como es aquel que se genera en torno a la compensación de bases imponibles negativas (pérdidas) generadas en el Estado de la fuente, con las bases imponibles positivas (beneficios) generadas en el Estado de residencia.

Existen algunos autores que consideran las pérdidas de la misma manera que las rentas procedentes del país de la fuente, es decir, declaran exentas todo tipo de rentas[47] (tanto las positivas como las negativas). No obstante, la solución al problema dependerá *"de la legislación interna de los Estados Contratantes y si lo consideran necesario, matizar el régimen de las pérdidas en las negociaciones bilaterales"*[48]. Por tanto, el país de residencia (a través de lo contenido en su legislación) podrá admitir o no la deducción de las pérdidas sufridas en otro país.

La no compensación de las pérdidas, supone un gran obstáculo a las empresas comunitarias dentro del propio mercado interior de la Unión Europea, por lo que la Comisión de la Unión Europea viene proponiendo la compensación de tales pérdidas con los beneficios que se obtengan en el país de residencia, permitiendo a éste último gravar los importes dedu-

cidos si el establecimiento permanente es enajenado o deja de existir, o si no se ha efectuado la incorporación una vez transcurridos cinco años. Esto es lo que se conoce como método de exención con *"cláusula de incorporación o recaptura"*[49].

Llegados a este punto, estimamos oportuno realizar un análisis de las ventajas e inconvenientes[50] que presenta el método de exención.

Por lo que respecta a las ventajas, podemos señalar que al realizarse una distribución de bases imponibles entre los Estados, el método de exención resulta de fácil aplicación para el sujeto pasivo, siéndole incluso, más ventajoso, siempre que el tipo impositivo establecido en el país de la fuente sea inferior al establecido en el país de residencia, ya que el sujeto pasivo tendrá que tributar menos.

Además, si se utiliza el método de exención integral, al realizarse un reparto de bases imponibles, no sería necesaria la existencia de vías de intercambio de información entre Estados. Por el contrario, las vías de intercambio de información si serían necesarias si el Estado de la residencia utiliza el método de exención con progresividad, ya que necesitaría conocer del Estado de la fuente las rentas obtenidas por el sujeto pasivo.

Por último, con el método de exención se va a producir una neutralidad en la importación, en la que se requiere, en palabras de MARTÍN JIMÉNEZ, *"que el capital proveniente de diversos Estados sea capaz de competir en igualdad de condiciones en un Estado determinado, es decir, en el Estado donde se realiza la inversión"*[51].

Por el contrario, el método de exención, al no someter el país de residencia a gravamen las rentas procedentes del extranjero, producirá unos efectos negativos en el primero de ellos; a saber:

Por un lado, las inversiones del sujeto pasivo, en lugar de realizarlas en su país de residencia, las trasladará hacia países con bajos niveles de presión fiscal (países en vías de desarrollo) o de nula tributación fiscal (paraísos fiscales).

Por otro lado, se producirá una pérdida de ingresos tributarios en el país de residencia, que se verá incrementada por la aplicación del método de exención en su variante integral.

Por último, no todos los residentes de un mismo país soportarán una misma carga tributaria, conforme al principio de capacidad económica, por lo que se producirá un quebranto del principio de equidad horizontal, por el que se considera que no se debe gravar de forma distinta a los sujetos pasivos que se encuentran en iguales circunstancias. No obstante, el método de exención con progresividad, parece salvar este principio, y así parece ponerlo de manifiesto DEL ARCO RUETE cuando matiza que *"si se reconoce la existencia de un grado mayor de equidad en los impuestos progresivos, respecto de los meramente proporcionales a la hora de distribuir la carga tributaria, habrá que concluir que el método de exención con progresividad es más perfecto que el de exención integral, ya que no permite, al menos a nivel del Estado de residencia una discriminación en el trato fiscal por razón del origen de las rentas. En efecto, el método de exención integral no sólo implica la no tributación en el país de residencia de unas determinadas rentas, sino también el gravamen de las restantes rentas a un tipo medio inferior al que hubiera correspondido de no existir dicha exención"*[52].

A modo de conclusión, diremos que la Unión Europea reconoce el método de exención (junto con el de imputación ordinaria) en el artículo 4.1 de la Directiva 2003/123/ CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de los Estados miembros diferentes, al regular que *"cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de ésta reciban, por la participación de aquélla en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz y el Estado del establecimiento permanente: - o bien se abstendrá de gravar dichos beneficios; […]"*.

Dicha Directiva, sólo reconoce la exención en general, pero al no dar más datos a cerca del método de exención a aplicar, consideramos que podría aplicarse ambas variantes de la manera que sugiere SÁNCHEZ GARCÍA[53]:

Se aplicaría el método de exención integral en *"los convenios existentes entre los países miembros de la Unión Europea, pues ello evitaría el que determinados contribuyentes estén sometidos a una presión fiscal discriminatoria respecto a las que tributan en un solo Estado, al tiempo que facilitaría el intercambio comercial y la libertad de movimiento de los agentes económicos"*.

Por su parte, se aplicaría el método de exención con progresividad, cuando *"los convenios de doble imposición"* sean *"firmados con el resto de los países […], pues ello permitiría mantener los objetivos de la política tributaria del Estado, al tiempo que se frenaría, en parte, el éxodo hacia los paraísos fiscales o países con tipos de gravamen reducidos, de aquellos que transfieren parte de su actividad económica a un tercer Estado por motivos estrictamente fiscales".*

B).- Método de imputación

El método de imputación (también denominado de crédito fiscal o *"tax credit"*) puede ser definido, conforme al artículo 23 B[54] del "Modelo de Convenio" de la OCDE, como aquel en donde el Estado de residencia de un sujeto pasivo sometido a su legislación tributaria, va a mantener el principio de renta mundial, o dicho de otro modo, el Estado de residencia va a gravar todas las rentas obtenidas por el sujeto pasivo en el Estado de residencia como en el Estado de la fuente, permitiéndole deducir el impuesto pagado en éste último país.

Para que este método pueda ser aplicado va a ser imprescindible que los impuestos de ambos países sean de naturaleza idéntica o análoga y que, además, la cantidad que el sujeto pasivo pretenda deducir, haya sido efectivamente pagada en el país de la fuente.

Este método, a su vez, presenta dos modalidades:

b.1).- Imputación íntegra

A través de este mecanismo, el país de residencia va a permitir al sujeto pasivo deducir totalmente (sin ningún tipo de delimitación) el

impuesto pagado en el país de la fuente. La consecuencia de esta variante es que si el impuesto satisfecho en el país de la fuente es mayor que el impuesto a pagar en el país de residencia, éste último estará obligado a devolver el exceso al contribuyente, es decir, le concederá un crédito fiscal (de ahí su denominación).

Supongamos que un sujeto pasivo cuya renta mundial es de 5.000.000 u.m., está gravado por dos países. En el país de origen el tipo de gravamen es del 10%, obteniendo el sujeto pasivo en dicho país, una renta de 2.000.000 u.m.; por el contrario, en el país de residencia, la renta obtenida, asciende a 3.000.000 u.m., siendo el tipo de gravamen del 20%.

PAÍS DE ORIGEN	PAÍS DE RESIDENCIA
BI = 2.000.000 **CI** = 2.000.000 x 10% = **200.000**	**BI** = 3.000.000 + 2.000.000 = 5.000.000 **CI** = 5.000.000 x 20% = 1.000.000 (- Deducción) = 200.000 **800.000**
Base Imponible (BI) Cuota íntegra (CI)	

Por el contrario, si ese mismo sujeto estuviera (por las mismas rentas) gravado en el país de origen al 20% y en el país de residencia al 10%, obtendría un crédito fiscal de 300.000 u.m. por parte del Estado de residencia.

PAÍS DE ORIGEN	PAÍS DE RESIDENCIA
BI = 2.000.000 **CI** = 2.000.000 x 20% = **400.000**	**BI** = 3.000.000 + 2.000.000 = 5.000.000 **CI** = 5.000.000 x 10% = 500.000 (- Deducción) = 400.000 **100.000**
Base Imponible (BI) Cuota íntegra (CI)	**Crédito fiscal** (400.000 – 100.00) = **300.000**

b.2).- Imputación ordinaria o limitada

En este sistema, el Estado de residencia va a permitir al sujeto pasivo deducir el impuesto satisfecho en el país de origen, pero tendrá como limite el tipo de gravamen del Estado de residencia sobre las rentas adquiridas en el país de origen, es decir, el Estado de residencia permitirá

la deducción de la menor de las siguientes cantidades (de aquí la denominación de *"limitada"*):

- El impuesto efectivamente satisfecho en el país de residencia;
- Cantidad resultante de aplicar el tipo de gravamen del Estado de residencia a la renta obtenida en el país de origen, por lo que se considerará tal renta, como si se hubiera obtenido en el país de residencia.

Veamos esta modalidad con unos supuestos:

Tenemos a un sujeto pasivo con una renta mundial de 5.000.000 de unidades monetarias (u.m.) y dos países. En el país de origen el tipo de gravamen es del 10% (supuesto número 1) y del 20% (supuesto número 2), para una misma renta de 2.000.000 u.m.; por el contrario, en el país de residencia, la renta obtenida, asciende a 3.000.000 u.m., siendo el tipo de gravamen del 20% (supuesto número 1) y del 10% (supuesto número 2). En el supuesto número 3, tenemos a un sujeto pasivo con una renta mundial de 6.000.000 u.m. En el país de residencia, la renta obtenida será de 2.000.000 u.m., con un tipo impositivo del 20%, pero ahora, tenemos dos Estados de origen: en el Estado de origen A, el sujeto pasivo obtiene una renta de 3.000.000 u.m. y posee un tipo impositivo del 10%; y en el Estado de origen B obtiene una renta de 1.000.000 u.m. con un tipo impositivo del 30%.

Supuesto número 1

PAÍS DE ORIGEN	PAÍS DE RESIDENCIA
BI = 2.000.000 **CI** = 2.000.000 x 10% = **200.000**	**BI** = 3.000.000 + 2.000.000 = 5.000.000 **CI** = 5.000.000 x 20% = 1.000.000 (- Deducción) = 200.000 800.000
Base Imponible (BI) Cuota íntegra (CI) Impuesto satisfecho en el Extranjero (ISE) Impuesto de haberse obtenido en Estado Residencia (IER)	**Menor** | **ISE** = **200.000** **IER** = 2.000.000 x 20% = 400.000

Supuesto número 2

PAÍS DE ORIGEN	PAÍS DE RESIDENCIA
BI = 2.000.000 **CI** = 2.000.000 x 20% = **400.000**	**BI** = 3.000.000 + 2.000.000 = 5.000.000 **CI** = 5.000.000 x 10% = 500.000 (- Deducción) = 200.000 300.000
Base Imponible (BI) Cuota íntegra (CI) Impuesto satisfecho en el Extranjero (ISE) Impuesto de haberse obtenido en Estado Residencia (IER)	**Menor** | **ISE** = 400.000 **IER** = 2.000.000 x 10% = **200.000**

Supuesto número 3

PAÍS DE ORIGEN A	PAÍS DE ORIGEN B
BI = 3.000.000 **CI** = 3.000.000 x 10% = **300.000**	**BI** = 1.000.000 **CI** = 1.000.000 x 30% = **300.000**
PAÍS DE RESIDENCIA	
BI = 2.000.000 + 3.000.000 + 1.000.000 = 6.000.000 **CI** = 6.000.000 x 20% = 1.200.000 (- Deducción) = 500.00 700.000	**Menor** | **ISE (A)** = **300.000** **IER (A)** = 3.000.000 x 20% = 600.000 **ISE (B)** = 300.000 **IER (B)** = 1.000.000 x 20% = **200.000**
Deducción = 300.000 *(menor A)* + 200.000 *(menor B)* = **500.000**	

El método de imputación, al actuar sobre el propio impuesto a través de la cuota, va a ser defendido por los países industrializados (exportadores de capital), entre otras razones, porque verán incrementados sus ingresos tributarios, consiguiéndose, además, anular *"el interés de invertir en países distintos al de la residencia del inversor"*[55]. Esta última razón ha sido la que mayores críticas ha recibido el método de imputación por parte de los países en vías de desarrollo, que ven como los países que aplican este mecanismo absorben para sí los incentivos que conceden a los sujetos pasivos para invertir en sus países, es decir, los beneficios tributarios (exenciones o bonificaciones) otorgadas al sujeto pasivo por el país de la fuente, tributarán en el país de la residencia (aún no habiendo tributado en el país de la fuente).

Con el objetivo de ayudar a los países subdesarrollados, se empezó a utilizar el **método del impuesto no pagado** (*"tax sparing"* según

denominación norteamericana, y *"matching credit"* según terminología inglesa), propuesta por primera vez en 1954 por Estados Unidos, en la reunión de Ministros de Hacienda, que tuvo lugar en Río de Janeiro[56], y por lo que el Estado de residencia permitirá deducir la cantidad que hubiera correspondido abonar en el país de la fuente de no existir el beneficio fiscal.

Supongamos que un sujeto pasivo cuya renta mundial es de 5.000.000 u.m., está gravado por dos países. En el país de origen el tipo de gravamen es del 10%, obteniendo el sujeto pasivo en dicho país, una renta de 2.000.000 u.m., pero se le concede una bonificación del 50%; por el contrario, en el país de residencia, la renta obtenida, asciende a 3.000.000 u.m., siendo el tipo de gravamen del 20%.

PAÍS DE ORIGEN			**PAÍS DE RESIDENCIA**			
BI = 2.000.000			**BI** = 3.000.000 + 2.000.000 = 5.000.000			
				Imput. íntegra	**(*) Imput. Progres.**	**Impuesto no pagado**
CI = 2.000.000 x 10%	=	200.000	**CI** = 5000.000 x 20%	= 1.000.000	1.000.000	1.000.000
(- Bonificación 50%)	=	100.000	(- Deducción)	= 100.000	100.000	200.000
CI ajustada = **100.000**				900.000	900.000	800.000
			(*) Menor	**ISE** = **100.000** **IER** = 2.000.000 x 20% = 400.000		

Coincidimos con COLLADO YURRITA cuando declara que esta variante del método de imputación será de difícil aplicación directa dentro de nuestro ordenamiento, debido *"a los términos en que está redactado el artículo 82.1.a) del Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que habla de la deducción del <<importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero>> […] de modo que sólo será aplicable cuando así se prevea en los Convenios en los que España sea signataria"*.[57]

Otra modalidad del método de imputación, fundamentada en evitar la doble imposición económica, es la **imputación del impuesto subyacente** o *"underlying tax credit"* (en terminología anglosajona), a través de la cual, el Estado de residencia de la sociedad matriz, permitirá a ésta últi-

ma deducir tanto el impuesto soportado por retención en el país de la fuente como el impuesto soportado por la filial al distribuir los beneficios, con el límite de lo que corresponda pagar en el país de residencia por esta renta.

Esta variante de imputación es la que se encuentra recogida en el artículo 4.1 de la Directiva 2003/123/CE del Consejo[58], de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de los Estados miembros diferentes.

Tenemos una sociedad matriz residente en un determinado país (Estado de residencia) que ha obtenido una renta de 2.000.000 u.m., y que tiene una participación del 100% en el capital de la filial situada en otro país (Estado de la fuente), que ha obtenido una renta de 3.000.000 u.m. El Estado de residencia posee un tipo de gravamen del 30%, mientras que el Estado de la fuente fija su tipo de gravamen en un 20%, con una retención del 10% sobre los beneficios obtenidos.

PAÍS DE ORIGEN	**PAÍS DE RESIDENCIA**
Filial	**BI** = 3.000.000 + 2.000.000 = 5.000.000
BI = 3.000.000 **CI** = 2.000.000 x 20% = 600.000 **Beneficios después del Impuesto** = 3.000.000 – 600.000 = **2.400.000**	**CI** = 5.000.000 x 30% = 1.500.000 (- Deducción) (*) = 840.000 650.000 (*) *Deducción* = 600.000 *(Impuesto pagado en filial)* + 240.000 *(retención)* = 840.000
Dividendo	
Dividendos = 2.400.000 **Retención** = 2.400.000 x 10% =240.000 **Dividendo neto** = 2.400.000 – 240.000 = **2.160.000**	**Máximo que puede deducirse** (3.000.000 x 30%) = 900.000

Por lo que respecta a las ventajas e inconvenientes[59] del método de imputación, hay que señalar que con este método, se va a gravar la capacidad económica real y económica del sujeto pasivo, preservándose con ello el principio de equidad horizontal, ya que todos los sujetos pasivos estarán gravados por cargas fiscales similares, independientemente del origen de las rentas obtenidas (circunstancia que por el contrario, no se cumplirá cuando el gravamen en el Estado de la fuente es superior al del establecido en el Estado de residencia, ya que se producirá con ello una imposición nacional menor), no produciéndose con ello, una pérdida recaudatoria de ingresos tributarios.

Además, se conseguirá una neutralidad en la exportación de capitales, la cual *"implica que el inversor nacional debe estar sujeto al mismo tipo impositivo con independencia del lugar, en el Estado de residencia o en el extranjero, donde realice su inversión"*[60].

Por el contrario, el método de imputación tiene como inconvenientes, su difícil utilización por parte del sujeto pasivo, el coste de gestión tributaria a través de vías de colaboración e información entre Estados, y la anulación de las políticas fiscales del Estado de la fuente.

3.3.- Métodos para evitar la doble imposición internacional en el Impuesto sobre Sociedades Español

El sistema fiscal español, va a definir su ámbito de actuación en materia de sociedades, a través de criterios personales de sujeción, gravando al sujeto pasivo residente en territorio español por *"la obtención de renta, cualquiera que fuese su fuente u origen"*[61], por lo que si ese sujeto pasivo obtiene rentas en otro país que actúa con criterios reales de sujeción (gravando la renta obtenida en su país), se generará una doble imposición internacional.

Con el objetivo de evitar esta doble imposición, el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, ha introducido cuatro medidas unilaterales, basadas en los métodos de exención e imputación, anteriormente comentados.

Las disposiciones que hacen referencia al método de exención, las encontramos recogidas en los artículos 21 (método de exención para evitar la doble imposición económica internacional) y 22 (método de exención para evitar la doble imposición jurídica internacional); mientras que los preceptos relativos al método de imputación, se hayan recogidos en los artículos 31 (método de imputación ordinaria para evitar la doble imposición jurídica internacional) y 32 (método de imputación de impuestos subyacentes para evitar la doble imposición económica internacional).

Veamos pues, de forma sucinta, las principales características de cada precepto señalado, tal y como aparecen reguladas en el TRLIS.

A.- Exención para evitar la doble imposición económica internacional por la obtención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera

El artículo 21 TRLIS, tiene como finalidad, no sólo la exención de los dividendos percibidos por una entidad residente en España de su filial extranjera, sino además, la exención de la participación que aquella tiene sobre la filial extranjera, así como las rentas obtenidas por la separación del socio o liquidación de la entidad.

Para que la exención pueda ser practicada, cuando concurra alguno de los supuestos descritos, será necesario que se cumplan tres requisitos:

El primero de ellos hace referencia a la participación, directa o indirecta, de una entidad residente en España, en otra entidad extranjera, debiendo ser esa participación igual o superior al cinco por ciento.

No bastará únicamente con que se cuente con un porcentaje igual o superior al cinco por ciento para ser aplicada la exención, sino que además se requiere, que la participación sea poseída de manera ininterrumpida por la entidad residente en España durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en el caso de transmisión, al día en que se produzca la transmisión.

Si no se ha mantenido la participación de manera ininterrumpida durante un año, la ley exige que por lo menos, esa participación se haya mantenido durante el tiempo necesario para completar el año.

En cualquier caso, para el cómputo del plazo de un año, también se tendrá en cuenta, el período en que la participación haya sido poseída por entidades del mismo grupo.

El segundo de los requisitos, señala que la entidad participada (la cual no debe residir en un país o territorio calificado como paraíso fiscal[62]) tiene que haber estado sujeta y no exenta a un impuesto similar al Impuesto sobre Sociedades español, entendiéndose cumplida esta circunstancia, cuando la entidad participada esté situada en un país con el

que España tiene suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, y que además, el convenio le sea de aplicación a la entidad participada.

En el supuesto de que no exista dicho convenio, la prueba de comparabilidad con el Impuesto sobre Sociedades español, recaerá sobre el sujeto pasivo.

El tercer y último requisito exigido para aplicar la exención, es que los dividendos y plusvalías procedentes de la entidad participada, deben proceder a su vez, de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

En particular, se va a considerar cumplido este requisito cuando al menos el 85 por ciento de los ingresos del ejercicio proceden de las siguientes actividades (a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada):

- Comercio al por mayor, cuando los bienes sean puestos a disposición de los adquirentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español.
- Servicios, cuando sean utilizados en el país o territorio en el que resida la entidad participada, o en cualquier otro país o territorio diferente del español.
- Crediticias y financieras, cuando los prestamos y créditos sean otorgados a personas o entidades residentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español.
- Aseguradoras y reaseguradoras, cuando los riesgos asegurados se encuentren en un país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español.

No obstante, se van a excluir como actividades empresariales realizadas en el extranjero, todas aquellas rentas susceptibles de ser incluidas en el régimen de transparencia fiscal internacional, contempladas en el artículo 107.2 TRLIS.

La exención no será plena, sino que estará limitada en cuatro supuestos especiales, cuando la renta procede de la transmisión de participaciones, que son:

- Cuando la suma de las participaciones poseídas por la entidad no residente en entidades residentes en España y en activos, también situados en España, supere el 15 por ciento del valor de mercado de sus activos totales.
- Cuando el sujeto pasivo realice una corrección de valor fiscalmente deducible sobre la participación transmitida.
- Cuando la participación poseída por la entidad no residente haya sido transmitida por otra entidad que reúna las circunstancias del artículo 42 del Código de Comercio para formar parte de un mismo grupo de sociedades, obteniéndose una renta negativa que se hubiese integrado en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades español.
- Cuando la participación en la entidad no residente haya sido valorada conforme al régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores (Capitulo VIII del Título VII TRLIS), determinando la aplicación de estas reglas la no integración de las siguientes rentas en la base imponible del TRLIS, Texto Refundido de la Ley del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas[63] (en adelante TRLIRPF) o del Texto Refundido de la Ley de Impuesto sobre la Renta de no Residentes[64] (en adelante TRLIRNR):

    · Transmisión de la participación en una entidad residente en territorio español.
    · Transmisión de la participación en una entidad no residente que no cumpla los requisitos de gravamen de naturaleza idéntica o análoga y que los beneficios procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero (artículo 21.1 b y c).
    · La aportación no dineraria de otros elementos patrimoniales.

Por el contrario, el método de exención, no se aplicará en ningún caso (aún cumpliéndose los requisitos *ad supra* indicados) a aquellas rentas de fuente extranjera que:

- Hayan sido obtenidas por agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y por uniones temporales de empresas.
- A las obtenidas por entidades cuya finalidad principal sea disfrutar de la exención, presumiéndose este objetivo cuando la actividad desarrollada por el establecimiento permanente en el extranjero se hubiese desarrollado con anterioridad en España.
- Por las que se opte por la aplicación de la deducción establecida en los artículos 31 y 32 TRLIS.

No obstante, si se aplica la exención a los dividendos procedentes de la entidad no residente, no cabe integrar en la base imponible la depreciación de la participación, independientemente de la forma y período impositivo en que se ponga de manifiesto, hasta el importe de dichos dividendos.

De igual manera, si la participación transmitida a una entidad no residente por parte de una entidad, que reúna las circunstancias del artículo 42 del Código de Comercio para formar parte de un mismo grupo de sociedades, obtiene rentas negativas, éstas se minorarán en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión anterior y a la que se hubiera aplicado la exención.

B.- Exención de determinadas rentas obtenidas en el extranjero a través de un establecimiento permanente

Este método de exención previsto en el artículo 22 TRLIS tiene como finalidad, declarar exentas las rentas que se hayan obtenido mediante un establecimiento permanente situado en el extranjero, considerándose a estos efectos, que se actúa mediante establecimiento permanente en el extranjero cuando se dispone de forma continuada o habitual de instalaciones o lugares de trabajo, en los que realiza toda o parte de su actividad, situados fuera del territorio español, en particular, de sedes de dirección, sucursales, oficinas, fábricas, talleres, almacenes, tiendas, explotaciones agrícolas y obras de construcción, instalación y montaje de duración superior a seis meses[65], a no ser que el establecimiento permanente se encuentre situado en un país con el que España tenga firmado un Convenio para evitar la doble imposición internacional, ya que si éste fuera

el caso, se estará a lo que disponga el Convenio para determinar o no la existencia del establecimiento permanente.

Para la aplicación de este método de exención, es necesario que se den dos requisitos:

El primero de ellos, hace referencia a que la renta del establecimiento permanente proceda de la realización de actividades empresariales, cumpliéndose este requisito cuando el 85 por ciento de los ingresos proceden de actividades de comercio al por mayor, servicios, crediticias y financieras, y aseguradoras y reaseguradoras, en los términos anteriormente vistos.

El segundo requisito, es el relativo a que la renta del establecimiento permanente tiene que estar sujeto y no exento de un impuesto similar al Impuesto sobre Sociedades español, y que no se halle situado el establecimiento permanente en un paraíso o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.

Si el establecimiento permanente obtiene rentas negativas netas en períodos impositivos anteriores y las integra en la base imponible del sujeto pasivo, solamente les será de aplicación el método de exención a aquellas rentas positivas que se obtengan con posterioridad al momento de superar la cuantía de esas rentas negativas.

Por el contrario, la exención no se aplicará en ningún caso, a aquellas rentas de fuente extranjera, que al igual que en el método de exención contenido en el artículo 21.3:

- Hayan sido obtenidas por agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y por uniones temporales de empresas.
- A las obtenidas por entidades cuya finalidad principal sea disfrutar de la exención, presumiéndose este objetivo cuando la actividad desarrollada por el establecimiento permanente en el extranjero se hubiese desarrollado con anterioridad en España.
- Por las que se opte por la aplicación de la deducción establecida en los artículos 31 y 32 TRLIS.

C.- Deducción para evitar la doble imposición internacional por impuestos soportados en el extranjero

Este es el método de imputación ordinaria contenido en el artículo 31 TRLIS, y por el cual, se va a tratar de evitar la doble imposición jurídica internacional producida cuando la renta obtenida por el sujeto pasivo en el extranjero y gravada en éste, es a su vez gravada en España.

En virtud de este método, el sujeto pasivo incluirá en su base imponible española el impuesto satisfecho en el extranjero, aún cuando no fuese plenamente deducible de la cuota.

De la cuota íntegra del Impuesto sobre Sociedades español, se deducirá la menor de las siguientes cantidades:

- O el importe satisfecho en el extranjero por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español, pero no podrán deducirse, por un lado, los impuestos pagados en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal, ni por otro, los impuestos satisfechos que superen las cantidades contenidas en el convenio para evitar la doble imposición (siempre, claro está, que exista ese convenio y le sea de aplicación).

A través de éstas cláusulas, el legislador está limitando la deducción al impuesto efectivamente satisfecho, eliminándose a su vez las bonificaciones o reducciones que otorgan determinados países para atraer inversiones extranjeras a su territorio, pero el legislador español será respetuoso con estas prácticas al permitir al sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades la deducción de aquellos impuestos no pagados en el Estado donde obtuvo las rentas, pero no permitirá la deducción de los efectivamente satisfechos que sean superiores a lo establecido por el Convenio; por lo que si concurre esta última circunstancia, el sujeto pasivo podrá solicitar la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas a las autoridades del país de la fuente.

- O el importe de la cuota íntegra que le correspondería pagar en España si esas mismas rentas se hubieran obtenido en España.

No obstante, si el sujeto pasivo obtiene durante el período impositivo varias rentas en el extranjero, la deducción se realizará, agrupando por

un lado las rentas procedentes a un mismo país, y por otro, las procedentes de un mismo establecimiento permanente.

Por último, aquellas cantidades que no se hayan podido deducir por insuficiencia de cuota íntegra, podrán deducirse en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.

D.- Deducción para evitar la doble imposición internacional por dividendos y participaciones en beneficios

El artículo 32 TRLIS, pretende evitar la doble imposición económica internacional, a través del método de imputación por impuestos pagados, es decir, tratará de evitar la doble imposición producida cuando una sociedad española recibe e incluye en su base imponible, dividendos o participaciones en beneficios, pagados ambos con anterioridad, por una entidad extranjera (entidad de primer nivel) que distribuye el beneficio, así como por las participadas directamente por ésta última hasta el tercer nivel (en estas últimas, sólo en la parte imputable a los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos).

La deducción corresponderá al impuesto efectivamente satisfecho (impuesto subyacente) por una entidad no residente en España respecto de los beneficios con cargo a los cuales se abonen los dividendos.

Podrán aplicar la deducción aquellas entidades cuya participación directa o indirecta, en el capital de entidades no residentes sea como mínimo del 5 por ciento y se posea de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya, o en su defecto, que se mantenga el tiempo necesario para completar un año.

Si se distribuyen reservas, se atenderá a la designación que contenga el acuerdo social, entendiéndose aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas.

Esta deducción es plenamente compatible con la anteriormente vista en el artículo 31, pero la suma de ambas no puede exceder en ningún caso, del importe de la cuota íntegra que correspondería pagar por esas rentas si se hubiesen obtenido en España.

Además, no podrá integrarse en la base imponible del sujeto pasivo que recibe los dividendos o participaciones en beneficios, cualquiera que sea la forma y el período impositivo, aquella depreciación que sufra la participación a causa de la distribución de dividendos, excepto si los beneficios ya han tributado en España por medio de cualquier transmisión de la participación.

Por último, aquellas cantidades que no se han deducido por insuficiencia de cuota, podrán hacerlo en los períodos impositivos que concluyan en los diez años inmediatos y sucesivos.

Notas:

[1] Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación "Las medidas antielusión fiscal en el ordenamiento español y en los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional: análisis y compatibilidad con el derecho comunitario", dirigido por el Prof. Dr. Don Miguel Ángel COLLADO YURRITA, financiado por la Viceconsejería de Universidades, Investigación e Innovación, dentro del Plan Regional de Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico e Innovación de Castilla-La Mancha (PAI-05-056).

[2] SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho financiero*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 10.ª edición. 1993. Pág. 57.

[3] CALDERÓN CARRERO, J.M.: "La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación", en la obra colectiva *Fiscalidad Internacional* (Director SERRANO ANTÓN, F.). Ed. Estudios Financieros. 2.ª edición. Madrid. 2005. Págs. 286 a 289.

[4] Artículo 36.3 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

[5] Artículo 21.1 b) segundo párrafo del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

[6] Como señaló SAINZ DE BUJANDA, es impuesto personal aquel que *"tiene como fundamento un presupuesto objetivo que sólo puede concebirse por referencia a una persona determinada, de tal suerte que ésta actúa como elemento constitutivo del propio presupuesto"*. SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho financiero*. *op.cit*. Págs. 175 a 176.

[7] Para LÓPEZ SANTACRUZ, *"la imposición a que se refiere este precepto debe ser un tributo que recaiga sobre el beneficio o las rentas obtenidas por la entidad no residente, con independencia del nivel impositivo de las mismas con tal que exista tributación y no exención"*. LÓPEZ SANTACRUZ, J.A.: "Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros". *op.cit*. Pág. 969; En este mismo sentido encontramos a BARRENECHEA ELORRIETA, S. y SOTO RODRÍGUEZ, L.: "Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores extranjeros". *ult. op. et. loc. cit.*

En opinión de MARTÍN JIMÉNEZ, *"para establecer si un Impuesto sobre Sociedades extranjero es análogo al español, parece lógico exigir únicamente que el impuesto extranjero grave la obtención de renta por parte de las personas jurídicas, sin exigir que este impuesto sea en todo idéntico al Impuesto sobre Sociedades español. Es decir, la interpretación de este requi-*

sito de identidad o analogía con el Impuesto sobre Sociedades español debiera realizarse en atención a la estructura del hecho imponible del impuesto extranjero, sin dar lugar a la comparación, por ser excesivamente rígida y extenderse a todos los elementos del impuesto, deje fuera del cumplimiento de este requisito a un buen número de países". MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.: "El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros" *op. cit.* Pág. 995.
SANZ GADEA va más allá, al expresar que *"se admitirán como impuestos de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades:*
- Los que gravan la renta y toman como base imponible a la propia renta.
- Los que gravan la renta y toman como base imponible a la propia renta, pero la minoran en las cantidades aplicadas a reservas o en las distribuidas.
- Los que gravan la renta formalmente, pero que recaen materialmente sobre los ingresos.
Los que gravan la renta formalmente, pero que recaen materialmente sobre elementos indiciariamente relacionados, con la renta, como puede ser el patrimonio, gastos significativos, unidades de producción, entre otras". SANZ GADEA, E.: "El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000". *op. cit.* Pág. 58.

[8] COSÍN OCHAITA, R.: "Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional", en la obra colectiva *Manual de Fiscalidad Internacional* (Director: CORDÓN EZQUERRO, T.). Instituto de Estudios Fiscales. 2.ª edición. Madrid. 2004. Págs. 155 a 156.

[9] Consulta número 0950-99.

[10] CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. McGraw-Hill. Madrid. 1997. Pág. 115.

[11] COMITÉ FISCAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (O.C.D.E.): "Comentarios a los artículos 23 A y 23 B relativos a los métodos para evitar la doble imposición"en *Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio - 1977*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1978. Pág. 187. No nos ha sido posible consultar las últimas revisiones del mismo, por lo que nos centraremos para nuestro trabajo de investigación en el Modelo de Convenio de 1977. Cabe resaltar, que tenemos constancia de que los elementos a los que haremos referencia, no han variado sustancialmente su contenido en las posteriores modificaciones que ha sufrido el Modelo de Convenio.

[12] AA.VV.: *Doble imposición internacional*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1972. Pág. 51.

[13] CALDERÓN CARRERO, J.M.: *"La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación"*. *op. cit*. 2005. Pág. 294.

[14] Otros muchos autores han definido lo que debe entenderse por doble imposición internacional de manera muy similar a la expresada por CALDERÓN CARRERO, por lo que omitimos la trascripción de la definición que realizan, remitiéndonos a la propia fuente para su comparación. Así pues, *cfr.* CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional", en *Reforma del Impuesto sobre Sociedades* (Director: IRANZO, J.E.) Revista del Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2002. Págs. 235 a 238; COSÍN OCHAITA, R.: "Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional". *op. cit.* Pág. 151*;* DE CASTRO CARRILLO, L.: "La corrección de la doble imposición en el impuesto sobre sociedades tras la Ley 6/2000, de 13 de diciembre". *Carta Tributaria. Monografías*. 11/2001. 2001. Págs. 2 a 3; LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros", en la obra colectiva *Impuesto sobre Sociedades 2002 (comentarios y casos prácticos)*. Centro de Estudios Financieros. Madrid. 2002. Pág. 535 a 536; RUBIO GUERRERO, J.J.: "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional" en *Reforma del Impuesto sobre Sociedades* (Director: IRANZO J.E.). Revista del Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2002. Pág. 66.

[15] COMITÉ FISCAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (O.C.D.E.): "Comentarios a los artículos 23 A y 23 B relativos a los métodos para evitar la doble imposición". *ult. op. et loc. cit*.

[16] DEL ARCO RUETE, L.: *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*. Escuela de Inspección Financiera. Ministerio de Hacienda. Madrid. 1999. Pág. 48.

[17] COLLADO YURRITA, M.A.: "Los criterios de sujeción a los ordenamientos tributarios", en la obra colectiva *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria* (Director: COLLADO YURRITA, M.A.; Coordinador: MORENO GONZÁLEZ, S.), CIEF-UCLM, Colex. Madrid. 2005. Pág. 107.

[18] En este sentido, DEL ARCO RUETE señala que *"Las causas generadoras de la doble imposición internacional están íntimamente ligadas con los criterios definidores del hecho imponible de un determinado impuesto en países diferentes. En la medida en que dichos criterios sean distintos puede producirse aquélla. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando uno de los países utilice como criterio de sujeción el nexo personal mientras que el otro resalte el nexo económico. Pero aun entre países que utilicen únicamente criterios personales, puede producirse una superposición de ámbitos de imposición."*. DEL ARCO RUETE, L.: *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*. *op. cit.* Pág. 47;

CALDERÓN CARRERO, por su parte establece que *"Esta heterogénea apreciación de la territorialidad de un mismo hecho imponible por parte de cada Estado se manifiesta fundamentalmente de dos maneras. Por un lado, atendiendo a la definición de los puntos de conexión que de los mismos criterios de sujeción fiscal realiza cada Estado de forma autónoma e independiente del resto. Es decir, la delimitación que dos (o más) países llevan a cabo en relación con un mismo criterio o principio de sujeción fiscal (ya real, ya personal) a través de los puntos de conexión establecidos por cada uno, conduce a la yuxtaposición de sus gravámenes sobre el mismo hecho imponible. De otro lado, la diferente apreciación de la territorialidad causante de la doble imposición internacional puede derivarse del solapamiento de impuestos de dos (o más) Estados en aplicación de criterios de sujeción fiscal dispares. Esto es, aquí una conexión territorial cualitativamente diferente hace que el mismo hecho imponible resulte sujeto a doble imposición internacional."* CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. *op. cit.* 1997. Pág. 25.

Para RUBIO GUERRERO, *"Incluso en el caso de que los países en conflicto aplique el mismo principio tributario, las posibles discrepancias existentes entre ambos en cuanto a su concreción o delimitación pueden determinar la aparición de la doble imposición internacional."* RUBIO GUERRERO, J.J.: "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional". *op. cit.* Pág. 67.

[19] *Cfr*. CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. *op. cit.* 1997. Págs. 54 a 58; RUBIO GUERRERO, J.J. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: "El problema de la doble imposición internacional" en *Reforma del Impuesto sobre Sociedades* (Director: IRANZO, J.E.). Revista del Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 2002. Pág. 20.

[20] CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional". *op. cit.* Pág. 238.

[21] CALDERÓN CARRERO, J.M.: "La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación". *op. cit.* 2005. Pág. 291.

[22] COMITÉ FISCAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (O.C.D.E.). *ult. op. et loc. cit*.

[23] CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. *op. cit.* 1997. Pág. 110.

[24] *Vid.* GONZÁLEZ POVEDA, V.: *Tributación de no residentes.* Madrid. 1993. Pág. 42. Además, *Cfr*. CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. *op. cit.* 1997. Págs. 210 a 213; VALLEJO CHAMORRO, J.M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: *Los convenios para evitar la Doble Imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes*. Instituto de Estudios Fiscales. Documento Número 6/02. 2002. Pág. 27 a 28.

[25] CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional". *op. cit.* Pág. 239.

[26] SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho financiero*. *ult. op. et loc. cit*.

[27] En consonancia con lo expuesto, MONTOYA LÓPEZ, sostiene que aunque para eliminar la doble imposición, la regla general sea *"lo dispuesto en los Convenios internacionales"*, debido a que éstos *"garantizan la existencia de un entramado jurídico-tributario que evita incoherencias a la hora de la eliminación de la doble imposición internacional"*, consiguiéndose con ello *"una mayor confianza de los operadores económicos y […] un mejor reparto de la riqueza a nivel internacional"*; las medidas unilaterales deberían de aplicarse cuando contengan *"un instrumento"* mejor que *"el contenido en los propios Convenios"*, debido a que ambos tipos de medidas tienen por finalidad *"la eliminación de la doble imposición internacional de manera eficaz"*. MONTOYA LÓPEZ, M.P.: "Los Convenios para evitar la doble imposición internacional", en la obra colectiva *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*. *op.cit*. Págs. 39 y 58.

[28] Artículo 82.1 a) del TRLIRPF: *"Cuando entre las rentas del contribuyente figuren rendimientos o ganancias patrimoniales obtenidos y gravados en el extranjero, se deducirá la menor de las cantidades siguientes:*

a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de un impuesto de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes sobre dichos rendimientos o ganancias patrimoniales.

b) El resultado de aplicar el tipo medio efectivo de gravamen a la parte de base liquidable gravada en el extranjero".

[29] Artículo 31.1 del TRLIS: *"Cuando en la base imponible del sujeto pasivo se integren rentas obtenidas y gravadas en el extranjero, se deducirá de la cuota íntegra la menor de las dos cantidades siguientes:*

a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto.

No se deducirán los impuestos no pagados en virtud de exención, bonificación o cualquier otro beneficio fiscal.

Siendo de aplicación un convenio para evitar la doble imposición, la deducción no podrá exceder del impuesto que corresponda según aquél.

b) El importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español."

[30] Sobre el particular, consúltese: MONTOYA LÓPEZ, M.P.: "Los Convenios para evitar la doble imposición internacional". *op. cit.* Págs. 37 a 61.

[31] SAINZ DE BUJANDA, F.: *Lecciones de Derecho financiero. ult. op. et loc. cit.*

[32] Artículo 2.1 a) del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1963, sobre Derecho de Tratados.

[33] VALLEJO CHAMORRO, J.M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: *Los convenios para evitar la Doble Imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes*. *op. cit*. Pág. 21. Varios son los autores que definen, de manera casi similar, los Tratados o Medidas Bilaterales. Sírvanos de ejemplo, la definición dada por CORONA, el cual manifiesta que las medidas bilaterales *"se basan en acuerdos entre dos Estados, mediante los cuales se "reparten" la soberanía fiscal,*

gravando determinadas rentas en el país de la fuente y otras en el país de residencia, de manera que permitan la deducción del impuesto pagado en origen con la finalidad de garantizar la neutralidad fiscal entre las dos jurisdicciones". CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional". *op. cit*. Pág. 239.

[34] VALLEJO CHAMORRO, J.M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: *Los convenios para evitar la Doble Imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes*. *ult. op. et loc. cit.*

[35] *Cfr.* BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Los convenios internacionales para evitar la doble imposición internacional desde el punto de vista de la teoría general de los tratados internacionales", en *Estudios de Doble imposición internacional*. IEF. Madrid. 1979. Págs. 33 a 35; CALLE SAIZ, R.: "Hacia convenios multilaterales para evitar la doble imposición internacional", en *Estudios de Doble imposición internacional*. IEF. Madrid. 1979. Págs. 84 a 106.

[36] Sobre este particular, puede consultarse: CARRASCO PARRILLA, P.J.: "El proceso de armonización fiscal en la Unión Europea", en la obra colectiva *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria*. *op.cit*. 2005. Págs. 193 a 214.

[37] En este sentido parece manifestarse RUBIO GUERRERO y GUTIÉRREZ LOUSA, para quienes *"no existen Tratados Multilaterales de Doble Imposición, ni siquiera en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de que el artículo 220 de su Tratado Constitutivo obliga a los Estados miembros a iniciar negociaciones entre sí para asegurar a favor de sus ciudadanos la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad"*. RUBIO GUERRERO, J.J. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional". *op. cit.* Pág. 22.

[38] Modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo de 22 de diciembre de 2003.

[39] Al respecto, BORRÁS RODRÍGUEZ añade que *"los tratados no son a veces tan diferente unos de otros y en ellos se encuentran muchas veces repetidas determinadas cláusulas o todo el convenio sigue, en líneas generales, un convenio-tipo o modelo de convenio, como son, en gran parte, los convenios concluidos en materia de doble imposición internacional concluidos siguiendo el modelo de Convenio de la O.C.D.E. Se trata de convenios bilaterales, pero todos ellos siguen unas líneas comunes con pequeños matices diferenciadores"*. BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Los convenios internacionales para evitar la doble imposición internacional desde el punto de vista de la teoría general de los tratados internacionales". *op. cit*. Pág. 32.

[40] BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: "Los convenios internacionales para evitar la doble imposición internacional desde el punto de vista de la teoría general de los tratados internacionales". *op. cit.* Pág. 36.

[41] COLLADO YURRITA, M.A.: "Los criterios de sujeción a los ordenamientos tributarios". *op. cit.* Pág. 104.

[42] CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional". *op. cit.* Pág. 239.

[43] COMITÉ FISCAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (O.C.D.E.): "Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio". *op. cit.* Pág. 195.

[44] En este sentido, COLLADO YURRITA, manifiesta que *"la exención significa la renuncia por parte de un Estado a percibir su impuesto cuando éste recae sobre un contribuyente que está sujeto al impuesto de otro Estado"*. COLLADO YURRITA, M.A.: "Los criterios de sujeción a los ordenamientos tributarios". *op. cit.* Pág. 105.

[45] COMITÉ FISCAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (O.C.D.E.). "Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio". *op.cit.* Pág. 196.

[46] VALLEJO CHAMORRO, J.M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: *Los convenios para evitar la Doble Imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes. op.cit.* Págs. 32 a 33.

[47] En este sentido, CALDERÓN CARRERO, indica que *"en tanto el sujeto activo que establece este método hace total abstracción de los resultados que tengan su origen económico en el extranjero, lo lógico y coherente con esta técnica es impedir la compensación de las pérdidas exentas con el beneficio imponible en la residencia"*. CALDERÓN CARRERO, J.M.: "La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación". *op. cit.* 2005. Pág. 323.
En la misma línea argumental, CORONA destaca que *"la aplicación de este mecanismo […] no permite la compensación de la pérdida producida en otro Estado, pues el Estado de residencia no reconoce ninguna renta exterior al efecto del gravamen directo"*. CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional". *op. cit.* Pág. 243.

[48] COMITÉ FISCAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO (O.C.D.E.):"Modelo de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio". *op. cit.* Págs. 199 a 200.

[49] CALDERÓN CARRERO, J.M.: "La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación". *op. cit.* 2005. Págs. 325 a 326.

[50] *Cfr.* CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación. op. cit.* 1997. Págs. 270 a 275; CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional". *op. cit.* Págs. 252 a 256; DEL ARCO RUETE, L.: *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*. *op. cit*. Págs. 293 a 295.

[51] MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros", *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública.* Número 242. 1996. Pág. 979.

[52] DEL ARCO RUETE, L.: *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*. *op. cit*. Pág. 290.

[53] SÁNCHEZ GARCÍA, N.: "La doble imposición internacional". *Revista de Treball, Economia i Societat*. Núm. 16. Enero 2000. http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_16/art2-rev16.pdf.

[54] Artículo 23 B del "MODELO DE CONVENIO": *"1.- Cuando un residente de un Estado Contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante, el primero deducirá:*
a).- del impuesto que perciba sobre las rentas de este residente, un importe igual al impuesto sobre la renta pagada en este otro Estado; y
b).- del impuesto que perciba sobre el patrimonio de este residente, un importe igual al impuesto sobre el patrimonio pagado en este otro Estado.
Sin embargo, en uno y otro caso, esta deducción no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o sobre el patrimonio, calculado antes de la deducción, correspondiente, según el caso, a las rentas o al patrimonio que pueden someterse a imposición en este otro Estado Contratante.
2.- Cuando, de conformidad con cualquier disposición del Convenio, las rentas percibidas por un residente de un Estado Contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuesto en este Estado, éste puede, sin embargo, tener en cuenta las rentas o el patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o patrimonio de este residente".

[55] VALLEJO CHAMORRO, J.M. y GUTIÉRREZ LOUSA, M.: *Los convenios para evitar la Doble Imposición: análisis de sus ventajas en inconvenientes*. *op. cit.* Pág. 31.

[56] DE LUIS, F.: "La cláusula de imputación de impuestos no pagados en los Convenios para

evitar la doble imposición internacional", en *Estudios de Doble imposición internacional*. IEF. Madrid. 1979. Págs. 291 a 296.

[57] COLLADO YURRITA, M.A.: "Los criterios de sujeción a los ordenamientos tributarios". *op. cit.* Pág. 106.

[58] Artículo 4.1 de la Directiva 2003/123/CE del Consejo: *"Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de ésta reciban, por la participación de aquélla en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz y el Estado del Establecimiento permanente: […], - o bien la gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dicho beneficio y abonado por la filial de ulterior nivel siguiente cuando cumplan los requisitos previstos en los artículos 2 y 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado"*.

[59] *Cfr.* CALDERÓN CARRERO, J.M.: *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación. ult. op. et loc. cit.*; CORONA, J.F.: "La corrección de la doble imposición internacional". *ult. op. et loc. cit.*; DEL ARCO RUETE, L.: *Doble imposición internacional y Derecho tributario español*. *op. cit*. Págs. 293 a 295.

[60] MARTÍN JIMÉNEZ, A. J.: "El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros". *ult. op. et loc. cit*.

[61] Artículo 4.1 del TRLIS.

[62] El Real Decreto 1080/1991, de 5 de junio, desarrolla o contiene una lista países o territorios calificados como paraísos fiscales (también denominada *black list* o lista negra). Este Real Decreto ha sido objeto de una modificación por el Real Decreto116/2003, de 31 de enero, para poder excluir de la consideración de paraíso fiscal a aquellos que, según el artículo 2, *"firmen con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información"*.

[63] Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

[64] Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

[65] Artículo 13.1 a) del TRLIRNR.

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1 de julio a 31 de diciembre de 2.005)

María Martín Sánchez
Profesora Ayudante. Área de Derecho Constitucional
Universidad de Castilla-La Mancha

Las leyes aprobadas, durante el segundo semestre del año 2.005, por las Cortes de Castilla-La Mancha han sido las siguientes:

Ley 6/2.005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005; DOCLM núm. 131, de 1 de julio de 2.005).

Ley 7/2.005, de 7 de julio, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005; DOCLM núm. 141, de 15 de julio de 2.005).

Ley 8/2.005, de 1 de agosto, de concesión de un crédito extraordinario por importe de veintitrés millones ciento veinte mil euros (23.120.000 euros) para financiar medidas urgentes para paliar los daños producidos en el sector agrario por la sequía y otras adversidades climáticas (BOCCM núm. 103, de 29 de julio de 2.005; DOCLM núm. 156, de 5 de agosto de 2.005).

Ley 9/2.005, de 6 de octubre, de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 107, de 30 de septiembre de 2.005; DOCLM núm. 211, de 21 de octubre de 2.005).

Ley 10/2.005, de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 255, de 20 de diciembre de 2.005).

Ley 11/2.005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 255, de 20 de diciembre de 2.005).

Ley 12/2.005, de 27 de diciembre, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2.004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 123, de 16 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 13/2.005, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 14/2.005, de 28 de diciembre, de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 15/2.005, de 29 de diciembre, de creación del Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 16/2.005, de 29 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

Ley 17/2.005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005; DOCLM núm. 264, de 31 de diciembre de 2.005).

1.- Ley 6/2.005, de 7 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005).

La ***declaración de voluntades anticipadas,*** regulada en esta Ley, es en definitiva una garantía de la dignidad de la persona, y del respeto a los derechos y libertades, en general.

Esta declaración es el instrumento mediante el cuál, el ciudadano podrá dar instrucciones concretas acerca del tratamiento y cuidado sanitarios que desee recibir en el futuro, en el supuesto de que esté privado de capacidad para decidir por sí mismo.

La creación de este medio –la *declaración*-, además de mejorar en gran medida la atención sanitaria en la Región, ampliando las garantías en el reconocimiento y en el respecto a los derechos fundamentales y, especialmente, a la dignidad de la persona, facilita la labor de los profesionales sanitarios, dando solución a numerosa ocasiones en que se enfrentan a situaciones clínicas especialmente difíciles.

La presente Ley consta de diez preceptos, una Disposición Adicional y dos Disposiciones Finales.

El concepto de la declaración de voluntades creada por esta Ley, se regula en su *artículo 2,* definiéndose de la siguiente manera: "*se entiende por declaración de voluntades anticipadas la manifestación escrita de una persona capaz que, actuando libremente, expresa las instrucciones que deban tenerse en cuenta sobre la asistencia sanitaria que desea recibir en situaciones que le impidan expresar personalmente su voluntad, o sobre el destino de su cuerpo o sus órganos una vez producido el fallecimiento".* Es decir, de esta definición, se deduce que la declaración debe realizarse por escrito y el declarante debe manifestarse de forma libre y voluntaria. Además, el *artículo 3* añade en su regulación los requisitos de capacidad para otorgar la declaración, estableciendo que estará capacitada: *"toda persona mayor de edad, que actúe libremente y que no se encuentre incapacitada judicialmente para emitirla (…)"*.

En cuanto al contenido de la declaración –*artículo 4*-, éste tendrá dos partes, un contenido obligatorio y otro preceptivo. Deberá contener, por una parte: "(…) *la indicación de los cuidados y tratamientos relacionados con la salud que desee recibir o no recibir, y una vez llegado el fallecimiento, la decisión sobre el destino de su cuerpo y sobre los órganos del mismo"*. De otra parte, podrá contener el nombramiento de un representante para que actúe de intermediario frente a los profesionales sanitarios, haciendo que se cumplan las instrucciones dadas en la declaración de voluntades.

Debido al carácter de la de declaración, el documento ha de formalizarse siguiendo el procedimiento específico que marca la Ley –*artículo 5-.* Siguiendo lo preceptuado, el documento ha de formalizarse ante un notario, ante un funcionario del Registro de Voluntades Anticipadas de

Castilla-La Mancha habilitado, y ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad.

Es importante señalar que, tal y como se prevé en la Ley *–artículo 7-*, el documento de declaración de voluntades anticipadas podrá ser modificado, sustituido o revocado, siempre que se realice conforme a lo previsto legalmente para su otorgamiento.

En cuanto a su eficacia, la Ley es clara. Este documento tendrá plena eficacia y prevalecerá frente a las indicaciones de la autoridad sanitaria, familiares o incluso del representante designado por el autor de la declaración. Excepción a esta prevalencia será la aplicación del ordenamiento jurídico, ya que no serán aplicadas las instrucciones contenidas en la declaración que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o que no se correspondan con el supuesto previsto en sus indicaciones por el autor de las mismas.

Por último, esta Ley contiene tres Disposiciones que la completan. La Disposición Adicional, en la que se prevé que será el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el encargado de garantizar el cumplimiento de las instrucciones previstas en los documentos de voluntades anticipadas, estableciendo el procedimiento de funcionamiento interno preciso para ello. Finalmente, cierran la Ley las dos Disposiciones Finales, donde se recoge la entrada en vigor.

2.- Ley 7/2.005, de 7 de julio, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 94, de 1 de julio de 2.005).

Se trata de una Ley caracterizada por su simplicidad. Se compone tan sólo de dos preceptos en los que se contienen las modificaciones realizadas al Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha. De este modo, se recoge literalmente la nueva redacción dada a los dos preceptos modificados del citado Decreto.

En su *artículo 1,* se prevé la modificación realizada sobre el artículo 20.1.k del referido Decreto. Con la nueva redacción, se fija una restricción en relación a los Proyectos de Singular Interés de promoción pública para actividades industriales y terciarios, referida a la estructuración del suelo en una única finca jurídico-civil, prohibiéndose la división de la misma; no afecta sin embargo esta restricción a los Proyectos de Promoción Pública, debido al interés general de los mismos.

En su *artículo 2*, se prevé la modificación producida sobre el artículo 79 del Decreto. La nueva redacción dada al citado artículo 79 –*"El destino de los bienes integrantes de los patrimonios públicos del suelo"*-. Los patrimonios municipales del suelo, constituyen uno de los mecanismos de control del mercado de suelo, cuyo destino habrá de establecerse en función, además de otros fines, de los "usos de interés social", tal y como prevé el precepto en cuestión. A este respecto y puesto que la ley regional no ha desarrollado este concepto, habrá de interpretarse de forma amplia, ajustándose a la realidad según las circunstancias de cada caso para determinarlo.

3.- Ley 8/2.005, de 1 de agosto, de concesión de un crédito extraordinario por importe de veintitrés millones ciento veinte mil euros (23.120.000 euros) para financiar medidas urgentes para paliar los daños producidos en el sector agrario por la sequía y otras adversidades climáticas (BOCCM núm. 103, de 29 de julio de 2.005).

En nuestra Región, dos de sus grandes fuentes de riqueza, la agricultura y la ganadería, se han visto fuertemente dañadas en los últimos meses debido a las adversas condiciones climáticas. La falta de lluvia ha generado una situación de sequía preocupante para nuestras tierras y, por ende, para nuestra ganadería. A esta situación, hay que añadir las intensas heladas sufridas en los meses más fríos. En definitiva, son muchos los afectados económicamente tanto por las pérdidas como por el aumento de los costes de producción, según los casos.

Por este motivo, se concede un crédito extraordinario con cargo a los importes procedentes de la aplicación del mecanismo de modulación establecido en la Ley 10/2003, de 20 de marzo, de modulación de ayudas

agrarias en Castilla-La Mancha. Con este crédito extraordinario, por importe de 23.120.000 euros, se podrá hacer frente a las necesidades económicas causadas fundamentalmente por la sequía en los sectores agrario y ganadero.

Nos encontramos frente a una Ley de carácter simplista. Se compone únicamente de dos sencillos preceptos y una Disposición Final.

En su *artículo 1-"concesión del crédito extraordinario"*-, tal y como indica su enunciado, se recoge la concesión de un crédito extraordinario al presupuesto de gastos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, por importe de veintitrés millones ciento veinte mil euros (23.120.000 €).

En su *artículo 2-"financiación del crédito extraordinario"*-, se regula el modo de financiación de dicho crédito.

Finalmente, la Disposición Final cierra la presente Ley.

4.- Ley 9/2.005, de 6 de octubre, de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 107, de 30 de septiembre de 2.005).

La presente Ley es aprobada en respuesta a la solicitud realizada por la Asociación de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha, el 19 de diciembre de 2.003. Esta Asociación, por decisión unánime de sus miembros y en representación de los profesionales que ejercen la profesión de "Higienista Dental" en el territorio de la Comunidad, solicitó la creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha, en virtud de la Ley 10/1.999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

La creación del precitado Colegio Profesional puede argumentarse desde la perspectiva del interés público que satisface, ya que permitirá velar por los intereses profesionales de un gran colectivo, contribuyendo además a la promoción de la salud pública en el ámbito regional.

La Ley consta de cinco preceptos, una Disposición Adicional, Disposición Transitoria y Disposición Final.

Tras establecerse su *creación –artículo 1-,* se regulan su *naturaleza jurídica y ámbito territorial –artículo 2-,* dotando al Colegio creado del carácter de "*Corporación de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad"*, siendo su ámbito territorial el de la Comunidad de Castilla-La Mancha.

En cuanto a su *ámbito personal-artículo 3-* la Ley determina que podrán integrarse en este Colegio Profesional quienes posean la titulación correspondiente, esto es, *"el título de Formación Profesional de Segundo grado al que hace referencia la Ley 10/1.986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la Salud Dental –actualmente "Técnico Superior en Higiene Bucodental"),* y que además, ejerzan la profesión en el ámbito territorial previsto en la Ley, es decir en el territorio castellano-manchego.

Tal y como prevé el *artículo 4 –relaciones con la Administración-*, el ***Colegio Profesional de Higienistas Dentales de Castilla-La Mancha,*** se relacionará con la Consejería competente en materia de Colegios Profesionales, del mismo modo que, en lo que se refiera a la profesión en sí, se relacionará con la Consejería competente en materia de sanidad.

En cuanto a las Disposiciones que completan la Ley: en la Disposición Adicional se prevén las *funciones del Consejo de Colegios Profesionales*; en la Disposición Transitoria, se prevé el *proceso constituyente*, para la elaboración de los Estatutos del Colegio Profesional; por último, se cierra con la Disposición Final.

5.- Ley 10/2.005, de 15 de diciembre, de Horarios Comerciales de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005).

Esta Ley nace para cumplir adecuadamente las necesidades del sector comercial y el nivel de oferta exigido por el consumidor, creando un régimen de horarios acorde con el Plan Integral de Comercio de Castilla-La Mancha 2.005-2.008.

La presente Ley se compone de ocho preceptos, estructurados a su vez en cuatro Capítulos. Además, contiene dos Disposiciones

Adicionales, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones Finales.

En su ***Capítulo I –Disposiciones Generales-***, se establece, en primer lugar, que el objeto de la Ley es: *"(…) la regulación de los horarios de apertura y cierre de los establecimientos comerciales en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha" –artículo 1-*. Se completa su ámbito territorial en su *artículo 2*, donde se especifica que la Ley se aplicará a las actividades de carácter minorista. Finalmente, dentro de este Capítulo, se incluye el *artículo 3,* dedicado a la publicidad de horarios en los establecimientos comerciales.

En el ***Capítulo II –Régimen General de Horarios-,*** se contienen dos el horario semanal y el régimen específico de domingos y festivos. En cuanto al *horario semanal –artículo 4-*, la Ley da libertad a los comerciantes para desarrollar el horario d su actividad comercial, siempre que no exceda del límite de setenta y dos horas semanales durante los días laborales en semana; a salvo queda la excepción fijada por la Ley de los días 24 y 31 de diciembre, sujetos a reducción horaria en caso de ser laborables. En cuanto al *régimen de domingos y días festivos –artículo 5-*, sólo podrán abrirse al público un máximo de ocho domingos y festivos al año, durante un máximo de doce horas, y debiendo ser estos días de apertura autorizados oficialmente.

El ***Capítulo III –Régimen Especial de Horarios-,*** se refiere a dos supuestos previstos legalmente: los establecimientos con libertad horaria y las zonas de gran afluencia turística. En el primer supuesto, regulado en el *artículo 6 –Establecimientos con libertad horaria-*, se diferencia un tipo de establecimientos con libertad plena para determinar los días y horas de apertura, y otro tipo de establecimientos que se regirán por su propia normativa específica de apertura, tal como las oficinas de farmacia. En el segundo supuesto, previsto en el *artículo 7 –Zonas de gran afluencia turística-,* se reconoce una gran libertad de apertura horaria a los establecimientos comerciales situados en zonas de gran afluencia turística. A este respecto, la zona deberá haber sido declarada zona de gran afluencia turística por la Consejería competente.

Por último, el ***Capítulo IV –Establecimientos con venta de bebidas alcohólicas-,*** regula la posibilidad de que los Ayuntamientos, en su ámbito municipal, limiten por razones de orden público la venta de bebidas alcohólicas en los establecimientos comerciales *–artículo 8-*.

Finalmente, en cuanto a las Disposiciones que completan la Ley, es importante señalar algunas cuestiones. Tal y como establece la Disposición Adicional Segunda, el régimen sancionador aplicable a las infracciones cometidas respecto a esta Ley, será el dispuesto en la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha. Tal y como establece la Disposición Derogatoria, con la presente Ley queda derogado el Título II de l precitada Ley 7/1998, de 15 de octubre, de Comercio Minorista de Castilla-La Mancha.

6.- Ley 11/2.005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor (BOCCM núm. 120, de 2 de diciembre de 2.005).

Esta Ley es aprobada para cubrir necesidades que la anterior Ley 3/1.995, de 9 de marzo, del Estatuto del Consumidor, no satisfacía debido a la época de su aprobación. Se trata de exigencias surgidas con la evolución social y política, ocasionadas en gran medida por la evolución legislativa –comunitaria, estatal y autonómica- referida al consumidor.

En esta ocasión eran tantas las modificaciones que debían introducirse a la Ley preexistente que el legislador ha optado por la derogación total de ésta y la aprobación de una nueva Ley.

Se trata de una Ley extensa, compuesta por cuarenta y cuatro preceptos, articulados a lo largo de cinco Capítulos, seguidos de dos Disposiciones Transitorias, una Disposición Derogatoria y cuatro Disposiciones Finales.

El ***Capítulo I –Disposiciones Generales-,*** comienza dando algunas definiciones muy precisas, necesarias para hacer una buena comprensión del texto legal. En primer lugar, en cuanto a su objeto y ámbito de aplicación, la Ley establece en su *artículo 1* que *“(…) tiene por objeto garantizar la protección de los derechos y los legítimos intereses de los*

consumidores y usuarios en el territorio de Castilla-La Mancha (…)". A estos efectos, el *artículo 2* define el concepto de consumidor de la siguiente manera: *"(…) son consumidores y 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 se la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden".*

Finalmente, el Capítulo I, recoge en su *artículo 3* las que denomina como *situaciones de protección prioritaria*, definiéndolas como las situaciones de *"inferioridad, subordinación, indefensión o desprotección"* sufridas por determinados colectivos sociales, las cuáles serán objeto de especial protección según lo dispuesto por la presente Ley.

En el ***Capítulo II –Principios Generales y Competencias-,*** se contienen los *principios generales de actuación en materia de consumo –artículo 4-*, señalándose que las Administraciones Públicas Autonómicas tienen el deber de garantizar la defensa y protección del consumidor, dentro del ámbito de sus competencias, empleando para ello medidas eficaces.

El ***Capítulo III –Derechos de los consumidores-***, recoge ampliamente los derechos del consumidor a lo largo de sus cinco Secciones, estableciendo además una cláusula en su *artículo 7.2*, según la cuál el consumidor no puede renunciar a éstos derechos: *"se consideran nulos de pleno derecho la renuncia previa a los derechos reconocidos en esta ley a consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios, así como todo pacto en contrario a sus normas imperativas o prohibitivas".* Los derechos reconocidos al consumidor y usuario por la presente Ley, tras ser enunciados brevemente *–artículo 7.1-,* se desarrollan en Secciones, de la siguiente forma:

La ***Sección Primera –derecho a la protección de la salud-,*** se refiere expresamente a la seguridad *–artículo 8-*, señalando expresamente que: *"los productos, bienes y servicios comercializados no representarán riesgo alguno para su salud y seguridad ni para el medio ambiente salvo los usual y reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización"*. A estos efectos, la Ley apunta que un produc-

to se considerará seguro cuando cumpla con la normativa estatal en materia de seguridad de los productos.

Por otra parte, en esta Sección también se regula la *responsabilidad en materia de seguridad de los productos –artículo 9-,* estableciéndose las obligaciones de los productores para comercializar un producto en relación a los niveles de seguridad exigidos, así como las actuaciones requeridas en caso de comercializar un producto que no alcance los niveles de seguridad requeridos legalmente.

La ***Sección Segunda –derecho a la protección de los intereses económicos y sociales-,*** señala en primer lugar que el derecho la protección de los intereses económicos y sociales estará protegido, además de por esta Ley, por la *legislación general sobre defensa de los consumidores y usuarios*. En concreto, se protegen legalmente a través de la presente Ley los *derechos de los consumidores en la oferta, adquisición, utilización y disfrute de bienes y servicios –artículo 11-*.

En la ***Sección Tercera –protección jurídica, administrativa y técnica-,*** se contienen distintos extremos referidos a la protección jurídica, administrativa y técnica. En primer lugar, respecto a las *actuaciones de protección –artículo 12-,* la Ley prevé que será la Administración Regional la encargada de desarrollar cuantas actuaciones sean necesarias para garantizar una efectiva protección del consumidor. Además, se reconoce el derecho del consumidor a ser indemnizado por los daños y perjuicios causados por el consumo de bienes y servicios, siempre que éstos sean demostrados.

Por otra parte, reconoce el derecho del consumidor a interponer *reclamaciones –artículo 13-,* en caso de no quedar satisfechos con el servicio prestado. Para ello la Ley prevé que: *"los establecimientos que comercien productos y bienes, presten servicios o ejerzan actividades profesionales, en el territorio de Castilla-La Mancha, tendrán a disposición de los consumidores y usuarios hojas de reclamaciones, que deberán anunciarse convenientemente, en los términos previstos en la normativa vigente".* Además, la Ley añade que la realización de este tipo de reclamaciones es compatible con la formulación de reclamaciones administrativas.

Finalmente, se regula la *mediación y arbitraje –artículo 14-,* previendo que Administraciones Públicas deberán propiciar la adopción de los mecanismos de resolución de conflictos en materia de consumo, promoviendo el *Sistema Arbitral de Consumo*.

En la ***Sección Cuarta –información y educación del consumidor-,*** se reconoce, en primer lugar el *derecho a la información y a la difusión de la información –artículo 15-,* señalándose que: *"los bienes, productos y servicios puestos a disposición de los consumidores deberán incorporar o permitir de forma cierta y objetiva, una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales"*.

Por otra parte, se reconoce el *derecho a la educación –artículo 18-*, en materia de consumo.

La ***Sección Quinta –representación, audiencia y participación-,*** regula el *régimen jurídico de las Organizaciones de Consumidores y Usuarios -artículo 19-*, señalándose que para que éstas puedan gozar de los derechos previstos por esta Ley, deberán estar inscritas en el Registro de Consumidores de Consumidores y Usuarios de Castilla-La Mancha -regulado en su *artículo 21-*, y aplicar los medios de fomento y ayuda *-artículo 20-*.

En el ***Capítulo IV –Control e Inspección de los productos, bienes y servicios-,*** se regulan las medidas previstas para la inspección de consumo. Se trata de medidas desarrolladas por las Administraciones Públicas con competencia en materia de defensa del consumidor, encaminadas a la inspección y el control sobre los productos, bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios, en cualquiera de sus fases de comercialización, comprobando que sus características se adecuan a la legalidad.

El ***Capítulo V –Régimen Sancionador-,*** sienta el "*principio de territorialidad"*, tal y como especifica su *artículo 36: "las competencias sancionadoras de las autoridades de consumo están referidas a las infracciones cometidas, en el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, cualquiera que sea el domicilio o el lugar en que radiquen los establecimientos o domicilio del responsable"*. Así mismo, los órganos

competentes de la Junta de Comunidades para ejercer la potestad sancionadora, deberán ser establecidos reglamentariamente –*artículo 38-,* pudiendo clasificarse las infracciones como muy graves, graves o leves, de acuerdo con el régimen general y los principios de la potestad sancionadora –así lo dispone el *artículo 40* de la presente Ley-. A este respecto, también se prevén en la Ley las sanciones, su graduación y los plazos de prescripción (*artículos 41, 42 y 43).*

Finalmente, cabe citar la Disposición Derogatoria, con la que se deroga expresamente la Ley 3/1995, de 9 de marzo, del Estatuto del Consumidor, además de cualquier otra norma de igual o inferior rango que se oponga a lo previsto en la presente Ley.

7.- Ley 12/2.005, de 27 de diciembre, de Modificación del Decreto Legislativo 1/2.004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 123, de 16 de diciembre de 2.005).

Con esta Ley, se modifica por segunda vez en esta misma Legislatura el citado Decreto Legislativo 1/2.004, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha. Recordemos que ya se aprobó con anterioridad la Ley 7/2.005, de 7 de julio, para modificar algunos extremos del citado Decreto.

La presente Ley consta sólo de un Artículo Único, con dos apartados, en los que se especifican las dos modificaciones previstas, cerrada con una Disposición Final.

En primer lugar, se recoge la *modificación del artículo 41.3.b* del Decreto, siendo su nueva redacción la siguiente: *"No podrá tramitarse modificación alguna que afecte a determinación propia del Plan de Ordenación Municipal una vez expirado el plazo por éste señalado o del fijado en cualquier otra forma para su revisión. Se exceptuarán de esta regla los supuestos en los que se acredite el inicio de los trabajos de revisión o redacción del Plan".*

En segundo lugar, se modifica nuevamente el artículo 79, ya modificado en la precitada Ley 7/2.005. Los cambios fundamentales de la nueva redacción dada al artículo 79 del Decreto, radican en que: mientras que antes el artículo 79.1 se refería a los "*bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo de las Corporaciones Locales"*, en su nueva redacción dada por la presente Ley, se refiere a *"los bienes integrantes del Patrimonio Público del Suelo".* A este respecto, el nuevo texto ha sustituido el término "*público"* para hacer referencia al de *"municipal"*. Además, la nueva redacción, añade un apartado 79.3, en el que se regula la posibilidad de enajenar o ceder los bienes de los patrimonios públicos de suelo.

Finalmente, la Ley se cierra con la Disposición Final.

8.- Ley 13/2.005, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005).

La Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha elaborada para el 2.006 presenta dos objetivos prioritarios principalmente. El primero de ellos consiste en impulsar el desarrollo económico y social de nuestra Región; para la consecución de este objetivo, los Presupuestos se orientan a la puesta en práctica del *Pacto para el Desarrollo y la Competitividad.* A este respecto, entre sus líneas de actuación, se persigue mejorar la calidad del empleo y su estabilidad para alcanzar mayores niveles de desarrollo económico.

El otro objetivo prioritario es satisfacer los servicios públicos esenciales demandados por los ciudadanos. En este sentido, los servicios demandados por la ciudadanía, considerados prioritarios por esta Ley, son los siguientes: la asistencia sanitaria, la atención a personas y sectores desfavorecidos, la vivienda y el medio ambiente.

Esta Ley consta de cincuenta artículos estructurados a lo largo de seis Títulos, a los que se suman diez Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y Tres Disposiciones Finales.

El **Título I –De la aprobación de los Presupuestos y de sus modificaciones-,** se compone a su vez de dos Capítulos:

En el ***Capítulo I –Créditos iniciales y su financiación-,*** se explica el contenido de los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, abarcando éstos a los siguientes: el presupuesto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el presupuesto de los organismos autónomos, las entidades y empresas públicas que forman parte del sector público regional. Además, contiene la aprobación de gastos e ingresos, la financiación de créditos, los beneficios fiscales y vinculación y limitación de los créditos.

En el ***Capítulo II –De los créditos presupuestarios y sus modificaciones-,*** se establecen los principios a los que están sometidas las modificaciones presupuestarias, previendo la Ley que éstas *"se ajustarán a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002" –artículo 8-*. Se regula además la ampliación de créditos, las competencias en materia de modificación presupuestaria, los anticipos de tesorería y las normas específicas de generación de créditos, remitiéndose de nuevo en este caso al Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2002.

El **Título II –De la ejecución y liquidación presupuestaria-,** consta a su vez de tres Capítulos:

El ***Capítulo I –Autorización de gastos-*** establece que la autorización de gastos en 2.006 corresponderá a los titulares de las Consejerías, con el límite máximo de un millón de euros; no obstante, la Ley prevé determinadas excepciones al límite en la cuantía de autorización de gasto *–artículo 13-.* Para el desarrollo de esta labor, la Ley prevé la desconcentración y delegación de competencias *–artículo 14-.*

El ***Capítulo II –Otras disposiciones en materia de ejecución de gastos-*** regula otras normas sobre distribución de competencia tales como: las normas sobre expedientes con repercusión presupuestaria para ejercicios futuros; la creación de fundaciones y participación en las mismas

y en Consorcios; los créditos financiados con transferencias finalistas; el libramiento de los créditos de las Cortes de Castilla-La Mancha; el libramiento de los créditos a los organismos autónomos, empresas públicas, demás entidades públicas y subvenciones nominativas.

El ***Capítulo III –Liquidación de los Presupuestos-*** recoge las normas relativas a la liquidación presupuestaria, previéndose que el presupuesto se liquidará el 31 de diciembre *–artículo 20-.* Se incluye también el *informe del estado de ejecución presupuestaria,* así como la liquidación del Presupuesto de 2.005.

El **Título III –De los Créditos de Personal-,** se divide en dos Capítulos:

El ***Capítulo I –Régimen Retributivo-*** regula todo lo relativo a las retribuciones e incremento de las retribuciones del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

El ***Capítulo II-Otras disposiciones en materia de personal-***, regula otras normas en materia retributiva y de personal referidas a: los requisitos para la modificación de retribuciones; la plantilla presupuestaria; las competencias en materia de relaciones de puesto de trabajo; el régimen de convocatoria de plazas; las peculiaridades del régimen de gestión de personal del Servicio de Salud y de personal docente; normas sobre anticipo de retribuciones; limitación de aumento de gastos de personal; asistencias; prohibición de ingresos atípicos; nombramiento de personal funcionario interino para la realización de programas temporales.

El **Título IV –De la Gestión de los Presupuestos Docentes-,** consta de dos Capítulos:

El ***Capítulo I –De los centros docentes no universitarios financiados con fondos públicos-,*** regula el establecimiento del módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados. Además, en su *artículo 42,* se instauran ciertas medidas para lograr el mantenimiento del empleo en dichos centros concertados.

El ***Capítulo II –De los costes de personal de la Universidad de Castilla-La Mancha-***, regula la autorización de los costes de personal de la Universidad de Castilla-La Mancha, distinguiéndose entre el personal docente e investigador y el personal de administración y servicios.

El **Título V –De las operaciones financieras-,** consta a su vez de dos Capítulos:

En el ***Capítulo I –Del endeudamiento-,*** se contienen las operaciones de crédito a corto y a largo plazo. Además, se regula la información a las Cortes de Castilla-La Mancha, debiendo ser el Consejo de Gobierno, a través de titular de la Consejería competente, quien informe de las operaciones de crédito a la Comisión de Economía y Presupuestos de las Cortes de Castilla-La Mancha, en un plazo de treinta días desde su concertación *–artículo 46-.*

El ***Capítulo II –De los avales-***, regula los avales, siendo el Consejo de Gobierno el competente para su autorización.

El **Título VI –De las tasas y otras medidas tributarias-,** regula las tasas de la Comunidad, el tipo de gravamen del canon de aducción y del canon de depuración y se establece la afectación de los ingresos obtenidos por la recaudación de los Impuestos sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y de la venta minorista de determinados hidrocarburos.

Tras el articulado, se suman diez Disposiciones Adicionales, una Disposición Derogatoria y tres Disposiciones Finales, completado todo ello por un **Anexo -"Módulos económicos de distribución de fondos públicos para sostenimiento de centros concertados"-,** elemento típico en las Leyes Generales de Presupuestos.

9.- Ley 14/2.005, de 28 de diciembre, de Ordenación del Transporte de Personas por Carretera en Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 125, de 23 de diciembre de 2.005).

La aprobación de esta Ley obedece a varios factores. En primer lugar, el hecho de que hasta el momento la única Ley reguladora de este

tipo de actividades era la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), junto con sus disposiciones de desarrollo. Por otro lado, hay que añadir el hecho de ese mismo año y como complemento de ésta, se aprobó la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de Delegación de Facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en relación con los transportes por carretera y por cable, con la que se realiza un delegación casi total de las competencias ejecutivas y de desarrollo reglamentario en esta materia. El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia de 27 de junio de 1.996, declaró inconstitucional el Capítulo VII del Título III de la LOTT, dedicado a los transportes urbanos.

Debido al vacío normativo existente en dicha legislación y al evidente desarrollo experimentado por nuestra Comunidad desde la redacción de la LOTT, es necesaria la aprobación de una nueva Ley de ordenación del transporte que complemente y desarrolle lo previsto en la legislación estatal y regule expresamente los aspectos en que no se ajuste a las necesidades de Castilla-La Mancha.

Se trata de una Ley extensa y compleja, compuesta de sesenta y cinco preceptos estructurados a lo largo de un Título Preliminar seguido de cinco Títulos más, organizados a su vez en Capítulos. Tras el articulado, varias Disposiciones completan la Ley: dos Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria y tres Disposiciones Finales.

El **Título Preliminar –Disposiciones Generales-,** define el objeto de la Ley –*artículo 1*- siendo éste: *"determinar el régimen jurídico aplicable a los servicios de transporte público de personas por carretera en el ámbito de la Comunidad Autónoma y establecer los instrumentos que permitan el funcionamiento integrado del sistema de transportes públicos de personas viajeras de Castilla-La Mancha"*. Evidentemente, su ámbito de aplicación, tal y como se define en el objeto de la Ley será el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La-Mancha. En su *artículo 3*, se enumeran una serie de *principios* que regirán el desarrollo de la política del transporte público, partiendo todos ellos del derecho del ciudadano a disponer de movilidad para hacer frente a sus necesidades en igualdad de condiciones o de oportunidades, atendiendo además a la importancia del transporte público en el contexto actual de necesidades ambientales, energética o sociales, donde el vehículo privado no resulta aceptable.

El **Título I –La Organización Administrativa de los transportes por carretera urbano e interurbano-**, se estructura a su vez en varios Capítulos:

El ***Capítulo I –Régimen de Competencias-,*** distingue a distintos responsables de los transportes en la Comunidad, en función de las competencias que se le atribuyan. Así, las Administraciones públicas competentes en materia de transporte en Castilla-La Mancha en esta materia, son los siguientes: las Administraciones de la Junta de Comunidades, los municipios y las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia creadas por la Junta o por los municipios para gestionar dicha competencia sobre transportes *–artículo 5-*.

El ***Capítulo II –Planificación y gestión de los transportes públicos-,*** prevé que la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha tiene la competencia para elaborar y revisar el *Plan Director de Transportes de Castilla-La Mancha –artículo 8-.* Éste será aprobado a su vez por acuerdo de Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería competente.

En el ***Capítulo III –De los órganos y de las personas usuarias-,*** se regulan los órganos administrativos. Entre ellos han de señalarse los siguientes: el *Consejo Regional de Transportes de Castilla-La Mancha –artículo 11-*, como órgano consultivo y de participación en materia de transportes terrestres; la *Junta Arbitral del Transporte –artículo 13-*, como órgano de protección y defensa de las partes, o personas con interés legítimo, ante un contrato de transporte, frente al que acudir para resolver controversias; los *órganos de gestión –artículo 12-*, se constituyen al efecto a través de instrumentos de coordinación y colaboración entre municipios y Junta de Comunidades, para resolver gestiones de ámbito supranacional que no asume directamente la Administración Autonómica; los *usuarios –artículo 14-,* respecto a ellos, la Ley garantiza su intereses y derechos en todas las acciones o procedimientos realizados ante cualquiera de los órganos en ella previstos.

El ***Capítulo IV –Coordinación e integración de servicios-,*** establece dos tipos de instrumentos para la planificación de los servicios de

transporte: *Planes Coordinados de Servicios –artículo 17-* y *Planes de Movilidad –artículo 19-.*

El ***Capítulo V –Recursos Públicos-,*** prevé la *financiación pública*, estableciendo en su *artículo 21* lo siguiente: *"Las Administraciones o entidades y organismos públicos que destinen fondos o recursos económicos para la financiación o cofinanciación del transporte lo realizarán en los términos y con las limitaciones que impone la Unión Europea".*

El **Título II –Transportes Urbanos-,** compuestos por los siguientes Capítulos:

En el ***Capítulo I –Normas Generales-,*** se establece la *normativa aplicable* en materia de transporte público, determinando que: *"el establecimiento o modificación, adjudicación y prestación de los servicios de trasportes públicos urbanos de personas viajeras, definidos en el artículo 4, se regirán, sin perjuicio de la normativa básica estatal en la materia, por la presente Ley, su normativa de desarrollo y las correspondientes Ordenanzas Municipales que, aprobadas por los correspondientes Municipios, deberán respetar en todo caso deberán respetar lo dispuesto en esta Ley, y en sus normas de desarrollo" –artículo 22-.*

El ***Capítulo II –Coordinación de servicios urbanos e interurbanos-,*** establece dos cláusulas básicas para el buen desarrollo del transporte público previsto por la presente Ley. De un lado, la *prohibición de coincidencia –artículo 25-*, según la cuál: *"no podrán establecerse servicios regulares de transporte urbano de personas cuyos tráficos coincidan con servicios regulares de transporte interurbano preexistente sin la conformidad del órgano concedente de estos últimos".* De otro lado, la *coordinación previa –artículo 26-*, consistente en la necesidad de coordinación entre las distintas Administraciones Públicas en el establecimiento y modificación del transporte público urbano.

El **Título III –Disposiciones particulares sobre determinados tipos de transporte-,** el que se contienen los siguientes Capítulos:

El ***Capítulo I –Transporte a la demanda-,*** para satisfacer todo tipo de demandas por parte del usuario, prevé distintas *modalidades* en la prestación del servicio de transporte público: "servicios sin itinerario fijo, sin horario fijo y sin horario ni itinerario fijo" *–artículo 30-.*

El ***Capítulo II –Transportes Zonales-,*** hace referencia al concepto de *"transporte zonal",* siendo ésta una característica del transporte regulado en la presente Ley, por razones de funcionalidad y, en ocasiones, de interés público.

El ***Capítulo III –Transportes públicos regulares de uso especial-,*** recoge los servicios que tendrán esta consideración, considerándose como transportes públicos regulares de uso especial, entre otros: el transporte escolar y de menores, el transporte sanitario, el transporte asistencial y el transporte de personas trabajadoras.

El **Título IV –Transporte de personas en vehículos de turismo,** en el que se contienen os siguientes:

El ***Capítulo I –Licencia de autotaxi-,*** especifica en su *artículo 39* que: *"a los efectos de la presente Ley se denominan servicios de autotaxi, a los dedicados al transporte público de personas en vehículo de turismo, con capacidad igual o inferior a nueve plazas, incluido el conductor"*. Tal y como se establece en la Ley, es requisito necesario para la prestación de este servicio público, la previa obtención de la licencia de autotaxi, cuyo otorgamiento se regula expresamente en la presente Ley *–artículo 41-.*

En el ***Capítulo II –Vehículos afectos a las licencias-,*** se señala que los vehículos afectos sujetos licencia son los destinados a la prestación de servicios de autotaxi, requiriéndoles además ajustarse a las exigencias legislativas sobre accesibilidad y eliminación de barreras.

En el ***Capítulo III –Condiciones de prestación del servicio-,*** se establece que la prestación de este tipo de servicio público –autotaxi-, en general, se regirá por las normas establecidas reglamentariamente o mediante ordenanzas municipales.

El **Título V –Inspección, infracciones y sanciones-,** estructurado a su vez en los siguientes:

El ***Capítulo I –Normas Generales-,*** determina que la inspección corresponde a las Administraciones competentes. El procedimiento para sancionar las infracciones tipificadas en la presente Ley, será sin embargo el dispuesto en el artículo 146.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y disposiciones de desarrollo correspondientes, teniendo en cuenta además las especificaciones previstas en las Ordenanzas Municipales.

En el ***Capítulo II –Infracciones-,*** se realiza una clasificación de las infracciones, considerándose como tal tanto las acciones como las omisiones a lo previsto en la presente Ley. Se clasifican como muy graves, graves y leves.

El ***Capítulo III –Sanciones-,*** hace una clasificación de las sanciones, en función de la gravedad de la infracción cometida, pudiéndose aplicar además de la sanción pecuniaria las denominadas *"medidas accesorias",* tales como el precintado del vehículo, *–artículo 62-* cuando se considere pertinente por la gravedad de la infracción.

10.- Ley 15/2.005, de 29 de diciembre, de creación del Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005).

A través de la presente Ley se crea el ***Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha***. Su creación responde a la necesidad de separar la actividad de promoción regional del resto de actividades desarrolladas por la Administración, como estrategia para alcanzar un mejor desarrollo del turismo en la Región.

La ley se compone de diez preceptos y dos Disposiciones Finales.

En su *artículo 1-objeto de la ley-* se prevé la creación del ***Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha***, como un *"instrumento al servicio de la promoción de los recursos turísticos de la Región"*. Así mismo, asume forma jurídica de *sociedad anónima de carácter mercantil –artículo 2-*, por lo que se regirá por Derecho privado en sus actividades.

En cuanto a sus funciones, el *artículo 4.1* de la Ley regula el amplio listado de funciones asignadas al Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha, estando todas ellas orientadas a la promoción, fomento y desarrollo del sector turístico regional. No obstante, pese a este amplio listado, el incipiente Instituto de Promoción Turística tiene un límite en el ejercicio de sus funciones, tal y como prevé el *artículo 4.2: "(...) en ningún caso podrá disponer por sí mismo de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública"*.

Ha de señalarse que el Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha, está facultado para firmar convenios y acuerdos con Administraciones Públicas y particulares, para alcanzar su objetivo en el cumplimiento de sus funciones. A este respecto, cuenta con sus propios recursos y con la facultad de gestionarlos por sí mismo.

En cuanto a su capital social, es importante destacar que la participación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha no podrá ser menor del cincuenta y uno por ciento, pudiendo participar en el resto del capital otros organismos, empresas o Administraciones, tal y como se regula en el la Ley *–artículo 6-*.

También se regula la posibilidad de avales y créditos *–artículo 9-* por parte de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha al Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha, siempre y cuando se cuente con previa autorización del Consejo de Gobierno, dentro de los límites dispuestos por los Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Finalmente, cierran la Ley sus dos Disposiciones Finales, en las que se prevé: un plazo de dos meses para la constitución del "Instituto de Promoción Turística de Castilla-La Mancha, S.A." y la aprobación de sus estatutos; y la entrada en vigor de la presente Ley.

11.- Ley 16/2.005, de 29 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005).

El "*impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente y del tipo autonómico del impuesto sobre las ventas mino-*

ristas de determinados hidrocarburos" regulado por esta Ley se concibe como una política de protección del medio ambiente que establece una medida económica relacionada con los costes de las actividades contaminantes. Esta medida consiste en introducir un elemento disuasorio en las actividades contaminantes, al aumentar considerablemente su costo.

La Ley se compone de dieciséis preceptos, estructurados en dos Capítulos, seguidos de una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria, y dos Disposiciones Finales.

El ***Capítulo I –Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente-***, se divide a su vez en dos secciones:

En la ***Sección Primera –Disposiciones Generales-,*** se contempla en primer lugar el objeto y finalidad del impuesto regulado, estableciendo en su *artículo 1* que: *"El impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente es un tributo propio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que grava la contaminación y los riesgos que sobre el medio ambiente ocasiona la realización de determinadas actividades, con el fin de contribuir a compensar a la sociedad el coste que soporta y a frenar el deterioro del entorno natural"*. Añadiendo además que el rendimiento económico recaudado por este impuesto será destinado a la conservación y mejora del medio ambiente.

Constituirán el hecho imponible de este impuesto, tal y como determina en la Ley *–artículo 2-*, la contaminación y los riesgos ocasionados en el medio ambiente por el desarrollo de determinadas actividades, especificadas en el citado precepto.

Además, se incluye en esta Sección Primera todo lo relativo a la determinación de la base imponible del impuesto, la cuota íntegra y los distintos tipos de gravamen, las deducciones de la cuota, así como el periodo impositivo y el devengo.

La ***Sección Segunda –Normas de gestión para la aplicación del Impuesto-,*** regula cuestiones como: liquidación y pago del impuesto; las devoluciones; recaudación e inspección; infracciones y sanciones; y

revisiones. En cuanto a la liquidación y al pago, la Ley establece que por cada instalación en que se realicen actividades gravadas, los sujetos están obligados a declararlas y hacer su liquidación, debiendo ingresar el importe correspondiente en el mes de enero de cada mes natural. En cuanto a la *gestión, recaudación e inspección del impuesto*, la Ley *–artículo 13-* estipula que son competencia de la Consejería de Economía y Hacienda. Finalmente, en lo que respecta a *infracciones y sanciones –artículo 14-*, la Ley establece que: *"(…) serán calificadas y sancionadas de conformidad con lo previsto en la Ley General Tributaria".*

El ***Capítulo II –Impuesto sobre las Ventas Minoristas de determinados Hidrocarburos-***, consta de un solo precepto *–artículo 16-*, en el que se determina el tipo de gravamen autonómico en el impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos y la afectación del rendimiento del impuesto.

La ley se completa con las Disposiciones Transitoria, Derogatoria, y Finales, que la cierran.

12.-Ley 17/2.005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos (BOCCM núm. 126, de 28 de diciembre de 2.005).

A través de esta Ley se pretende hacer una regulación sistematizada de las medidas en tributos cedidos por el Estado, adoptadas por la Comunidad Autónoma en ejercicio de su capacidad normativa, en virtud de la Ley 26/2.002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de la Ley 21/2.001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

La presente Ley consta de veinte preceptos estructurados en tres Capítulos, seguidos de una Disposición Adicional, una Disposición Transitoria, una Disposición Derogatoria y dos Disposiciones finales.

El ***Capítulo I –Del objeto y contenido de la Ley-,*** se limita a especificar el objeto de la Ley, siendo éste: *"(…) regular y sistematizarlas*

medidas tributarias adoptadas en ejercicio de las competencias normativas atribuidas a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (…)".

El ***Capítulo II –Normas sustantivas sobre tributos cedidos-,*** se divide a su vez en cuatro secciones:

La ***Sección Primera –Impuesto sobre la Renta de las Personas Física-,*** regula los distintos tipos de deducción al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A este respecto, se prevén las deducciones: por nacimiento o adopción de hijos, por discapacidad del contribuyente, de ascendientes o descendientes y por donaciones realizadas al Fondo Castellano-Manchego de Cooperación.

La ***Sección Segunda –Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones-,*** hace referencia en primer lugar a las reducciones. En cuanto a éstas, distingue a su vez dos supuestos claramente diferenciados: la *reducción en transmisiones "mortis causa" de una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades –artículo 7-,* y la *reducción por adquisiciones lucrativas de explotaciones agrarias –artículo 8-.* En segundo lugar se hace referencia igualmente a las deducciones al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, regulándose a este respecto las *deducciones de la cuota por grupos de parentesco y discapacidad del sujeto pasivo en transmisiones "mortis causa" –artículo 9-.*

La ***Sección Tercera –Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados-,*** regula los tipos aplicables a este impuesto, distinguiendo entre: *tipos aplicables a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas –artículo 10-,* estableciendo la aplicación de un gravamen del 7 por 100; y *tipos aplicables a la modalidad de actos jurídicos documentados –artículo 11-,* fijando un tipo de gravamen del 0.5 por 100*.* Además, también se recoge la posibilidad de aplicar deducciones para el caso de *deducciones en transmisiones onerosas de explotaciones agrarias –artículo 13-.*

En la ***Sección Cuarta –Tributos sobre el Juego-,*** se recogen los tipos de gravamen, las cuotas fijas y el devengo en los impuestos aplicables al juego en Castilla-La Mancha.

En el ***Capítulo III –Normas para la aplicación de los tributos cedidos-,*** se recogen normas de aplicación genérica a los tributos cedidos, referentes a plazos, procedimientos o al empleo de medios para facilitar el desarrollo de estos tributos.

Por último, completan la Ley, varias Disposiciones. Tal y como se establece en su Disposición Derogatoria, con esta Ley quedarán derogadas la Ley 21/2.002, de 14 de noviembre, de medidas fiscales de apoyo a la familia y a determinados sectores económicos y de gestión tributaria, y la Ley 15/2.003, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Además, la Disposición Final Primera, prevé que la Ley de Presupuestos Generales de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, podrá modificar los tipos de gravamen y las tarifas establecidos en la presente Ley.

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL INCOADO A INSTANCIA DE D. X, A CONSECUENCIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS IRROGADOS A SU MADRE Dª Y CON OCASIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA DISPENSADA POR EL SERVICIO DE SALUD DE CASTILLA-LA MANCHA (SESCAM)

Resulta de los **ANTECEDENTES**

Primero.- Por escrito de fecha 16 de marzo de 2004, D. X presentó reclamación de responsabilidad patrimonial, solicitando que se declare la relación de causalidad entre los perjuicios producidos a la paciente fallecida Dª Y, madre del reclamante, por la omisión del consentimiento informado por escrito de forma previa al cateterismo cardiaco practicado en el Hospital de T, y la procedencia de fijar una indemnización de 90.000 euros, más los intereses de demora que se produzcan desde la fecha de la interposición de la reclamación.

El interesado en su reclamación manifiesta que su madre acudió al Servicio de Urgencias del Hospital de C y a las 48 horas del ingreso presentó una angina de 35', razón por la cual desde la UVI de este hospital se programó con el Hospital de T, la realización de la prueba de "cateterismo cardiaco" para el día 14 de agosto de 2003.

Según el reclamante, la prueba de "cateterismo cardiaco" se efectuó sin que por la paciente se hubiera prestado el previo consentimiento informado, omisión que, a su juicio, constituye un incumplimiento de la *"lex artis ad hoc"*, revelador del funcionamiento anormal del servicio sanitario, el cual ha causado un daño resarcible por la vía indemnizatoria, máxime cuando se ha producido el fallecimiento de la paciente que se sometió a la misma.

Para acreditar los hechos que describe, adjunta la siguiente documentación: fotocopia del informe médico emitido por el Hospital Provincial de T y fotocopias de los escritos de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario de C y del Servicio de Cardiología del Hospital de T,

documentación a la que se remite como elemento probatorio, junto con cuantos otros documentos e informes se encuentren incorporados en la historia clínica de la paciente Dª Y.

El reclamante fundamenta su legitimación en su condición de descendiente directo legítimo de la persona que ha padecido el perjuicio cuya indemnización se reclama. En cuanto a la relación de causalidad estima que deviene de la realización del cateterismo cardiaco, que es un procedimiento terapéutico invasor, sin el previo consentimiento informado por escrito exigido en el apartado segundo del artículo 8 de la Ley 41/2.002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Segundo.- A la vista de la solicitud presentada, el Coordinador Provincial de la Oficina Provincial de Prestaciones del SESCAM comunicó al interesado, por escrito de fecha 12 de mayo de 2004, la identidad y el puesto del funcionario del Área de Inspección y Evaluación Sanitaria que se haría cargo de la instrucción del expediente, que se sustanciaría según lo prevenido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, poniendo en su conocimiento igualmente el plazo máximo para resolver y los efectos desestimatorios que derivarían de la falta de resolución del mismo.

Tercero.- Además de la documentación presentada por el reclamante, se incorpora al expediente la historia clínica recabada desde la Inspección de Servicios Sanitarios, entre los que figuran los siguientes informes:

- Un informe de coronariografía realizado por el hemodinamista Dr. P, del Complejo Hospitalario de T respecto del cateterismo realizado a la paciente el día 14 de agosto de 2003, en el que se contiene un resumen de su historia clínica donde se dice lo siguiente:

"Factores de riesgo: HIPERCOLESTEROLEMIA, HIPERTENSIÓN.

Paciente de 70 años. Ingresa por cuadro de dolor torácico compatible con IAM sin Q, con lesión subendocárdica anterolateral e inferior en

ECG y R>S en V2, con elevación enzimática (cTnI 7,9). Episodio de angor postinfarto. FSVI conservadora por ecocardiagrama".

En el informe también se describe la técnica empleada para realizar el cateterismo, y se contiene un informe del mismo, de ventriculografía y de coronariografías, finalizando con la siguiente conclusión: *"ATEROSCLEROSIS CORONARIA: OCLUSIÓN COMPLETA DE CX PROXIMAL, ENFERMEDAD SEVERA DE CD MEDIA Y SEGUNDA DIAGONAL, FUNCIÓN SISTÓLICA DE VI DEPRIMIDA. INSUFICIENCIA MITRAL MODERADA-SEVERA A SEVERA",* añadiendo como nota que *"Aunque las lesiones son abordables desde el pv percutaneo, la situación clínica de la paciente (ICI pre-EAP, con PTDVI muy elevadas y disfunción sistólica de VI), desaconsejan su realización en el mismo procedimiento"*

- Un informe médico emitido por el Dr. C, adscrito al Servicio de Medicina Interna del Hospital Provincial de T, en el que después de describir los antecedentes de la paciente, se efectúa el siguiente diagnóstico clínico:

"SÍNDROME CORONARIO AGUDO SIN ELEVACIÓN DEL SEGMENTO ST.
INFARTO DE MIOCARDIO.
ANGINA POSTINFARTO INESTABLE.
DISFUNCIÓN SISTÓLICA DE VI.
ENFERMEDAD DE 3 VASOS PENDIENTE DE REVASCULARIZACION.
INSUFICIENCIA CARDÍACA EDEMA PULMONAR EN PARTE POR INSUF MITRAL SEVERA FUNCIONAL ISQUEMICA
HEMATOMA RETROPERITONEAL
SHOCK HIPOVOLEMICO-CARDIOGENICO
INFARTO MIOCARDIO ANTEROLATERAL SECUNDARIO
FALLO MULTIORGANICO SECUNDARIO A SHOCK CARDIOGENICO
INSUFICIENCIA RESPIRATORIA
FALLO RENAL ANURICO
COAGULOPATIA
ASISTOLA
EXITUS"

- Un informe de alta del Dr. W, del Servicio de Medicina Intensiva, del Complejo Hospitalario de C, en que figura que la paciente ingresó el día 10 de agosto de 2003 al presentar un dolor torácico anterior, señalando que a la paciente *"el día 10/8/03, hacia las 05:00 h. le despertó dolor retroestoernal intenso, asociado a nudo en garganta, irradiado a región interescapular y adormecimiento de ambos brazos, con sudoración ligera y diseña y duración aproximada de 6 horas. Dos horas más tarde, hacia las 13:00 h, se repite el cuadro, pero de mayor intensidad. 4 días antes del ingreso, vino presentando en reposo 4-5 episodios al día de dolor similar al descrito, pero de 1-2 horas de duración. [...] A su ingreso se inició tratamiento con doble antiagregación y anticoagulación con HBPM, asociado a antagonistas de calcio, CPK pico de 820 en MB 106, troiponima I 7.9 A las 48 h de ingreso episodio de angina de 35', acompañado de los mismos cambios ECG que al ingreso, la CPK, no se ha elevado, pero la Troponina I ha relevado valores. [] Puestos en contacto con el Servicio de Hemodinámica del Hospital de T, queda la paciente citada para el día 14/8/2003, para el estudio coronariográfico a las 12:00 h".*

El día 14 de agosto de 2003 se le da el alta, sin que conste en dicho informe las circunstancias en las que se realizó el traslado a T.

Cuarto.- En el escrito que el Dr. M, adscrito al Servicio de Cardiología del Hospital de T, adjuntado por el interesado, se dice que *"revisada la historia de la paciente Dª Y no existe en la misma copia del documento de consentimiento informado"*. A la vista de este escrito, el Director Gerente del Complejo Hospitalario de C comunica a D. X la inexistencia de dicho consentimiento por escrito, si bien se afirma que *"No obstante y como es lógico, se informó verbal y exhaustivamente a los familiares de la petición del cateterismo, así como de los motivos de su realización",* añadiendo que *"El paciente y sus familiares siempre conocen los procedimientos que se van a realizar, firman el consentimiento informado al médico de la UVI móvil para su transporte y la familia se desplaza con ellos al hospital de T, siendo difícil suponer que no saben a dónde van y para qué".*

Quinto.- Consta también en el expediente un escrito de fecha 27 de julio de 2004, remitido por D. J, adscrito al Servicio de Medicina

Intensiva del Hospital de C, al Director Gerente, referente a la falta de consentimiento informado de la paciente, en el que manifiesta que el Dr. D. M nunca debió realizar la Angiografía Coronaria sin el consentimiento informado y dicho consentimiento informado debe realizarlo el médico que va a realizar la intervención, nunca el Servicio de Medicina Intensiva que dirige, ya que sólo el hemodinamista encargado de efectuar el cateterismo conoce el porcentaje real de sus complicaciones.

Sexto.- A la vista de la documentación que obraba en el expediente, el Subinspector de los Servicios Sanitarios del SESCAM emitió informe con fecha 25 de enero de 2005, en el que tras expresar los antecedentes del caso, y realizar un juicio crítico de lo que es un cateterismo cardiaco, para qué se realiza y cómo se efectúa, añade que el cateterismo puede producir molestias leves en la zona de punción e incluso aparecer un hematoma que se reabsorberá casi siempre espontáneamente, añadiendo que más raras son otras complicaciones (menos del 1 por 100), tales como *"reacciones alérgicas, arritmias, hemorragias que precise transfusión, perforación cardiaca por taponamiento, neumotorax, trombosis de vía de acceso insuficiencia cardiaca, accidente cerebro-vascular, convulsiones e infarto de miocardio [...] o más raramente ser causa de fallecimiento (1-2 por 1.000)"*, formulando finalmente las siguientes consideraciones:

Que los facultativos especialistas tanto del Complejo Hospitalario de C, como de T obraron correctamente desde el punto de vista médico, conforme a los protocolos vigentes y la praxis médica habitual.

Que ni el facultativo de la UCI del Complejo Hospitalario de C ni el especialista que realizó la prueba reconocen la existencia del consentimiento informado a la paciente o de haber informado a la paciente o a sus familiares de forma verbal o escrita, correspondiendo esta obligación al médico que practicó la coronariografía.

Que los pacientes tienen derecho a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, en términos comprensibles, sobre el proceso, información sobre posibles complicaciones, no existiendo un modelo normalizado de consentimiento informado en el Complejo Hospitalario de C ni en el de T.

Que si bien no puede dudarse que el especialista que realiza la prueba ha cumplido el núcleo de su deber prestacional, sin embargo, no ha acreditado la existencia de información adecuada proporcionada por él, a la madre del reclamante o a sus familiares.

En base a todo lo anterior, concluye que en este caso se puede entender acreditada la posible existencia de relación de causalidad como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario.

Séptimo.- En el expediente también consta un escrito de la compañía de seguros "Z" en el que manifiesta que, *"se comprueba que ha existido una falta de información a la familia de la intervención quirúrgica, derivando de dicha falta de información únicamente un daño moral",* el cual, a su juicio, se encuentra excluido de la cobertura del seguro. Igualmente figura un acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil en el que se considera que no procede acceder a la solicitud del reclamante.

Octavo.- Para continuar el procedimiento, por escrito del Subinspector de los Servicios Sanitarios, se notificó al reclamante la apertura del trámite de audiencia durante un plazo de diez días, dentro del que podían consultar el expediente y formular alegaciones, constando la realización de alegaciones al respecto por el representante legal del reclamante con fecha 29 de julio de 2005, en las que expone que de los documentos obrantes en el expediente ha quedado acreditado que la prueba de *"cateterismo cardiaco"* realizado a la paciente, de 70 años de edad, implicaba una actuación terapéutica invasora en el ámbito de la salud, que precisaba del previo consentimiento informado al ser una prueba no exenta de complicaciones y que dicha paciente falleció dos días después de serle realizada. Semejante actuación, añade, *"ha supuesto una infracción de la lex artis ad hoc, que implica la existencia de una relación de causalidad como consecuencia del perjuicio causado a dicha paciente y el funcionamiento del servicio público sanitario y que es causa de indemnización"*. Por ello solicita que se dicte resolución por la que se declare la existencia de relación de causalidad entre el daño causado y la atención prestada por los servicios públicos de salud, y la procedencia de indemnizar en la cantidad de 90.000 euros, más los intereses de demora desde la fecha de la interposición de la reclamación.

Noveno.- A la vista de lo actuado se formuló, por el Secretario General del SESCAM, propuesta de resolución con fecha 7 de diciembre 2005, en sentido desestimatorio a la reclamación planteada.

La referida propuesta, tras reseñar los antecedentes, exponía en los fundamentos jurídicos que la paciente fue informada de la realización de la intervención y de la necesidad del traslado al no poder realizarse la prueba en el centro donde estaba ingresada, así como que el cateterismo se realizó adecuadamente y sin complicaciones postoperatorias inmediatas, siendo en un momento posterior cuando se evidenció el hematoma inguinal, sin que haya quedado probado que fuera una consecuencia directa del cateterismo, habiéndose producido el fallecimiento de la paciente como consecuencia del desarrollo de su propia patología.

Décimo.- Del expediente hasta aquí tramitado se dio traslado al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, quién informó desfavorablemente la reclamación por no existir relación de causalidad entre el cateterismo realizado y el fallecimiento de la paciente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 13 de febrero de 2006.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Conforme a lo dispuesto en el artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, este último deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuantía superior a seiscientos un euros.

Por su parte, el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de

las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, dispone que, concluida la instrucción del procedimiento, *"el instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo, o en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma".*

En el presente caso, la reclamación presentada asciende a la cantidad de 90.000 euros, por lo que procede la emisión del presente informe con carácter preceptivo.

II

Las normas aplicables a los procedimientos tramitados como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas a la Administración se encuentran en el citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, disposición mediante la que se produjo el desarrollo reglamentario expresamente previsto en el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Según determina el artículo 6 del referido Real Decreto, cuando el procedimiento se inicie a instancia del interesado, como en el supuesto que nos ocupa, la reclamación se dirigirá al órgano competente y deberá contener todos los requisitos que relaciona el artículo 70 de la Ley 30/1992, entre los que figuran los datos personales del peticionario y, en su caso, los de la persona que lo represente, así como los hechos, su lugar y fecha, razones y términos en que se concrete la petición con toda claridad, teniendo en cuenta que *"se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuese posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante"*. A tal efecto, aun cuando el reclamante no fundamenta las razones por las que solicita 90.000 euros, sí dice que lo hace por la omisión del previo consentimiento informado por escrito y que la reclamación la efectúa en su condición de descendiente directo de la persona que ha padecido el perjuicio, cumpliendo de esta forma los requisitos antes expresados.

Consta que posteriormente la Administración instructora comunicó a la parte reclamante la designación del Subinspector Enfermero encargado de la instrucción del procedimiento, informándole al mismo tiempo del plazo normativamente establecido para la resolución y notificación del procedimiento y de los efectos del silencio administrativo que eventualmente pudiera producirse, dándose con ello cumplimiento a lo previsto en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Durante la fase instructora consta que ha sido recabada la información oportuna a efectos de verificar la forma y modo en que acontecieron los hechos, habiendo sido incorporada al expediente la historia clínica de la paciente obrante en el Complejo Hospitalario de C, el informe de coronariografía efectuado en el Hospital de T, los informes relativos a la prestación del consentimiento informado por la paciente, así como el informe médico del Dr. C, del Hospital Provincial de T. Con posterioridad fue incorporado al expediente el informe emitido por el Subinspector de los Servicios Sanitarios, basado en la información que obraba en el expediente, documentos que sirven conjuntamente al cumplimiento del trámite aludido en el artículo 10 del tan citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se establece: *"*[...] *el órgano competente para la instrucción del procedimiento podrá solicitar cuantos informes estime necesarios para resolver. En todo caso, se solicitará informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable*."

También obra en el expediente un escrito de "Z" mediante el que se comunica al SESCAM la exclusión de la cobertura de este siniestro, en aplicación de lo dispuesto en la Cláusula 3.3.10 de la póliza de responsabilidad civil, puesto que *"Del contenido de los diferentes Informes incorporados al Expediente, se pone de manifiesto que la actuación de los profesionales tanto del Hospital de C como del Hospital de T, se adecuó a la buena praxis médica.[] Sin embargo, se comprueba que ha existido una falta de información a la familia de la intervención quirúrgica, derivando de dicha falta de información únicamente un daño moral".* El razonamiento que expresa la Compañía, a tenor de los datos incorporados al expediente (en donde no figura la póliza de seguros) no puede tenerse por fundamentada, si bien no se hará objeto de consideración esta cuestión en el dictamen, puesto que el Consejo no ha sido requerido para ello.

Posteriormente fue notificada a la parte reclamante la apertura del trámite de audiencia sin la indicación de la relación de documentos obrantes en el expediente, tal y como exige el artículo 11, apartado 1, párrafo segundo, del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. No obstante la ausencia de tal relación, no ha supuesto ningún tipo de indefensión al interesado, toda vez que ha quedado acreditado en el expediente, con la diligencia extendida por un funcionario del SESCAM, que el día 28 de julio de 2005 el reclamante se personó en dependencias de la Inspección Médica y tras consultar el expediente le fue entregada una copia de todos los folios del mismo. Con fecha 29 de junio de 2005, D. S, actuando en representación de D. X, presentó alegaciones.

Finalmente, una vez redactada la correspondiente propuesta de resolución, se ha recabado el dictamen del Gabinete Jurídico de la Administración Regional, emitido por el Letrado Coordinador del SESCAM, que viene a dar cumplimiento a la exigencia de informe plasmada en el artículo 11.h) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre.

Prosigue el procedimiento con la remisión del expediente, debidamente foliado y ordenado, a este órgano consultivo para la emisión del dictamen que preceptúan los artículos 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre y 12.1 del Real Decreto 429/1993, aludidos en la consideración primera.

Señalado todo lo anterior, cabe concluir afirmando que no se aprecian en el conjunto de actuaciones analizadas irregularidades esenciales de las que puedan derivarse efectos invalidantes para lo actuado, por lo que procede pasar a examinar las cuestiones de fondo suscitadas por el expediente sin formular ninguna objeción formal de carácter esencial.

III

La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional, con reflejo en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución, el último de los cuales establece que *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley,*

tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

Los presupuestos caracterizadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración tienen su principal formulación legal en los apartados 1 y 2 del artículo 139 y 1 del 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que se establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; que, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; y que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

A partir de las notas legales antedichas, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina, según la cual *"los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable; segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento, acto administrativo, legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); por último, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley."* –Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2004 (Ar. JUR 2004\83545, FJ 2º) o, en parecidos términos, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1989 (Ar. RJ 1989\1986, FJ 3º)-. A la relación de requisitos precitados cabría agregar también, como elemento de singular significación para

apreciar la referida responsabilidad patrimonial, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido.

El sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a nuestras Administraciones Públicas ha sido calificado por la doctrina como de carácter objetivo. Este rasgo ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia señalando que *"al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado [hoy, 139 de la Ley 30/1992], pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad"* -Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 (Ar. RJ 1998\6836) o de 28 de noviembre de 1.998 (Ar. RJ 1998\9967)-.

Ahora bien, aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia como un supuesto de responsabilidad objetiva, ésta también nos señala que ello no convierte a la Administración en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas o que tengan lugar con ocasión de la utilización de los servicios, sino que es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla.

Así mismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendida ésta como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar. Dicho deber existe cuando la medida impuesta por la Administración constituye una carga general que todos los administrados afectados por su esfera de actuación están obligados a cumplir, y puede venir determinado por la concurrencia de una concreta imposición legal o

por otros factores vinculados ordinariamente a la propia situación o actitud del perjudicado, con incidencia sobre la entidad del riesgo generado por el actuar de la Administración.

La carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada, de los daños producidos y de su evaluación económica. Es ésta una formulación enunciada sistemáticamente por nuestra jurisprudencia, que encuentra ahora su principal apoyo en los artículos 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que viene a recoger las reglas del *"onus probandi"* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que la opone; todo ello, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada Ley 30/1992, 26 de noviembre, y que se extiende a sus órganos, autoridades y funcionarios. De otro lado, recae sobre la Administración imputada la carga de la prueba cuando ésta verse sobre la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción –v. gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (Ar. RJ 1999\4440) y de 21 de marzo de 2000 (Ar. RJ 2000\4049)-.

También debe de ser objeto de consideración el tiempo que haya mediado entre la producción del evento lesivo y el ejercicio de la acción tendente a su reparación, pues conforme a lo dispuesto en los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación o estabilización de sus efectos lesivos.

El análisis de la relación de causalidad existente entre el actuar administrativo y los efectos lesivos producidos aparece de ordinario como elemento esencial en el examen de los procedimientos seguidos en mate-

ria de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ante la falta de referencias legales respecto de sus notas caracterizadoras, se dispone de una amplía creación jurisprudencial al respecto, que vino tradicionalmente considerando como rasgos definitorios de dicho vínculo teleológico su carácter directo, su inmediatez y su exclusividad respecto de los perjuicios generadores de la reclamación –así, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ar. RJ 1987\426) o de 4 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994\4783)-. Sin embargo, dicha tendencia doctrinal ha sido matizada y corregida, admitiéndose también formas de producción mediatas, indirectas y concurrentes que plantean la posibilidad de una moderación de la responsabilidad cuando intervengan otras causas, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de fijar la indemnización –Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (Ar. RJ 2001\10061), de 15 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000\6255) o de 4 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999\4911)-. Este planteamiento conduce en cada supuesto al examen de las circunstancias concretas concurrentes y a la búsqueda de referentes en la abundante casuística que ofrece la jurisprudencia existente.

Finalmente, la intervención de este Consejo Consultivo en los procedimientos seguidos como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial debe centrarse esencialmente en el examen de los elementos aludidos en el artículo 12.2. del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se dispone: *"Se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización..."*

IV

Respecto a legitimación y plazo en el que se ejercita la reclamación procede decir que la legitimación activa deviene de la relación filial del reclamante con la fallecida a quien se realizó el cateterismo cardiaco sin consentimiento informado.

Concurre la legitimación pasiva puesto que la titularidad de los centros hospitalarios en que se prestó el servicio público corresponde a la Administración Autonómica.

Por lo que al plazo de ejercicio de la acción se refiere, los artículos 142.5 de la Ley 30/1992 y 4.2 del Real Decreto 429/1993 establecen que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. La reclamación está efectuada en plazo puesto que el fallecimiento de la paciente se produjo el día 16 de agosto de 2003 y la reclamación fue presentada el 13 de abril de 2004, es decir, dentro del plazo de un año exigido en las normas citadas.

V

El objeto principal del dictamen del Consejo Consultivo en los expedientes de responsabilidad patrimonial versa sobre la relación de causalidad entre el funcionamiento de un servicio público, sus concretos actos u omisiones, y los daños cuyo resarcimiento se pretende por los reclamantes.

En los procedimientos iniciados a solicitud de parte interesada el examen de esa relación de causalidad ha de venir facilitado por el planteamiento que el propio reclamante haga, pues le corresponde identificar el acto u omisión del servicio público al que se imputa la causación de los daños que se reclaman, mostrar la efectividad de éstos y su evaluación económica, y también acreditar la relación causal (directa, inmediata, exclusiva, con las matizaciones que al respecto viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo) entre uno y otros.

En el presente caso la reclamación se ha tramitado mediante intervención de Letrado, de modo que ha de suponerse que el reclamante ha contado con el asesoramiento necesario para ejercitar sus derechos y cumplir las exigencias que el procedimiento reconoce y le impone al efecto de ver satisfecha la solicitud que insta de la Administración que ha de resolverla.

La forma en que se ha planteado la reclamación con una ambigüedad extrema, obliga a esta consideración previa al examen de la relación casual.

Tanto el escrito inicial de reclamación como las alegaciones realizadas en el trámite de audiencia, sitúan como clave de la procedencia de

la misma la omisión del consentimiento informado. Se considera, con razón, que esta omisión manifiesta un funcionamiento anormal del servicio público sanitario (fundamento de derecho cuarto del escrito inicial de reclamación), y añade que *"nunca debió hacerse el cateterismo sin el correspondiente consentimiento informado"* (alegación tercera en el trámite de audiencia) dado *"que la citada prueba no está exenta de complicaciones que pueden llegar a ser graves.... e incluso ser causa de fallecimiento"* (alegación segunda en el trámite de audiencia).

En ninguno de los dos escritos se hace consideración alguna sobre la intervención sanitaria en sentido estricto. Dicho de otro modo, el reclamante no entra a valorar la corrección o incorrección de la *lex artis* material, cuestión que parece estimar irrelevante. Es más ni siquiera hace objeto de cuestión si la realización del cateterismo fue la causa de la muerte; viene a darla por obvia, como si la materialización de los riesgos que implicaba (y que son la base de la exigencia del consentimiento informado por escrito) no fuera sino resultado evidente y cuasi inexcusable. Es por ello que sus afirmaciones sobre la relación de causalidad van desprovistas de cualquier pretensión de mostrar el enlace material del cateterismo con el resultado de muerte, limitándose a describir una secuencia cronológica: falleció la paciente a los dos días de practicársele; de ahí concluye: *"concurre en el presente caso el presupuesto básico de relación causal, habida cuenta que, como consta acreditado, se le practicó a la paciente una actuación médica "prueba de cateterismo cardiaco..."* (Fundamento de Derecho cuarto del escrito inicial, obra al folio 5).

En su solicitud insta: *"Que se declare la existencia de relación de causalidad entre los perjuicios causados a la paciente fallecida... madre del compareciente, por la omisión del exigido y necesario consentimiento informado"*; declaración que juzga tan evidente que pide *"la suspensión del procedimiento general y la anunciación del procedimiento abreviado";* procedimiento que a tenor del artículo 14 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial puede acordarse cuando *"el órgano instructor entienda que son inequívocas la relación de causalidad, la valoración del daño, y el cálculo de la cuantía de la indemnización".*

En la alegación quinta en el mismo trámite de audiencia añade: *"semejante actuación por parte de los servicios médicos hospitalarios ha supuesto una infracción a la lex artis ad hoc, y que* ***implica*** *la existencia de una relación de causalidad como consecuencia* [-sic-] *de perjuicio causado a dicha paciente y el funcionamiento del servicio público sanitario y que es causa de indemnización"* (obra al folio 122) (El subrayado y el -sic- del Consejo).

Tampoco en ningún momento el reclamante hace cuestión alguna de si la realización del cateterismo era la actuación médica adecuada a la situación de la paciente, y si era objetivamente necesaria e incluso exigible o no desde un punto de vista estrictamente médico para atender a su dolencia. Ha de explicitar el Consejo que el reclamante, asesorado por letrado, tampoco dice nunca que el cateterismo fuera inadecuado o que fuera mal realizado, sino tan sólo -¡y no es lo mismo!- que *"nunca debió hacerse... sin el correspondiente consentimiento informado"*; distinción que como después se analizará, no resulta del todo indiferente para el pronunciamiento sobre la procedencia de la reclamación.

Identificada la falta de consentimiento informado como actuación administrativa anormal a la que se anuda la reclamación, el reclamante identifica el daño, cuyo resarcimiento se pretende, con el resultado de muerte de la paciente; derivando su legitimación para reclamar de su *"condición de descendiente directo de la persona que ha padecido el perjuicio cuya indemnización se reclama",* no se reclama pues por un daño sufrido personalmente por el reclamante. La cuantía en la que se cifra el perjuicio es de *"90.000 euros más los intereses de demora desde la fecha de la interposición de la reclamación"*.

Procede señalar aquí que no se invoca por el reclamante la existencia de un daño moral autónomo derivado de la falta de consentimiento informado; mas existiendo daños morales por regla general anexos a todo fallecimiento, puede entender este Consejo que en esa cuantificación se incluye la indemnización de los mismos.

En conclusión: la forma en que articula su pretensión el reclamante supone como válido el siguiente criterio: la indebida omisión del

consentimiento informado se convierte por sí sola en causa bastante exclusiva y directa de todo daño que se produzca en la salud del paciente. Este criterio (implícito pero omnipresente en todas las manifestaciones de la solicitud y de las alegaciones en trámite de audiencia, que explica en parte las carencias de argumentación en la defensa del interés que se reclama) viene desprovisto de cualquier fundamento jurídico, no se cita precepto legal ni criterio jurisprudencial alguno.

No obstante este Consejo, en ejercicio de su objetividad habrá de ponderar cuantos fundamentos, a su entender, proceda aplicar al caso dado el resultado de muerte, que resulta encuadrable en los supuestos en que se ha omitido el consentimiento informado y han concurrido (causalmente o no, y sin infracción de la *lex artis* material) daños personales en el paciente, cuyo consentimiento (o de sus familiares) debió reclamarse con carácter previo a la intervención médica en sentido estricto.

En las reclamaciones a las que pueden dar lugar esos supuestos, con independencia de que se trate de una única reclamación, un único procedimiento y una sola resolución que le dé fin motivadamente, el examen de la relación de causalidad puede iniciarse distinguiendo, al menos a efectos dialécticos y aclarativos del pronunciamiento sobre la indemnizabilidad y cuantificación de los daños reclamados, dos procesos causales; uno, el que se vincula a la actuación pública de información al paciente, y, en concreto a la falta de consentimiento informado; y otro el que se vincula a la intervención sanitaria, en sentido estricto; en ambos procesos hay en su origen una actividad imputable al servicio público sanitario, pero la naturaleza del servicio público que se presta es muy distinta por la función que cumple, por su relación causal con la salud del paciente, y por su incidencia en la configuración de los daños indemnizables.

En el primero, se trata de atender, como más tarde se expresará con mayor extensión, al derecho del paciente a ejercer libremente sus propias opciones; en el segundo, se pretende atender a su derecho a la protección de la salud. Ambas actuaciones del servicio público sanitario pueden ser valoradas a tenor de la *lex artis* (la primera como *lex artis* formal, la segunda como *lex artis* material), y por tanto son susceptibles una y otra de ser calificadas como funcionamiento normal o anormal; pero va de suyo

que por muy evidente que sea la infracción del deber de informar, en los casos de omisión del consentimiento informado, ésta no constituye causa material de los eventuales daños que pueda experimentar en su salud el paciente; éstos sólo pueden atribuirse (salvo casos excepcionales que pudieran afectar a la salud mental) causalmente al acto médico en sentido estricto, pero no a la omisión de consentimiento informado, con independencia de que para la realización de aquél éste hubiera debido obtenerse previamente. Afirmar lo contrario sería tanto como admitir el criterio de que la causa de la causa se convierte automáticamente en la causa del mal causado, prescindiendo por completo no ya de la conveniencia sino incluso de la necesidad extrema de intervención médica en procura de la salud del paciente.

Puede admitirse a priori -aunque no sea fácilmente presumible- que el mal funcionamiento del servicio público, concretado en la omisión del consentimiento informado, puede ser causa para producir daños de diversa naturaleza; si bien normalmente podrán calificarse de *"morales"* y es obvio que en este supuesto el paciente no tiene el deber jurídico de soportar el daño; pero su resarcimiento exigirá, por imperativo legal, que además se acredite esa hipotética relación causal y también que el daño sea efectivo, evaluable económicamente -a pesar incluso de la dificultad de evaluación económica de los daños morales- e individualizado.

En cuanto a los actos sanitarios en estricto sentido es lógico presumir que aunque eviten males mayores pueden ser causa de incidencia dañosa en la salud; tanto más cuanto más avanza la ciencia médica acrecentando, en casos sumamente difíciles, las posibilidades de intervención sanatoria (aunque sin seguridad plena) en la salud de los pacientes e incluso en la salvación de su vida en casos de gravísimas dolencias. Pues bien aun así la indemnizabilidad del daño exigirá la acreditación de la relación causal y también la acreditación de una mala praxis médica en sentido material, pues sólo en este caso resultaría antijurídico el daño.

Lo hasta aquí dicho responde a una interpretación de las normas vigentes y de una amplia jurisprudencia sobre las mismas poco controvertible. Su exposición sólo pretende establecer el método analítico desde el que dar cumplida respuesta a la reclamación planteada en el expediente,

y al criterio en que ésta pretende fundamentarse, que, como queda dicho, partiendo de la omisión del consentimiento informado, independiza el daño por el que se reclama de su relación causal con dicha omisión, no acredita –ni lo intenta- su relación causal con la intervención médica en sentido estricto, y tampoco acredita, -ni lo intenta- la vulneración de la *lex artis* en sentido material, como si ésta quedara viciada en sí misma por la omisión indebida del consentimiento informado.

Entiende este Consejo, por el contrario, que es decisivo para el pronunciamiento favorable a la reclamación, en primer lugar, aunque no sólo, la constatación del incumplimiento de la exigencia legal de consentimiento informado, sino también acreditar la relación causal de la muerte con el acto médico en sentido estricto, y la vulneración de la *lex artis* en éste y/o la naturaleza antijurídica del daño por el que se reclama, es decir, el fallecimiento de la paciente.

VI

El examen del expediente permite afirmar a este Consejo de modo indubitado que no se cumplió con las exigencias legales de obtener el consentimiento informado, a pesar de la concluyente afirmación que se realiza en el fundamento de derecho segundo de la propuesta de resolución: *"La paciente fue informada de la realización de la intervención y de la necesidad del traslado al no poder realizarse la prueba en el centro en el que estaba ingresada tal y como así queda anotado en la historia clínica donde consta que se había programado el cateterismo para el día 14 en T, informándose a la paciente verbalmente de este extremo".*

El erróneo entendimiento sobre la regulación legal del consentimiento informado que tal afirmación implica, obligan a este Consejo a exponer siquiera sucintamente el significado legal y jurisprudencial del consentimiento informado, antes de pasar a mostrar el desconocimiento, e incluso la arbitrariedad en su apreciación, de los datos que obran en el expediente y que llevan a la propuesta de resolución a obviar por completo los razonamientos a los que obliga la evidente falta de un consentimiento informado conforme a las exigencias legales. Motivación exigible máxime cuando nos encontramos ante un resultado de muerte, y cuando

en la secuencia cronológica de los hechos la proximidad entre la realización del cateterismo -que conllevaba incluso un riego de muerte, dada la situación de la paciente- y el desenlace fatal (a los dos días), crea al menos una apariencia de relación causal entre uno y otro.

La creciente importancia del consentimiento informado se aprecia de la evolución de su marco normativo, pues la primera regulación de los artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad de 1986, fue ensanchada inicialmente por las legislaciones autonómicas, y así en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el artículo 4 de la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, sobre Ordenación Sanitaria, en el que se regulan los derechos de los ciudadanos en relación con el Sistema Sanitario de Castilla-La Mancha, establece en la letra k) del apartado 1 el derecho *"A la libre elección entre las opciones que le presente la persona con responsabilidad sanitaria de su caso, siendo preceptivo el previo consentimiento informado y escrito de la persona enferma para la realización de cualquier intervención..."* excepto en los supuestos en que de la no intervención se derive un riesgo para la salud pública, urgencia que no permita demora, manifestación de su deseo de no recibir la información e incapacidad de la persona enferma para tomar decisiones en cuyo caso el consentimiento deberá ser prestado por sus familiares, personas allegadas o representante legal. Finalmente, este derecho fue desarrollado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, norma que tiene el carácter de básica, al objeto de dar cumplimiento a la Recomendación del Consejo de Europa de 13 de febrero de 1997. En los apartados 1, 2 y 3 del artículo 8 de la citada Ley se establece que:

"1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, apli-

cación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos".

Por su parte, en el artículo 4 se dispone que:

"1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias

2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".

En su Fundamento de Derecho cuarto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, Sección 6ª, de 25 de abril de 2005 (Ar. RJ 2005/4448), afirma: *"la doctrina de esta Sala 3ª del TS acerca de este deber de informar al paciente de los riesgos que asume al someterse a un determinado acto sanitario está establecido en términos suficientemente claros"* y añade *"Es posiblemente en la STS de 4 de abril de 2000, de esta Sala 3ª, Sección 6ª, donde de forma más completa ha*

expuesto este Tribunal uno de los aspectos esenciales de esa doctrina sobre el consentimiento informado: la carga de la prueba". A ella cabe remitirse bastando aquí con citar lo siguiente: *"... al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretendía exigirla a la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información."*

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de mayo de 2004 (Ar. JUR 2004,213789) se da una clara idea del sentido que tiene: *"el consentimiento informado, exigencia derivada de la autonomía individual de la persona-paciente y del poder de decisión inherente a la misma, tiene su esencia en que el enfermo, una vez recibida la información suficiente y adecuada, ejerce libremente sus propias opciones, otorgando su consentimiento para la realización de las actividades diagnósticas o terapéuticas oportunas".*

De acuerdo con lo establecido en los preceptos transcritos, con carácter previo a la realización del cateterismo cardiaco se debió haber obtenido el previo consentimiento por escrito de la paciente o, en su caso, de sus familiares más directos, después de haberles informado no sólo de la finalidad del mismo, sino también de los riesgos y de sus consecuencias, a fin de que la paciente o sus familiares adoptasen libremente su decisión al respecto.

En cuanto a quién es la persona sobre la que recae la obligación de informar al paciente, también lo dice la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el médico responsable del paciente le ha de garantizar su derecho a la información; y también serán responsables los profesionales que le atiendan o le apliquen una técnica o procedimiento concreto, que son quienes conocen lo que se va a hacer al paciente, la técnica que se va a emplear y las complicaciones que puede tener.

En el presente caso, la obligación de obtener el consentimiento informado para la práctica del cateterismo recaía sobre el Jefe del Servicio de Cardiología del Hospital de T, debiendo ser él o alguien de su equipo el que tenía que haber dado una información completa a la paciente o a sus familiares.

Aunque en la propuesta de resolución se manifieste que la paciente fue informada con carácter previo de la realización del cateterismo, ésta es una afirmación que en el expediente no tiene fundamento alguno, puesto que el único documento donde se encuentra recogida alguna expresión en este sentido es en un escrito del Dr. M, Jefe del Servicio de Cardiología del Hospital de T (folio 10), donde después de afirmar que en la historia clínica de la paciente no existe copia del documento de consentimiento informado, añade que la misma fue enviada de forma programada desde su hospital de origen *"donde fue informada tanto la paciente como los familiares de las características y complicaciones del cateterismo y se solicitó de forma habitual el consentimiento informado"*, diciendo que existió. Esa afirmación poco puede frente a la contenida en el escrito del Dr. J, adscrito a la UVI del Hospital de C, dirigido al Director Gerente, a tenor de la cual en este caso no se ha obtenido el consentimiento previo de la paciente. Afirmación que completa con una opinión, según la cual el procedimiento a seguir para obtenerlo no es el que describe el Dr. M, toda vez que la información debe ser dada por el médico que va a realizar la prueba, en este caso por el hemodinamista encargado de efectuar el cateterismo, pues él es el que conoce la técnica a realizar y las complicaciones que pueden surgir, teniendo en cuenta los antecedentes clínicos.

Ha obviado pues también el órgano proponente que, en el caso de inexistencia de consentimiento escrito, la prueba recae sobre la Administración y en el expediente no sólo no existe ninguna prueba al respecto, sino que, al contrario, los escritos del Dr. J, de Medicina Intensiva del Hospital de C (folios 14 y 15), y del Dr. M, Jefe del Servicio de Cardiología del Hospital de T (folio 10), -aunque revelen una penosa contradicción en el entendimiento de quién se debió obtener el consentimiento informado- coinciden en la falta del mismo.

No repele a la lógica presumir –como lo hace el Dr. M, si bien en tono afirmativo y no presuntivo- que la paciente y sus familiares sabían que

iba a practicarse una prueba o intervención que exigía su traslado a T, que aceptaron éste y que estaban predispuestos a la otra, pero esto, verosímil, no significa que quede acreditada la existencia de un consentimiento informado sobre el cateterismo en la forma y con el contenido y finalidad que al mismo se le asigna.

VII

Sentada la anterior conclusión procede examinar la posible concurrencia de nexo causal entre la prestación del servicio público sanitario y el daño por el que se reclama, así como la *lex artis* con la que se realizó el diagnóstico y el cateterismo.

Según el informe emitido por el Dr. W, adscrito al FEA Medicina Intensiva en el Complejo Hospitalario de C, la paciente, con antecedentes de hipercolesterolemia, hacia las 5 horas del día 10 de agosto de 2003, se despertó con *"un dolor retroesternal intenso, asociado a nudo en garganta, irradiado a región interescapular y adormecimiento de ambos brazos, con sudoración ligera y disnea y duración aproximada de 6 horas. Dos horas más tarde, hacia las 13:00 h. se repite el cuadro, pero de mayor intensidad. 4 días antes de su ingreso, vino presentando en reposo 4-5 episodios al día de dolor similar al descrito, pero de 1-2 horas de duración".* Ingresada en el Complejo Hospitalario de C *"se inició tratamiento con doble antiagregación y anticoagulación con HBPM, asociado a antagonistas de calcio, CPK pico de 820 cn MB 106, troponina I 7.9. A las 48 h de ingreso episodio de angina de 35', acompañado de los mismos cambios ECG que al ingreso, la CPK, no se ha elevado, pero la Troponini I ha relevado valores"*. Ante esta situación los responsables médicos se pusieron en contacto con el Servicio Hemodinámico del Hospital de T para realizar a la paciente un estudio coronariográfico el día 14 de agosto de 2003, al objeto de analizar la actuación a seguir ante la gravedad clínica de la paciente.

Esa gravedad inicial también ha quedado reflejada en el informe de coronariografía efectuado en el Complejo Hospitalario de T por el Dr. P, en el que se dice que la presión telediastólica de ventrículo izquierdo se encuentra muy elevada, expresándose lo siguiente respecto de la venticu-

lografía *"Ventrículo izquierdo con aquinesia posterobasal y diafragmática. Función sistólica global deprimida. Insuficiencia mitral moderada-severa a severa"*, finalizando con la conclusión que se expresa en el segundo párrafo del antecedente tercero del presente dictamen, lo que confirma la gravedad en la que se encontraba la paciente.

Estas circunstancias hacen pensar a este Consejo que la decisión de practicar el cateterismo cardiaco era la correcta, y que no parece que existiera otra alternativa médica para conocer el verdadero alcance de las lesiones que sufría la paciente y, en consecuencia, poder adoptar las decisiones que en función de los resultados obtenidos se estimasen más convenientes. La omisión de dicha intervención implicaba aceptar pasivamente las consecuencias que para la vida de la paciente derivaban del grave riesgo inmediato que su situación comportaba.

El reclamante en ningún momento alega que la práctica del cateterismo fuera indebidamente prescrita, sino que debió exigirse el consentimiento informado. En consecuencia se tiene por adecuado el criterio médico de realizar el cateterismo.

Procede ahora examinar si tuvo incidencia causal en el resultado de muerte y si se realizó de acuerdo a la *lex artis*.

El reclamante tampoco alega nada a este respecto, a pesar de que ha tenido conocimiento del escrito del Dr. J, médico adscrito al Servicio de Medicina Intensiva del Hospital de C (referido en el antecedente quinto), en el que (aunque sea incidentalmente y sin conocer todo el informe del Dr. C puesto que se afirma que *"faltan hojas"* al folio 14 del expediente) se dice que Dª Y posiblemente falleció de un hematoma retroperitoneal secundario al procedimiento realizado en T. En el informe médico emitido por el Dr. C, médico adscrito a la UCI del Hospital Provincial de T se dice que después de haberle realizado la coronariografía, Dª Y *"Ingresa en Nuestra Unidad para estabilización clínica previa al nuevo tratamiento.* [...] *Ingresa clínicamente asintomática y hemodinámicamente estable".* Posteriormente se le realiza una Ecocardiografía en la que se observa una insuficiencia mitral leve sin afectación anatómica de la misma ni del aparato subvalvular, quedando emplazada para realizar ACTP, y hasta tanto se

realice queda sujeta a vigilancia intensiva con el tratamiento que se estimó adecuado. Se le retiró el introductor de la coronariografía la misma tarde del ingreso y el vendaje compresivo 24 horas más tarde sin incidencias importantes. Como la paciente sentía dolor en la zona inguinal, se la exploró, detectándose un dolor a la presión superficial y hematoma inguinal de proporciones no alarmantes.

En el informe se continúa diciendo que *"48 horas después de la retirada del introductor presentó incremento del dolor en la zona inguinal y fosa iliaca derecha además de dolor en la zona lumbar que se irradiaba hacia arriba con disminución de la tensión arterial que hicieron sospechar que se trataba de un hematoma retroperitoneal. Fue confirmado con la realización de ecografía abdominal que mostraba un hematoma en la zona cercana al punto de punción 1 O x 1 O cm sin líquido intrabdominal pero sin poder valorar la zona retroperitoneal, que por la clínica parecía ser la zona de expansión del hematoma, la hemoglogobina disminuyó bruscamente a menos de 7 gr/dl y presentó alteración de los tiempos de coagulación y trobopernia. No se pudo realizar TAC ni Angiografía de la paciente pues el rápido deterioro que presentó, obligó a tomar medidas terapéuticas agresivas y priorizar en su estabilización y control de la situación, además de que el abordaje quirúrgico del sangrado retroperitoneal estaba descartado. Se revertió la anticoagulación con protamina y transfusión de hemoderivados (plasma, plaquetas y concentrado de hematíes) y se pusieron expansores del plasma así como inotrópicos para mantener la presión sistólica adecuada a la perfusión coronaria necesaria. La paciente presentó dolor precordial y descenso del ST secundario al shock inicialmente hipovolémico a pesar de aportar 4 unidades de plasma, 8 unidades de hematíes y 8 unidades de plaquetas. La isquemia miocárdica inducida conllevó al desarrollo de un infarto de miocardio que se confirmó por ecocardiografía y enzimas cardiacas con pérdida de la cara lateral y apex, empeoramiento de la función sistólica con disminución hasta un EF del 20% y nuevamente insuficiencia mitra1 severa. Se consiguió momentáneamente cierta estabilidad en la homodinámica y en las cifras de hemoglobina pero entró progresivamente en un cuadro de shock cardiogénico severo por el que fue necesario la ventilación mecánica no invasiva y posteriormente invasiva con fi02 de 100%, teniendo una compliancia por debajo de 15 ml/cm H20 y desarrollando presiones elevadas en vía aérea*

por el edema pulmonar. Entró en anuria por lo que se aportaron dosis altas de furosemida, al no ser eficaz y con el fin de hacer balance negativo y mejorar el intercambio gaseoso y disminuir las presiones intratorácicas se inició ultrafiltración con método de depuración extrarrenal venovenoso consiguiendo balance negativo con resultado inicialmente positivo pero que fue posteriormente siendo cada vez más refractario con aporte creciente de inotrópico (dopa debuta y posteriormente adre y noradrenalina). Se monitorizó con catéter en arteria pulmonar que mostró un gasto cardiaco muy disminuido 1 lpm y una PCP de 36 con venosa de 30 mmHg y PAP de 60 mmHg. La paciente fue entrando en una situación de shock cardiogénico refractario que culminó en un fallo multiorgánico y fallecimiento en asitolia a las 23'00 del día 16 de Agosto".

Del relato de las circunstancias en las que se produjo el fallecimiento de Dª Y no queda acreditado de forma fehaciente que la muerte tuviese como causa directa e inmediata la realización del cateterismo, aunque tampoco se pueda descartar que el hematoma retroperitoneal influyese en dicha muerte, pero al no existir una prueba al respecto ni hacerse objeto de cuestión en el procedimiento no se puede concluir que haya de tenerse por acreditada la existencia del necesario nexo causal entre la realización del cateterismo cardiaco y el fallecimiento de la paciente.

En cuanto a la práctica del cateterismo cardiaco de acuerdo a la *lex artis,* de los informes médicos que obran en el expediente se desprende que se ajustó a los criterios médicos establecidos al afecto y así se confirma con el informe del Inspector Médico que obra en el expediente, según el cual *"los especialistas tanto del Complejo Hospitalario de C, como del Complejo Hospitalario de T en donde se realiza la prueba de coronariografía obraron correctamente desde el punto de vista médico, conforme a los protocolos vigentes y la praxis médica habitual, por lo que en este caso resultaba necesario la utilización de la técnica practicada".*

El reclamante, no ha puesto en duda la correcta praxis médica en el acto material de realización del cateterismo, dado que nada alega a este respecto, fundamentando su reclamación únicamente en la falta del consentimiento informado.

De lo expuesto anteriormente cabe concluir afirmando, primero, que el diagnóstico que llevó a la intervención sanitaria practicada fue acertado y que no parece que hubiera alternativa; segundo, que no está acreditada la relación causal del cateterismo con la muerte de la paciente, y tercero, que ésta acreditado que la realización del cateterismo se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

VIII

Las conclusiones a las que se llega en la anterior consideración bastan para desestimar la reclamación tramitada en el procedimiento cuyo expediente se examina en este dictamen.

Sin embargo conviene prolongarlo para dar cumplida respuesta al criterio en el que se sustenta la reclamación, puesto que aunque viene implícito y desprovisto de toda argumentación jurídica, remite al debatido asunto –aún no resuelto por una jurisprudencia consolidada- de la falta de consentimiento informado considerada en sí misma como un daño moral, indemnizable por ser causa de la anulación, o al menos del enervamiento del poder de decisión inherente a la autonomía individual de la persona-paciente, aunque no haya un resultado lesivo para su salud, ni tenga incidencia en el mismo en el caso de haberlo, ni se vulnere la *lex artis* en la intervención médica practicada sin dicho consentimiento.

Ciertamente el reclamante no ha construido su solicitud de reclamación ajustándose a esa consideración de la omisión del consentimiento informado como daño autónomo e indemnizable como tal, reclama en su condición de heredero e identifica el *"perjuicio"* con el acaecido fallecimiento cuya causa, según él, sería dicha omisión, y cuantifica la indemnización, sin hacer distinción alguna entre esta consecuencia y el daño moral anexo -no ajeno, ni autónomo- en 90.000 euros.

Puede suponerse que en dicha evaluación el reclamante ha incluido ese daño moral; y esto permite plantear la cuestión de si puede ser indemnizable de modo autónomo no ya por su vinculación al fallecimiento, sino por derivar directamente de la privación del poder de decisión sobre la realización o no de la intervención y con independencia de que la muer-

te sea el resultado del cateterismo y de que éste se practicara de acuerdo a la *lex artis*.

Antes de dar una respuesta al caso conviene atender a la jurisprudencia producida cuando ha examinado supuestos semejantes.

La Sentencia de la Sala 3ª, Sección 6ª, del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 2000 (Ar. RJ. 2000;3258), dictada en el recurso de casación nº 8065/1995, ocupa un lugar primordial en esta cuestión.

Ha sido citada por Sentencias del mismo Tribunal y de otros, ha sido tomada como Sentencia de contraste en varios recursos de casación para unificación de doctrina y ha sido interpretada ampliamente por la doctrina. En el caso, quedó probado que el paciente padeció una paraplejia como consecuencia de la operación quirúrgica que se le practicó; y en la Sentencia se argumenta que aquélla era prácticamente necesaria, que la falta de información no tuvo virtualidad causal con el resultado dañoso, y que los daños corporales derivados de la operación no están ligados al funcionamiento anormal del servicio público y no son indemnizables; se indemniza *"como daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención"*, la *"situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable a dicha falta de información"*. Para Guerrero Zaplana (Ver *"El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas"* editorial Lex Nova, 1ª edición, abril 2004) esta Sentencia *"ha supuesto un cambio sustancial en esta materia de la importancia del consentimiento informado"* (pag. 216) y añade que una hipotética consolidación del criterio jurisprudencial que resulta de la misma *"haría que se modificaran las bases sobre las que se sustenta la responsabilidad patrimonial de la Administración"* (pág. 220). A su juicio: *"La claridad y contundencia de esta sentencia, reconociendo la omisión de la información como un daño autónomo e individualizado, no se ha producido en otras sentencias posteriores ni de la Sala Primera del Tribunal Supremo ni de la misma Sala Tercera"* (pag. 216); destacando que las sentencias que desde entonces insisten en la relevancia del consentimiento y en la posibilidad de su indemnización, *"general-*

mente vinculan ésta a la producción del resultado en relación a la salud del paciente" (pág. 216).

Hay que reseñar también, que algunas otras sentencias de diversos tribunales, citando la referida supra del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000, han ido aún más lejos en la admisión de los daños que se indemnizan a causa de la omisión del consentimiento informado; entre ellas la del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de la Civil y Penal) de fecha 6 de septiembre de 2002 (Ar. RJ. 2002,8991), en recurso de casación foral 9/2002, en la que se afirma *"la ausencia de consentimiento informado supone que los facultativos intervinientes asuman los riesgos inherentes a la intervención y, por tanto, la responsabilidad derivada de los daños que sean consecuencias de aquéllos"*; argumento que, señala Guerrero Zaplana, ya había plasmado la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 26 de septiembre de 2000 (Ar. RJ 2000,8126), pues ante un consentimiento desinformado, concluye *"con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención en lugar del paciente"*; no obstante lo cual el autor, que aquí se cita, magistrado de la Audiencia Nacional, afirma con criterio que este Consejo comparte: *"Entender que el efecto de la falta de información hace recaer sobre el médico los riesgos de la intervención de que se trate no parece que esté suficientemente apoyado en texto legal alguno, así como que carece de base jurisprudencial suficiente. Resulta, además, que se contrapone el reconocimiento de dicho efecto con alguna jurisprudencia, en el lado contrario de la hipótesis, que entiende que el cumplimiento de los requisitos legales en materia de información y consentimiento no permite hacer responsable al paciente de los resultados de la intervención de que se trate"*(pág. 219).

No es extraño que el autor concluya que la jurisprudencia entra en contradicción consigo misma y que cite también la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 26 de marzo de 2002 (Ar. RJ 2002,3956), la cual -interpretando la de 4 de abril de 2000, en un recurso de casación para unificación de doctrina-, a su entender, *"parece haber frenado el avance de la teoría de que la omisión del consentimiento es un daño indemnizable de modo independiente y separado de la producción de un daño corporal"* (pág. 220); por lo que terminaba recomendando a la altu-

ra de la fecha de edición de su libro (abril de 2004) quedar a la espera de las nuevas sentencias que pueda dictar el Alto Tribunal.

Las sentencias del Tribunal Supremo desde entonces no permiten afirmar que se haya consolidado jurisprudencialmente la indemnizabilidad de la falta de consentimiento informado como daño moral autónomo y ajeno al proceso y al resultado de la intervención sanitaria no consentida.

Más bien al contrario, la jurisprudencia mayoritaria, tanto la proveniente del orden Contencioso-Administrativo como del orden Civil, se ha inclinado por no considerar la falta de consentimiento informado como causa generadora *per se* de la indemnización. Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de febrero de 2004 (Ar. RJ 2004,3889) decía que *"aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3956) que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijuridico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad, tal y como acontece en el caso de autos".* En sentido similar se han pronunciado otras sentencias de este Alto Tribunal como son la de 19 de julio de 2004 (Ar. RJ 2004,6005) y la más reciente de 10 de mayo de 2005 (Ar. RJ 2005,9332). Por su parte, la Sala de lo Civil del mismo Tribunal, en su Sentencia de 27 de septiembre de 2001 (Ar. RJ 2001,7130), también dijo que *"Para desestimar la alegación basta con señalar que la falta de información no es "per se" una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido)".*

También son referibles otras.

Así se ha indemnizado un daño moral autónomo vinculado a la falta de consentimiento informado y también el daño moral complementario anexo a la lesión (paraplejia) producida, considerándose que *"no se*

indemniza el daño moral dos veces por los mismos hechos"; ahora bien en este supuesto la Sala estima que el grave daño experimentado fue consecuencia del anormal funcionamiento del servicio público sanitario, y "*desproporcionado*" en relación a la patología tratada y la intervención practicada (Sentencia del Tribunal Supremo Sala Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 20 septiembre de 2005, Ar. RJ 2005,7503).

En la Sentencia de 22 de junio de 2005, se indemniza el *pretium doloris* por el fallecimiento, en un supuesto en que concurren *"circunstancias excepcionales relacionadas con la falta del historial clínico"*, que, aunque no existe prueba suficiente para entender producido el fallecimiento como consecuencia del TAC, no está acreditado porqué se practicó el mismo; y se mantiene que *"como regla general esta Sala tiene declarado que por sí sola la falta de consentimiento informado con carácter general no constituye por sí misma motivo determinante de la concesión de una indemnización"*, y la mala praxis que supone la falta de consentimiento informado *"no puede por sí misma dar lugar a la responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno"*; se indemniza el *pretium doloris*, si bien se configura como daño indemnizable *"la creación de una situación de grave riesgo"* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 22 de junio. Ar. RJ 2005,5323).

En la Sentencia de 25 de abril de 2005 se indemniza como *"daño moral"* el sufrimiento causado a la paciente derivado de la falta de información adecuada sobre las consecuencias que podría tener la intervención inicial, la causación de la secuela no indemnizada no tiene porqué ser atribuida a las intervenciones quirúrgicas planteadas (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 25 de abril, Ar. RJ 2005,4448).

Para el caso que aquí se dictamina, el criterio jurisprudencial de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de considerar la existencia de daño moral autónomo indemnizable, sería aplicable sólo si se probara -que no se ha probado, aunque no sea ni mucho menos inverosímil- que el cateterismo ocasionó la muerte, dado que en el caso de la Sentencia citada sí se había probado *"que el actor ha padecido como consecuencia de la operación quirúrgica realizada una paraplejia" y* en cuanto que, como

se dice en ésta *"al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. Esta situación no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía persona, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud"*.

Pero la aplicación de ese criterio jurisprudencial no conllevaría la indemnización del fallecimiento por cuanto debería argumentarse a tenor de como lo hace el Tribunal Supremo en la Sentencia: *"La circunstancia de no haberse informado debidamente a los representantes del menor de los graves riesgos de la operación no desempeña una virtualidad causal en el resultado dañoso producido, puesto que del relato de hechos de la sentencia de instancia que hemos aceptado se desprende que la operación se desarrolló adecuadamente, que era prácticamente necesaria y que, atendidas las circunstancias, la decisión tomada en el caso por el equipo médico de no aplazar la operación fue la esperable (...). Los daños corporales derivados de la operación no están, pues, ligados al funcionamiento anormal del servicio público sanitario y no son indemnizables".*

Tan sólo procedería la indemnización del daño moral, vinculado al fallecimiento -pero distinto y ajeno a éste- en cuanto deriva directamente de la omisión del consentimiento informado y lo que ésta implica: *"Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización del resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención".*

En suma, la invocación que la reclamación examinada podría hacer, que no ha hecho, del criterio jurisprudencial de la Sentencia del

Tribunal Supremo referida, tampoco conlleva necesariamente su aceptación, tanto por las diferencias de acreditación señaladas, como por la diferente concreción del daño por el que se reclama; y ello incluso obviando que este criterio no ha dado lugar a jurisprudencia consolidada.

Entiende este Consejo, que ante los casos en los que se practique una intervención sanitaria en sentido estricto de acuerdo a la *lex artis* pero sin el obligado consentimiento informado, la argumentación jurídica y los fallos que para esos supuestos viene produciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo le permiten mantener los siguientes criterios:

Primero: que sólo cabe la configuración de un daño moral autónomo indemnizable cuando dicha intervención ha causado un daño en la salud de la persona que no la consintió (por sí misma o sus más allegados familiares); específicamente cuando se han materializado los riesgos típicos de la concreta intervención sanitaria. Afirmación que implica que se ha acreditado la relación causal entre intervención y daños en la salud, o que éstos resulten desproporcionados con la patología intervenida.

Este criterio no afirma la irrelevancia de la falta del consentimiento informado en esos casos en que no hay daño en la salud, sino de su intrascendencia en la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Segundo: que para indemnizar el daño moral por falta de consentimiento informado no es preciso acudir a la ficción de convertir aquélla en causa de los daños producidos en la salud de la persona que no la ha consentido; al igual que puede producirse una concurrencia en la causación de un daño, puede producirse una concurrencia en el deber jurídico de soportar los daños a partir de que la falta de consentimiento informado ha sido calificada como infracción de la *lex artis ad hoc* que puede coexistir con una *lex artis* material plenamente correcta. Ese deber no es un absoluto, ni lo es la antijuridicidad de los daños indemnizables. Por tanto no es asumible el criterio de que la falta de consentimiento informado desplaza siempre y por completo el deber jurídico de soportar los daños causados por una intervención realizada conforme a la *lex artis* desde el paciente al servicio público sanitario y/o al personal que debió informar y/o realizó la intervención. Por el contrario dicho desplazamiento puede estar

sometido a condiciones y límites, que influyen también en la indemnizabilidad del daño moral y en su cuantificación.

Tercero: que tales condicionamientos y límites pueden ser referidos objetivamente a hechos clínicos tales como:

La gravedad del paciente.

La existencia o no de alternativas para proteger su salud y su vida frente a su patología.

La entidad de los riesgos típicos (por probabilidad y por su concreta materialización).

Los daños efectivamente ocasionados a la salud y/o la vida del paciente.

Circunstancias que modulan el deber jurídico de soportar los daños ocasionados por una intervención de acuerdo a la *lex artis* material pero no debidamente informada.

Cuarto: que la omisión del consentimiento informado siempre afecta a la dignidad de la persona, por lo que siempre es recriminable, si bien, a efectos indemnizatorios, hay que ponerla en relación con su trascendencia e influencia en la privación que efectivamente suponga en la autonomía de la persona-paciente y en su poder de decisión sobre el trato a dar a su dolencia. Lo cual implica una valoración no sólo de los condicionamientos y límites señalados anteriormente, sino también de los hechos y datos ciertos a partir de los cuales establecer, siquiera presuntamente, si el paciente hubiera debido prestar o hubiera prestado su consentimiento.

IX

En cuanto a la cuantificación del daño que se reclama (90.000 euros), está desprovisto de una mínima justificación, no existiendo en el expediente ninguna referencia que permita conocer qué elementos ha teni-

do en cuenta para llegar a dicha cantidad, puesto que ni siquiera efectúa un desglose de la misma. Asimismo es de resaltar que la referida cantidad ninguna relación guarda con el sistema indemnizatorio previsto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, el cual, aunque no sea de directa aplicación a los supuestos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es el que se viene aplicando con carácter general de modo orientativo por la jurisprudencia y por los diversos órganos consultivos.

En cuanto a la petición de abono de los intereses de demora que se produzcan desde la fecha de la interposición de la reclamación, debe señalarse que la misma no se ajusta al sistema de indemnización establecido en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se dice que *"la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria".*

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

Que no existiendo relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público dispensado en el Hospital de T y los daños alegados por D. X por el fallecimiento de su madre, procede dictar resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada".

Toledo, 7 de marzo de 2006

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA[1]

Miguel Angel Collado Yurrita (Coordinador)
Gracia Mª Luchena Mozo (Coordinadora)
Pedro José Carrasco Parrilla
María Prado Montoya López
Saturnina Moreno González
Gemma Patón García
Esther Sánchez López
J. Alberto Sanz Díaz-Palacios
Profesores de Derecho Financiero y Tributario. Centro Internacional de Estudios Fiscales. Universidad de Castilla-La Mancha
http://www.uclm.es/cief

Sumario: I. Principios constitucionales. II. Categorías y elementos tributarios. III. Gestión liquidación. IV. Inspección. V. Recaudación. VI. Infracciones y delitos. VII. Revisión.VIII. Renta y Patrimonio. IX. Sociedades. X. No residentes. XI. Sucesiones y Donaciones. XII. Impuesto sobre el Valor Añadido. XIII. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. XIV. Impuestos Especiales y otras figuras impositivas. XV. Impuestos autonómicos y forales. XVI. Impuestos Locales. XVII. Tasas, Contribuciones Especiales y Precios Públicos.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON INCIDENCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO.

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD EN MATERIA TRIBUTARIA: CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN A EFECTOS DEL RECURSO DE AMPARO.

Sentencias del Tribunal Constitucional 33/2006, de 13 de febrero, y 54/2006, de 27 de febrero.

Estas dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional abordan nuevamente el controvertido tema de la relación existente entre el

genérico principio de igualdad, contenido en el artículo 14 de la Constitución española, y el principio de igualdad en materia tributaria, contemplado en el artículo 31.1 de la misma. Tales sentencias no incorporan novedades en la doctrina del Alto Tribunal al respecto. No obstante, su análisis simultáneo nos ilustra acerca de qué tipo de discriminaciones efectuadas por la legislación tributaria pueden ser impugnadas en amparo, de acuerdo con la doctrina constitucional.

La STC 33/2006, de 13 de febrero, entra a formar parte de un reducido grupo de resoluciones del Tribunal Constitucional que tiene por objeto el análisis de la posible inconstitucionalidad, en tanto que discriminatorio, del artículo 71.2 de la hoy derogada Ley 18/1991, de 18 de junio, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el que se excluía la posibilidad de que los padres que debieran satisfacer pensiones de alimentos a favor de sus hijos por resolución judicial pudieran deducir el importe de las mismas en la base imponible del IRPF. En concreto, esta Sentencia reproduce la argumentación en su día elaborada en las SSTC 1/2001, de 15 de enero, y 57/2005, de 14 de marzo.

El recurrente en amparo, divorciado legalmente, estaba sometido a convenio regulador aprobado por sentencia judicial. En virtud de dicho convenio resultaba obligado a abonar a su ex-cónyuge y a sus hijos determinadas cantidades en concepto de pensión compensatoria y pensión por alimentos, respectivamente. En las autoliquidaciones del IRPF de los ejercicios 1992, 1993, 1994 y 1995 el recurrente se dedujo de la base imponible las cantidades satisfechas en concepto de pensión compensatoria y, posteriormente, presentó cuatro solicitudes de rectificación de aquéllas a efectos de minorar la base imponible también en las cantidades correspondientes a las pensiones de alimentos satisfechas a los hijos. Las peticiones de rectificación fueron denegadas, como también lo fueron las reclamaciones económico-administrativas interpuestas contra tales acuerdos ante el TEAR de Madrid, y los posteriores recursos contencioso-administrativos ante el TSJ de la Comunidad Autónoma. Interesa hacer constar que el demandante de amparo sostuvo (tanto en vía administrativa como contenciosa) la inconstitucionalidad del art. 71.2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, en la medida en que no permitía la reducción de la parte regular de la base imponible con las anualidades por alimentos fijadas por

decisión judicial a favor de los hijos del sujeto pasivo, lo que resultaba contrario al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución.

El recurrente en amparo considera que el art. 71.2 de la Ley 18/1991 supondría una discriminación de los separados legalmente o divorciados, obligados a satisfacer una pensión compensatoria a su excónyuge y anualidades por alimentos a sus hijos, frente a quienes se encuentran en una de las situaciones siguientes: en primer lugar, frente a los divorciados que tienen atribuida la guarda y custodia de los hijos (que pueden optar por la tributación conjunta y aplicar las deducciones familiares); en segundo lugar, frente a los separados de hecho (que pese a que no convivan con sus hijos también pueden acogerse a la tributación conjunta y practicarse las citadas deducciones); en tercer lugar, frente a los perceptores de alimentos, es decir, los hijos (que no tributan por las anualidades percibidas y, además, pueden presentar declaración conjunta con el progenitor que tiene atribuida su custodia); y, en cuarto lugar, frente a los pagadores de pensiones de alimentos a otros parientes distintos de los hijos (que pueden reducir su base imponible en el importe de las cantidades satisfechas por tal concepto). Por último, el recurrente alega un trato discriminatorio por razón de sexo, que atribuye a la circunstancia de que la práctica totalidad de los pagadores de pensiones compensatorias y de alimentos tras un proceso de separación o divorcio son hombres.

Pues bien, aunque como se acaba de ver el recurrente fundamenta la discriminación sufrida no sólo en el artículo 71.2 de la LIRPF de 1991 sino también en la prohibición de acogerse a la tributación conjunta del artículo 87 y en la imposibilidad de practicarse las deducciones familiares previstas en el artículo 78 (ambos de la misma Ley del Impuesto de 1991), el Tribunal circunscribe el objeto del enjuiciamiento al citado artículo 71.2 pues, “como se deduce de los antecedentes, el recurrente en amparo nunca ha reclamado en plazo ante la Administración tributaria que se le permitiera optar por la declaración conjunta con sus hijos ni practicar las deducciones familiares previstas en el art. 78 de la Ley 18/1991” (FJ 2). De este modo, reitera la conclusión alcanzada en la STC 57/2005, de 14 de marzo (FJ 2), en el sentido de que la única pretensión perseguida por la parte actora desde el principio ha sido la de obtener el reconocimiento de su derecho a reducir la base imponible del impuesto sobre la renta corres-

pondiente el importe de las pensiones por alimentos satisfechas a los hijos por decisión judicial, de manera que las restantes quejas esgrimidas (imposibilidad de realizar declaración conjunta y de practicarse deducciones familiares) exceden de los límites del debate. De este modo, nos quedamos sin conocer el parecer del Alto Tribunal acerca de si la imposibilidad de la persona divorciada de practicarse la deducción en concepto de mínimo familiar por descendientes constituye una vulneración del principio de capacidad económica y, por ende, de igualdad.

En relación con el fondo del asunto, el Tribunal analiza, en primer término, el discutido tema de la conexión existente entre los artículos 14 y 31.1 de la Constitución a efectos de determinar si la discriminación denunciada puede ser o no objeto de amparo. El TC reitera su doctrina al respecto: "[…] dado que la presunta vulneración del principio de igualdad se fundamenta en el diferente tratamiento que, desde la perspectiva del deber de contribuir, atribuye el legislador a idénticas manifestaciones de riqueza, es evidente que el presente recurso de amparo debería situarse, en primer lugar, en el ámbito del art. 31.1 CE, precepto que […] conecta de manera inescindible la igualdad con los principios de generalidad, capacidad, justicia y progresividad" y "cuya vulneración no es susceptible de amparo ante este tribunal". No obstante, en la medida en que "las razones por las que, según la demanda de amparo, el art. 71.2 de la Ley 18/1991 establece la discriminación denunciada, no son de naturaleza objetiva sino de carácter subjetivo, pues lo determinante para el diferente trato desde el punto de vista del deber de contribuir (la procedencia o no de la deducción en la base imponible) es, en última instancia, su estado civil, su condición de progenitor y su sexo". Por ello, como se vino a reconocer en las SSTC 1/2001, de 15 de enero, y 57/2005, de 14 de marzo, el proceso constitucional que se enjuicia también debe situarse en la esfera del artículo 14 y, en consecuencia, puede ser objeto de amparo (FJ 3).

Sentado lo anterior, el TC analiza si el art. 71.2 de la Ley ocasiona una discriminación contraria al artículo 14 de la Carta Magna. Para ello, tras recordar que "el principio de igualdad «ante o en la Ley» impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de

justificación objetiva y razonable, o que resulte desproporcionada en relación con dicha justificación" (FJ 3), descarta que dicho precepto legal incurra en la discriminación que se pretende por las siguientes razones:

En primer lugar, porque "la comparación de la situación del recurrente (divorciado con hijos que conviven con su ex-cónyuge) con la de los separados de hecho –que convivan o no con sus hijos– y la de los divorciados –que convivan con los hijos– no es idónea para ilustrar la discriminación que se denuncia, dado que ninguno de ellos, conforme a la normativa del impuesto […], puede minorar su base imponible en el importe de la renta aplicada durante el ejercicio al sostenimiento de los hijos". Como el TC apuntara en las SSTC 1/2001 (FJ 3) y 57/2005 (FJ 4), los padres tienen el deber constitucional de "prestar asistencia de todo orden a los hijos", asistencia que incluye la contribución para alimentos, y ello con independencia de que los hijos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio, y de la situación civil de los progenitores. Si se admitiese lo contrario, es decir, se reconociese "exclusivamente a los padres alimentantes que no conviven con los hijos el derecho a reducir de la base imponible del tributo el coste de su manutención sería tanto como establecer un privilegio fiscal discriminatorio frente al genérico deber de contribuir del art. 31.1 CE, sin una justificación que, desde el punto de vista constitucional, lo legitime" (FJ 4). Ahora bien, cabría cuestionarse si la no deducibilidad, con carácter general, de la anualidad por alimentos a favor de los hijos no es contraria al principio de capacidad económica por cuanto disminuye la renta disponible.

En segundo lugar, el enunciado legal tampoco dispensa un trato discriminatorio a quienes satisfacen pensiones de alimentos a los hijos (que no pueden deducirse estas cantidades en la base imponible) frente a quienes satisfacen pensiones de alimentos a familiares distintos de los hijos (que sí admiten deducción), pues, como ya se señalara en la STC 57/2005 (FJ 5), "además de que el deber de alimentos para con los hijos menores viene establecido expresamente en la Constitución, circunstancia que no acontece con las restantes pensiones que venimos examinando, que constituyen un deber impuesto legalmente, el fundamento, finalidad y los criterios de determinación de cada una de ellas son claramente diferentes". En efecto, la pensión de alimentos a parientes distintos a los hijos tiene su fundamento en la situación de necesidad perentoria de los parien-

tes con derecho a percibirlos y sólo se satisface como consecuencia de una demanda presentada por éstos y tras la correspondiente resolución judicial, pudiendo decaer el derecho por diversos motivos (económicos o derivados del propio comportamiento del alimentista). También su finalidad es distinta, porque, a diferencia de la contribución para alimentos de los hijos, sólo ha de facilitarse el sustento básico para salvaguardar la vida del alimentista (sustento, habitación, vestido y asistencia médica). Finalmente, tampoco la forma de determinación es la misma, puesto que la pensión a parientes se determina en función de lo que éstos necesitan estrictamente para vivir, mientras que la pensión para alimentos de los hijos menores debe acomodarse a las circunstancias económicas y sociales de los hijos en cada momento (FJ 5).

En tercer lugar, tampoco es un término de comparación válido para constatar la vulneración del artículo 14 la circunstancia de que los hijos que perciban pensiones alimenticias no deban computarlas en la base imponible del IRPF por estar exentas. No puede afirmarse "que con el abono de las anualidades de alimentos de los padres a los hijos exista una traslación de capacidad económica entre ellos, dado que, en realidad, lo que se produce en estos casos es una mera aplicación de renta en cumplimiento del citado deber constitucional". Por otra parte, "admitir, como reclama el recurrente, que las cantidades aplicadas a la manutención de los hijos a través del abono de las anualidades por alimentos deban ser gravadas en la persona de los perceptores, supondría discriminar a los hijos que perciben pensiones de alimentos de padres separados o divorciados frente a los hijos cuyos padres sufragan directamente su mantenimiento […]" (FJ 6).

Por último, el TC rechaza la existencia de un trato discriminatorio por razón de sexo, pues esa denuncia parte de dos premisas erróneas: De un lado, no es cierto que sólo el pagador de las anualidades por alimentos es quien asume el coste de mantenimiento de los hijos, ya que, por imperativo legal, tanto quien demanda en amparo como su ex-esposa tienen el deber de mantener a la hija de ambos, obligación que se concreta en el convenio de separación matrimonial aprobado judicialmente. De otra parte, tampoco es cierto que la ex-esposa del recurrente no soporte gravamen alguno sobre dichas rentas; en la medida en que son los hijos y no la espo-

sa (simple administradora) los que perciben la pensión por alimentos, "la pretensión de que sea la persona encargada de su custodia por convenio aprobado judicialmente (la ex-esposa del recurrente) la que tribute por la misma no se acomoda en absoluto al principio de capacidad económica constitucionalmente establecido en el art. 31.1 CE)" (FJ 7).

También la STC 54/2006, de 27 de febrero, afronta el problema de la conexión entre los artículos 14 y 31.1 de la Constitución a efectos del recurso de amparo. En esta ocasión, la parte recurrente presenta recurso de amparo contra una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 2000, parcialmente estimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante contra el Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF. La crítica central se refiere a varios preceptos del citado Reglamento, en su redacción originaria, relativos a la deducción por inversión en vivienda habitual en el mencionado impuesto, a los que se atribuye la lesión del derecho a la igualdad en la ley reconocido en el art. 14 CE, al establecer varias discriminaciones en la aplicación de esa deducción carentes de justificación razonable.

En particular, la recurrente entiende que el artículo 52.2.c) del citado Reglamento, sin ninguna justificación "jurídica, social o económica", favorece a quienes han adquirido una plaza de garaje conjuntamente con su vivienda habitual (que tienen derecho a la deducción), frente a quienes la han comprado de forma independiente (que no lo tienen); que las letras a) y c) de los apartados 1 y 2 del art. 53 del Real Decreto 214/1999, exceden de la habilitación concedida por el art. 55.1.1 b) de la Ley 40/1998, al no permitir aplicar los porcentajes de deducción incrementados previstos en dicho precepto, discriminando a los sujetos pasivos del impuesto que para la adquisición o rehabilitación de las viviendas, o para la adecuación de las mismas (minusválidos) utilizan menos de un determinado porcentaje de financiación ajena (el 50 y el 30 por 100, respectivamente), o amortizan durante los tres primeros años más de una cierta cantidad del préstamo contratado (el 40 por 100); que el art. 53.1 c), segundo párrafo, del Real Decreto discrimina a quienes acuden a la financiación ajena para construir o ampliar sus viviendas (que no pueden aplicar los citados porcentajes de deducción incrementados) frente a quienes lo solicitan para adquirirlas o rehabilitarlas (que sí pueden aplicarlos); y que el

art. 54.2 b) del mismo Real Decreto da un trato más gravoso a los contribuyentes que proceden a la apertura de una cuenta ahorro-vivienda una vez entrado en vigor aquél, frente a quienes la abrieron al amparo del anterior régimen (por cuanto se reduce el plazo de cinco a cuatro años para adquirir o rehabilitar la vivienda).

Aunque el Tribunal aborda en la fundamentación jurídica de la sentencia otras cuestiones de interés (como la legitimación de la organización demandante en amparo, la circunstancia de que el recurso se dirige directamente contra algunos preceptos de una disposición general como el Reglamento del IRPF, o la doctrina constitucional relativa a la desigualdad en la aplicación de la ley), limitamos este comentario a constatar que el TC descarta la lesión del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14), reiterando su doctrina según la cual no toda proclamación constitucional del principio de igualdad es reconducible, sin más, a la efectuada por el art. 14 CE y, concretamente, no lo es el principio de igualdad en materia tributaria del artículo 31.1 CE. "Y así, la cuestión debatida en cada caso habrá de incardinarse en el ámbito de este último precepto cuando la eventual contradicción con el principio de igualdad no reside realmente en un trato desigual contrario al art. 14 CE, por estar basada en una diferenciación de índole subjetiva, sino en una desigualdad fundada en elementos objetivos, que es la contemplada en el art. 31.1 CE […]" (FJ 6). Sobre la base de las anteriores consideraciones, el Tribunal considera evidente que "el diferente trato que en el gravamen del impuesto sobre la renta de las personas físicas establecen los citados preceptos reglamentarios no se fundamenta en una circunstancia subjetiva (como, por ejemplo, sucedía en los supuestos enjuiciados en la STC 57/2005, de 14 de marzo), sino exclusivamente en elementos objetivos, concretamente, que la compra de los anexos se produzca de forma conjunta o separada de la adquisición de la vivienda habitual [art. 52.2 c)], que se cumplan o no determinados límites cuantitativos (porcentajes de financiación ajena) y temporales (cantidad amortizada en los tres primeros años) en los préstamos obtenidos para la financiación de la vivienda [las letras a) y c) de los apartados 1 y 2 del art. 53], que se solicite el préstamo para adquirir o rehabilitar la vivienda o, por el contrario, para construirla o ampliarla [art. 53.1 c), párrafo segundo] y, en fin, el momento en que el sujeto pasivo ha procedido a la apertura de la cuenta ahorro-vivienda (art. 54.2 b)" (FJ 7).

Por otra parte, "(l)a queja respecto de los citados apartados del art. 53 no puede prosperar porque, aunque la demanda de amparo invoca formalmente el principio de igualdad del art. 14 CE, lo que materialmente viene a denunciar es que, al fijar dichos apartados, sin habilitación legal, unos límites cuantitativos y temporales en los préstamos obtenidos para la adquisición de la vivienda para poder aplicar los porcentajes de deducción previstos en el art. 55.1.1 b) de la Ley 40/1998, el Reglamento vulnera el principio de legalidad tributaria que en materia de deducciones recoge el art. 133.3 CE; y dicho principio, por imperativo de los arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC, quedan extramuros del proceso de amparo" (FJ 5). Además, por lo que se refiere al art. 54. 2 b) del Real Decreto, "amén de que la recurrente en amparo reclama un derecho al mantenimiento de un determinado régimen fiscal que este Tribunal viene rechazando […], es evidente que la desigualdad que indudablemente crea dicho precepto al reducir de cinco a cuatro años el plazo para adquirir o rehabilitar la vivienda para poder deducir las cantidades depositadas en las cuentas ahorro-vivienda, es el resultado de una modificación normativa que, conforme viene señalando este Tribunal, no constituye, en sí misma, una infracción del derecho consagrado en el art. 14 CE, pues no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia de régimen, sino una sucesión de normas que responden a principios y condiciones diversas" (FJ 5).

En consecuencia, la eventual desigualdad ocasionada por los preceptos impugnados, al ser de naturaleza objetiva, no es susceptible de ser corregida por el cauce del recurso de amparo, sin perjuicio de que pueda serlo por el de otros procesos constitucionales como el recurso o la cuestión de constitucionalidad.

2. PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA, IGUALDAD TRIBUTARIA Y CAPACIDAD ECONÓMICA. LÍMITE A LA REDUCCIÓN APLICABLE SOBRE EL IMPORTE DE LOS RENDIMIENTOS DEL TRABAJO IRREGULARES: EL CASO DE LAS STOCK OPTIONS.

Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de mayo y 23 de junio de 2005.

En ambas sentencias los recurrentes alegan la inconstitucionalidad del artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre (IRPF) en la

redacción dada por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social, solicitando al órgano judicial el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. El artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998 en su versión originaria otorgaba a los rendimientos del trabajo considerados como irregulares una reducción del 30 % de su importe, lo que suponía que los rendimientos de mayor cuantía tributaban a un tipo notablemente inferior al tipo marginal máximo del 48 %. El tratamiento fiscal de esta forma de retribución de los rendimientos del trabajo irregulares fue aprovechado por algunas grandes empresas para retribuir a sus directivos mediante la realización de contratos de stock options o derechos de compra sobre acciones. Con la modificación del art. 17.2 a) de la Ley del IRPF por la Ley 55/1999 se establece una limitación a aquella reducción del 30%, igual al resultado de multiplicar el número de años en que se genera el rendimiento por una cifra, establecida reglamentariamente, equivalente al salario medio del conjunto de declarante del IRPF y que, para el año 1999 se fijó en 2.500.000 pesetas por la propia Ley 55/1999.

Los hechos que motivan uno y otro pronunciamiento son similares. No obstante, expondremos los antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho de la primera de ellas, en la medida en que la Sentencia de 23 de junio de 2005 se limita a reiterar los argumentos elaborados en la primera. Un empleado de Telefónica, adherido a un programa de incentivos a directivos lanzado por la empresa en 1997, hace efectivo sus derechos en diciembre de 1999 obteniendo unas elevadas retribuciones dinerarias sobre las que la empresa practica las retenciones pertinentes, aplicando la reducción del 30 % sin limitación alguna [de acuerdo con el régimen inicial dispuesto en el art. 17.2 a) de la Ley 40/1998]. No obstante, el contribuyente procede a entregar a la empresa un cheque por la diferencia entre lo que ésta retuvo y lo que había haber retenido de acuerdo con la nueva redacción del precepto legal. A continuación, el contribuyente presentó su autoliquidación del IRPF correspondiente a 1999, aplicando el nuevo régimen establecido por la Ley 55/1999. Sin embargo, en agosto de 2001, el contribuyente solicita rectificación de su autoliquidación alegando la inconstitucionalidad de la norma aplicada. El recurrente denuncia los siguientes vicios de constitucionalidad: en primer lugar, la modificación del artículo 17.2 a) de la Ley del IRPF es aplicable, de acuerdo con la dispo-

sición transitoria duodécima de la Ley 55/1999, a los rendimientos devengados desde el 1 de octubre de 1999, lo que supone una aplicación retroactiva de la norma contraria al principio de seguridad jurídica; en segundo lugar, la lesión de los principios de igualdad y capacidad económica, denunciando el tratamiento discriminatorio de los rendimientos del trabajo irregulares frente a los rendimientos del trabajo regulares, y frente a los demás rendimientos irregulares pero no procedentes del trabajo personal y frente al tratamiento fiscal dispensado a las ganancias patrimoniales.

Por lo que se refiere a la inconstitucionalidad de la eficacia retroactiva de la norma tributaria, la sentencia subraya que estos rendimientos fueron percibidos el 31 de diciembre y, por tanto, con posterioridad a la fecha de aprobación y publicación de la Ley en el BOE, los días 29 y 30 de diciembre respectivamente. Sobre la base de estos datos, la sentencia realiza una afirmación muy discutible, cuando sostiene que no se está ante una retroactividad de grado máximo, y ni siquiera ante una retroactividad en sentido propio, "pues para ello hay que tener en cuenta, no el hecho motivador del rendimiento o su causa jurídica o económica, sino el rendimiento mismo y la fecha de su obtención, dentro del período impositivo legalmente previsto"; en este sentido, "la previsión normativa, aun cuando efectúa un distingo entre los rendimientos percibidos antes y después del 1 de octubre de 1999, lo hace antes de que finalice el período impositivo, coincidente con carácter general con el año natural […] y de que, en consecuencia, se hubiera producido el devengo" (FD 7). Es decir, el órgano judicial no tiene en cuenta la fecha de entrada en vigor de la Ley 55/1999 (el 1 de enero de 2000) –lo que le habría obligado a reconocer la existencia de una retroactividad de grado máximo–, sino la fecha de su aprobación o publicación de la Ley (últimos días de 1999). Al margen del tipo de retroactividad de que se trate, la SAN considera que no se produce lesión del principio de seguridad jurídica, porque la modificación normativa era previsible y estaba justificada. Así, tras detenerse en el voto particular formulado a la STC 182/1997, de 28 de octubre –que sostenía la inconstitucionalidad de la eficacia retroactiva de la elevación de la tarifa del IRPF en el año 1992–, la AN considera que en éste caso no puede llegarse a las misma conclusión por diferentes razones: en primer término, porque en el voto particular se alude a casos de retroactividad de primer grado o absoluta en aquellos supuestos en que el devengo del impuesto se produce

antes del 31 de diciembre, circunstancia que no concurre en el caso examinado por la SAN, en el que el período impositivo del sujeto pasivo finalizó con el año natural; en segundo lugar, porque la doctrina expuesta en el voto particular, aunque pueda ser compartida desde un plano teórico o conceptual, manifiesta una posición minoritaria; en tercer lugar, porque "la previsibilidad y certeza a que se anuda la seguridad jurídica dependerá, en cierto modo, del contenido material de la norma de que se trata y que reforme el régimen anterior", previsibilidad y certeza que no se ven afectadas por "una modificación legal limitada a un aspecto parcial y limitado de sus componentes de renta"; y, por último, porque "al tratarse la opción ejercitada del derecho o facultad nacida de una relación contractual suscrita […] tres ejercicios antes de la fecha prevista para su finalización" , es lo cierto que "cuando el contrato se suscribió ni siquiera regía la norma invocada aquí como procedente", de manera que el contribuyente no podía sustraerse a la eventual aparición de cambios normativos que empeorasen el tratamiento fiscal del rendimiento (FD 8).

En cuanto a la posible vulneración de los principios de capacidad económica e igualdad tributaria, la SAN parte de la premisa de que la Ley 40/1998 "opta por un sistema analítico que aborda el régimen fiscal de cada clase de renta por su origen y procedencia y que, en sí mismo, determina diferencias de regulación". A partir de este dato rechaza la supuesta discriminación que la parte recurrente proyecta sobre las tres vertientes referidas:

No existe discriminación entre los rendimientos del trabajo regulares e irregulares porque, aunque el establecimiento de un límite cuantitativo a la reducción aplicable pueda ocasionar una equiparación progresiva de los rendimientos irregulares a los regulares, ese proceder legal no es inconstitucional, es más, "el diferente tratamiento de las rentas irregulares en función de la cantidad percibida (y, en menor medida, del período de generación, que desempeña un papel hasta cierto límite cuantitativo) está justificado por la cantidad percibida, reveladora de una muy alta capacidad económica y, por ende, contributiva, que el legislador decide gravar asimilando los excesos sobre un límite máximo dado a las rentas regulares, lo que no adolece, a nuestro ver, de inconstitucionalidad, puesto que los propios conceptos de rendimiento regular e irregular dependen de lo que el

legislador decida respecto de ellos, siempre que la regulación respete los límites constitucionales determinados por los principios rectores del sistema tributario, hasta el punto de que no vemos ningún inconveniente en que la percepción de cantidades extraordinariamente elevadas experimente una paulatina y proporcional pérdida de peso en la consideración de su período de generación, puesto que tal efecto no es sino la evidencia de lo que en realidad sucede, lo que se hace especialmente patente en el caso de las opciones sobre acciones, que es una fórmula de diferimiento temporal buscada para dilatar y repartir el beneficio obtenido, donde dicho factor temporal puede ser predeterminado según quiera su beneficiario y no por la naturaleza de las cosas, ya que las condiciones de su percepción son fruto de un acuerdo de voluntades y no de la fuerza de los hechos (como sucede con otros rendimientos que son irregulares por su propia índole). Que se graven de forma progresivamente más intensa las rentas superiores es concorde con la Constitución […], como lo es el fin a que propende la reforma y, además, el medio empleado, pues un eventual tratamiento distinto de estos rendimientos que tuviera en cuenta, de una manera más intensa, la extensión temporal de su generación, podría haber llegado a soluciones cuantitativamente equivalentes" (FD 13).

Tampoco aprecia la AN una discriminación constitucionalmente relevante entre los rendimientos irregulares procedentes del trabajo personal y de otras fuentes de renta. De hecho, el régimen tributario que se cuestiona (las opciones sobre acciones) "constituye una relación jurídica que, al margen de la calificación que le sea procedente en el orden privado, está íntimamente relacionada con la relación de índole laboral", de modo que es conceptualmente difícil desligarlo de la relación laboral que se entabla entre la empresa y sus directivos o empleados más destacados. Además, "la eventual discriminación supuestamente padecida, que no quedaría corregida o enervada con la extensión del perjuicio padecido a otros contribuyentes, en beneficio de nadie" (FD 14).

Finalmente, no se aprecia una discriminación inconstitucional en la diferencia de trato padecida respecto de los que hubieran percibido ganancias patrimoniales. Afirma la SAN que la categoría ganancias patrimoniales "ha constituido tradicionalmente un mecanismo de cierre del sistema para incluir entre los rendimientos y percepciones que deberían estar

sujetos al Impuesto, en la medida en que constituyan manifestaciones de una cierta capacidad económica, casos no específicamente previstos en los restantes títulos, bajo la consideración de que tal categoría englobaba, de forma residual y por exclusión, todas las manifestaciones no predeterminadas entre las diferentes clases de rendimientos que se regulan […]. En consecuencia, no estamos ante una especie de «ganancia patrimonial natural» que, presidida por un régimen fiscal más ventajoso, hubiera de ser calificada como rendimiento del trabajo personal por la ocurrencia de un dato accidental o secundario cual sería el origen contractual laboral de la percepción sino, por el contrario, ante una inequívoca relación derivada y consecuente de la relación laboral –sea o no salario lo que por ese concepto se perciba–, lo que fiscalmente es indiferente dentro de los rendimientos del trabajo que, por esa misma razón, queda originariamente excluida del concepto de ganancia patrimonial, sea cual sea la estructura y forma de la percepción y su significación económica, pues del concepto de ganancias se excluyen las percepciones gravadas específicamente en otros epígrafes de la Ley como singulares fuentes de renta" (FD 15).

II. ELEMENTOS Y CATEGORIAS TRIBUTARIAS

1. VALIDEZ DE LA NOTIFICACIÓN DIRIGIDA A UNA ENTIDAD QUE ES RECIBIDA Y SELLADA EN EL DOMICILIO Y POR EL SERVICIO DE RECEPCIÓN DE SU MATRIZ. INNECESARIEDAD DE IDENTIFICACIÓN DE LA PERSONA RECEPTORA EN EL CASO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2005.

Los hechos sometidos a enjuiciamiento ante el Tribunal Supremo se ciñen, fundamentalmente, a la discrepancia por parte de la recurrente acerca de la falta de coincidencia de los domicilios sociales de ésta y su entidad matriz, lo que, a su juicio, determinaría la improcedencia de la notificación de distintas liquidaciones practicadas en el domicilio social de esta última.

Circunstancias que son examinadas por el Organo juzgador a partir del análisis de distintas cuestiones conectadas al núcleo del recurso que le conducen, finalmente, a la desestimación del mismo.

En primer lugar, se declara que, al ser realizada la notificación a una persona jurídica, no es necesario que se identifique a la misma "siendo suficiente la constancia en el acuse de recibo del sello de la empresa", aclarándose, además, que "ha de concluirse razonadamente que la persona que disponía del sello lo hacía por encargo de la empresa y que le estaba encomendada la función de recibir las comunicaciones a ella dirigidas, sin que todo ello pueda quedar desvirtuado por el hecho de que el empleado no fuera identificado personalmente" (F.J. 4º).

En segundo término, y apoyándose en criterios anteriores mantenidos por la misma Sala, el Tribunal entiende que, al constituir la entidad recurrente una entidad filial del Banco de Santander que, inicialmente, tenía su domicilio en la misma sede de esta entidad en Madrid, compartía su servicio general de recepción, el cual estaba coordinado con el propio de la entidad recurrente, como lo demuestra el hecho de que la misma tuviera conocimiento de las notificaciones recibidas por el Banco de Santander, tal como se deduce de la presentación de los recursos de alzada. El Tribunal entiende, por ello, que no tiene efecto alguno el cambio de domicilio social de la entidad recurrente, teniendo en cuenta que el mismo no se comunicó al TEAR.

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. COMPETENCIAS ORGANOS DE GESTIÓN. COMPROBACIÓN.

Sentencia Tribunal Supremo de 27 diciembre 2005.

En la sentencia referenciada se resuelve un recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de febrero de 2001 que declaraba conforme a derecho el objeto impugnado. En concreto, la causa litigiosa es la liquidación girada en concepto de IRPF por la que se incrementa la base por doble imposición de dividendos, imputando al socio de la sociedad transparente la base de la deducción.

El recurrente pretende, entre otros motivos de impugnación, hacer valer su postura alegando la incompetencia del órgano gestor para efectuar la liquidación impugnada "por ser las operaciones llevadas a cabo de

índole jurídica", es decir, que en su opinión, se habría producido una vulneración de las competencias de comprobación de los órganos gestores.

Sin embargo, según el Tribunal el órgano de gestión practicó la liquidación provisional ahora impugnada limitándose a la rectificación del importe consignado como deducción por dividendos en la declaración presentada, a partir de los datos declarados y documentación aportada por el interesado relativos a rendimientos y deducciones de la cuota imputados por la entidad transparente. En este caso, "lo realizado por los órganos gestores no es "investigar", ni "comprobar", sino que partiendo de los datos ofrecidos por el recurrente han procedido a efectuar en la autoliquidación las rectificaciones oportunas" (F.J. 3º), por lo que el órgano gestor actúa en todo momento dentro de sus competencias.

Aun así, añade el Tribunal que las alegaciones del recurrente no pueden prosperar a la vista de la vigencia del artículo 99 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, -en el momento en que se dicta la liquidación- precepto que establece: "Uno. Los órganos de gestión tributaria podrán girar la liquidación provisional que proceda de acuerdo con los datos declarados y los justificantes de los mismos, presentados con la declaración o requeridos por los citados órganos. De igual manera podrán girar liquidación provisional cuando de los antecedentes de que disponga la Administración se deduzca la existencia de rentas determinantes de la obligación de declarar o que no se hayan incluido en las declaraciones presentadas. Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior las liquidaciones provisionales que requieran la comprobación de documentación contable de actividades empresariales o profesionales. Dos. Lo dispuesto en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio de la posterior comprobación e investigación que pueda realizar la Inspección de los Tributos". De ello se concluye que las competencias comprobadoras de los órganos gestores no son tan limitadas como el recurrente pretende. Por otro lado, este precepto, en opinión del Tribunal "elimina de raíz las dudas sobre la competencia actuada por los órganos gestores".

Así, en nuestra opinión, no parece caber duda de que las competencias comprobadoras de los órganos gestores abarcan una actividad más allá de una mera rectificación, lo que llama el recurrente, "operacio-

nes de índole jurídica" o mejor, comprobación de carácter material, que inicia su expansión en el ámbito gestor precisamente con el mencionado precepto.

2. COMPROBACIÓN DE VALORES. REQUISITOS DE MOTIVACIÓN.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 23 de diciembre de 2005.

El objeto del presente recurso jurisdiccional es la resolución del TEAR de Castilla y León, Sala de Burgos de 27 de octubre de 2004, por la que se desestima una reclamación económico-administrativa contra la liquidación complementaria practicada por el Impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, como resultado de la tramitación de un expediente de comprobación de valores.

La alegación más consistente es la falta de motivación de la comprobación de valores que sirve de base a las liquidaciones, sobretodo por la circunstancia de la ausencia de justificación respecto de los datos que sirven de base para aplicar los coeficientes, pues según razona la entidad recurrente, no se conocen los valores de mercado que sirven de referencia. Así, en los antecedentes de hecho se observa que el dictamen técnico de la Administración se ha fundamentado en los estudios de mercado efectuados por la Junta de Castilla y León, que se traen a colación como motivación de la valoración realizada.

No obstante, en opinión del recurrente la falta de motivación de la comprobación de valores se produciría en atención a varios aspectos: 1º no se aportan los estudios de mercado; 2º existe un desconocimiento en la aplicación de los criterios de valoración; 3º no se ha visitado el inmueble por lo que parece imposible saber el resultado de las características consideradas.

En primer lugar, el Tribunal previene que las obligaciones de motivación a que somete la LGT "no obliga a la Administración a una motivación exhaustiva de los aumentos de la base imponible, sino que basta con una motivación que sea suficiente y congrua para que el interesado tenga

pleno conocimiento de la valoración efectuada y pueda solicitar, en su caso, tasación pericial contradictoria, pero ello no es asimilable ni a una motivación exhaustiva (por un lado) o ni otra motivación inexistente (por otro)" (FJ 3º).

Como señala el Tribunal la motivación del presente caso viene fundamentada en el dictamen de peritos de la Administración "con reminiscencias o hibridación" con el método de los precios medios en el mercado. En atención a ello, el Tribunal dirige la observación de las exigencias de motivación a los requisitos que exige el método de dictamen de peritos de la Administración, ya que, a juicio del mismo, únicamente utiliza el criterio de los estudios de mercado como apoyo del anterior criterio señalado. Añade a continuación el Tribunal "que el dictamen de peritos, es, una vez respetadas las exigencias legales y jurisprudenciales el método de comprobación más justo y objetivo para la administración y para el administrado" (FJ 3º).

Haciendo mención a la jurisprudencia recaída sobre la cuestión, el Tribunal recoge de forma didáctica los elementos que han sentado una suficiente motivación en relación con el criterio de dictamen de peritos de la Administración:

1) La descripción del objeto a valorar. Esta es la base del informe pericial que puede permitir al contribuyente conocer sus fundamentos técnicos y prácticos. Asimismo, se dice que ello constituye una garantía tributaria ineludible. En concreto debe ser una fundamentación individualizada y no puede consistir en "meras generalizaciones sobre los criterios de valoración o solo referencias genéricas a los elementos tenidos en cuenta mediante fórmulas repetitivas preformadas" y finalmente debe notificarse al contribuyente.

2) Es necesario el examen personal por el perito de los bienes a valorar, destacando que "sin él, no cabe entender correctamente realizado el procedimiento de peritación". Y se añade que "no casa muy bien entender una pericia bien hecha, ab initio, sin examen personal, para finalmente descubrirse que ese objeto no tiene las condiciones fácticas que se le han supuesto, o que presenta otras que aumentan o reducen notablemen-

te su valor". Refuerza este argumento el Tribunal, acudiendo a los requisitos recogidos en semejantes términos insertos en diversas disposiciones normativas.

Por lo que respecta al criterio de los "precios medios" aducidos por el perito comprobante, el Tribunal recuerda la STS de 12 de noviembre de 1999, donde se advierte que no puede presumirse la certeza de estos, sino que "se requiere la justificación de las razones de su formulación y de su aplicación a los bienes concretos, se debe especificar la forma en que se han tomado en consideración esas circunstancias, siempre claro está de un modo detallado" (STS de 12 de Noviembre de 1999). En este pronunciamiento se explicita, asimismo, el deber de los peritos de la Administración de "1) comprobar en cada caso los bienes, 2) describirlos, 3) facilitar a los órganos administrativos y jurisdiccionales los antecedentes de hecho suficientes para admitir o rechazar las valoraciones".

Pues bien, analizadas las exigencias de motivación, el Tribunal estima que la comprobación de valores realizada adolece de la necesaria motivación, debido al desconocimiento, al menos parcial, de los estudios de mercado tenidos en cuenta para valorar el inmueble, puesto que no constan en el expediente de comprobación de valores (FJ 5º). Explicita el Tribunal para entender fundamentada la motivación en los casos de remisión a registros fiscales existentes o a los estudios de mercado, la necesidad de incorporar al expediente adminisrativo un certificado o testimonio documental de los datos contenidos en aquéllos.

Y en lo que ahora interesa, son datos concretos que denotan esa falta de motivación, la falta de aportación al expediente de los valores unitarios obtenidos de los estudios de mercado citados por la Junta de Castilla y León y la falta de identificación o cita concreta de cuál de esos valores unitarios ha utilizado (de los muchos existentes).

Por otro lado, el Tribunal hace hincapié en la ausencia absoluta de consignación del procedimiento seguido en la aplicación, ponderación o actualización de esos valores unitarios (FJ 7º). Argumentos que, en consecuencia, llevan a estimar las alegaciones del recurrente.

3. LIQUIDACIONES PARALELAS. MOTIVACIÓN

Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2005, de 20 de junio.

En este asunto se plantean distintas alegaciones, aunque sólo prospera la relativa a la vulneración del artículo 24 CE como consecuencia de la imposición de sanción por infracción grave sin acreditar la existencia de un mínimo de culpabilidad y de ánimo defraudatorio. Nos interesa, no obstante, dado que, a pesar de la abundante jurisprudencia menor en el tema, raramente el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con la motivación de las liquidaciones paralelas.

La sentencia trae causa en una liquidación girada –de las denominadas "paralelas"- en concepto de IRPF, en donde se especificaban determinadas cantidades señaladas con un asterisco que se correspondían con determinados ingresos que los recurrentes en amparo no habían incluido en la autoliquidación del impuesto presentada.

En concreto, se imputa al actor una cantidad en concepto de rendimiento irregular y una deducción por gastos de desplazamiento sin la justificación requerida.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó la alegación de falta de motivación de la liquidación provisional, a pesar de que en anteriores sentencias se había estimado esta alegación cuando en los acuerdos de liquidación provisional se justificaban las cantidades modificadas con sendos asteriscos que aludían a diferentes conceptos tributarios omitidos y erróneamente computados, limitándose a citar las normas infringidas pero sin especificar las razones de haber apreciado los indicados errores.

Pues bien, entre otros motivos de alegación, el recurrente en amparo plantea la posible vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), formulada en relación con la liquidación paralela acordada por la Administración tributaria y que se proyecta por diversas causas: falta de motivación suficiente, arbitrariedad, irrazonabilidad e indefensión.

En primer lugar, la simple incorporación del asterisco provoca la indefensión de los recurrentes pues no pueden conocer con exactitud la causa que motiva la práctica de la liquidación provisional, de forma que no tuvieron posibilidad de orientar debidamente su defensa.

Se trae a colación la STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4º, donde se señala que "la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3)", de forma que, "la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión —haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley—, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1º). De ahí que este deber sea más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental". Si bien es cierto que, tal y como se recuerda en esta misma sentencia "esta exigencia constitucional no significa que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4º). Desde este punto de vista, el Tribunal no observa ningún tipo de vulneración, pues, a su juicio, se exteriorizan debidamente las razones que fundamentan la decisión judicial (FJ 2º).

Cuestión distinta, sin embargo, es la de si a pesar de contener motivación en sentido constitucional de verificarse la ratio decidendi, la

argumentación ofrecida incurre en arbitrariedad o resulta irrazonable. Acerca de este aspecto, el Tribunal ha declarado que, para apreciar la existencia de comportamiento arbitrario en la actuación judicial se debe analizar si se ha incurrido o no en "un actuar sin razones formales ni materiales y que resulta de una simple expresión de la voluntad (STC 51/1982, de 19 de julio, FJ 3º)" (STC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4º) y que "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 4º y las que cita).

El juicio del Tribunal en este caso se inclina por negar la pretendida arbitrariedad, pues la inexistencia de prueba de los presupuestos de hecho que daban lugar a los conceptos rectificados por la liquidación, "no puede calificarse de actuar carente de razones formales ni materiales y que resulta de una simple expresión de la voluntad" (FJ 3º).

En tercer lugar, la irrazonabilidad estimada por la parte recurrente se daría por no haber acreditado los presupuestos de hecho para aplicarse las cantidades imputadas, dado que según aquella, la Administración no se puso en contacto con ellos. El Tribunal rechaza de plano este planteamiento, pues constan en las actuaciones que los recurrentes fueron requeridos para justificar los requisitos exigidos para aplicar los conceptos en litigio (FJ 4º).

Por último, respecto de la indefensión el Tribunal se pronuncia también en sentido desestimatorio a la vista de la orientación que han tenido los recurrentes para plantear el objeto de litigio, de la cual se extrae "una cabal comprensión de los razonamientos contenidos en la Sentencia impugnada". Y, además, en ningún momento puede concluirse –a la vista del expediente- según el Tribunal que se haya impedido la presentación de las manifestaciones y pruebas procedentes. En definitiva, razones suficientes para desechar cualquier tipo de indefensión considerable por el Tribunal.

Por último, tampoco la resolución puede ser calificada de irrazonable, pues no constituye lo que el Tribunal denomina "quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no puedan considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas" (SSTC 151/2001, de 2 de julio, FJ 5º; 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4º), ni ante un razonamiento jurídico objetivamente insusceptible de resultar comprensible a "cualquier observador" (STC 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 5º).

IV. INSPECCIÓN

1. DOCUMENTACIÓN DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS. ACTAS PREVIAS Y DEFINITIVAS. ACTAS DE DISCONFORMIDAD. MODIFICACIÓN DEL ACTA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 16 de septiembre de 2005.

En la sentencia objeto del presente comentario, la Sala de lo Contencioso – Administrativo trata de dilucidar si resulta procedente la calificación de definitiva de una liquidación derivada de la efectiva realización de actuaciones inspectoras de comprobación que, pese a haber sido iniciadas con carácter general, culminan con un acta calificada de previa y provisional, si bien, el Inspector – Jefe competente dicta acuerdo por el que se procede a la rectificación de la calificación del acta como previa y de la liquidación como provisional, considerándose a todos los efectos definitivas en ambas vertientes.

Pues bien, la Sala mantiene que la nueva calificación del acta como definitiva en nada perjudica a la recurrente, es más le favorece por cuanto se precluyen las posibilidades de la Inspección de los Tributos para efectuar nuevas liquidaciones, aún cuando la comprobación iniciada con carácter general, a juicio de la recurrente, no tuvo realmente tal carácter, a lo que la Sala aduce que, si bien, lo ortodoxo es que a una comprobación iniciada como general le siga una completa y efectiva comprobación, que habrá de culminar con una liquidación definitiva, nada obsta, para que desde un punto de vista material la Inspección tributaria estime en un determinado momento lo suficientemente completa una comprobación

como para dictar una liquidación definitiva, sea o no completa de modo efectivo. Por tanto, no ha de confundirse la obligación de la Inspección de realizar una comprobación completa con la obligación de que ésta sea exhaustiva, en la medida en que, reunidos los elementos constitutivos del hecho imponible cabe proceder a dar por terminada la comprobación iniciada.

Resuelta tal cuestión, la Sala aborda otra no menos importante y, quizá más problemática que trata de dilucidar si el trámite de audiencia que prevé el art. 60.3 del Reglamento General de la Inspección de los Tributos - en adelante, RGIT -, para los casos en que el Inspector - Jefe apreciase en la propuesta de liquidación formulada en el acta, error en la apreciación de los hechos en que se funda o indebida aplicación de las normas jurídicas resulta o no aplicable a los supuestos en los que el acta se ha firmado en disconformidad.

A tal efecto, la Sala adopta como punto de partida en su análisis el carácter que ha de atribuírsele a las actas de inspección, por lo que a tenor de la doctrina reiterada por el Tribunal Supremo (SSTS 3 de octubre de 1988 y 5 de septiembre de 1991), las actas de inspección no tienen el carácter de acto administrativo y, por tanto, no son impugnables ni administrativa, ni jurisdiccionalmente, por lo que, menos aún, podrían ser objeto del procedimiento especial del art. 154 de la Ley General Tributaria – en adelante, LGT -. Por esta razón es lícito el contenido del art. 60 RGIT. En consecuencia, las actas de la inspección no tienen otra naturaleza que la de <<documento público>> emanado de funcionario competente con las solemnidades requeridas por la ley, de modo tal que las obligaciones tributarias no nacen de ellas, sino de los actos administrativos de gestión tributaria o de las liquidaciones que de las mismas se dimanen.

Es precisamente por ello, por lo que el Inspector – Jefe conserva las facultades que le confiere el art. 60 RGIT, más aún cuando, a tenor de lo dispuesto en el apartado 3 del citado precepto se prevé la audiencia al interesado en caso de apreciarse en la propuesta de liquidación formulada en el acta, error en la apreciación de los hechos en que se funda o indebida aplicación de las normas jurídicas, si bien, no cabe el trámite de audiencia citada cuando el acta se haya suscrito en disconformidad por parte del

obligado tributario. Y ello por varias razones: la primera de ellas deriva del tenor literal del art. 60 RGIT que regula las liquidaciones derivadas de actas de disconformidad; la segunda, que determina que dado que un acta de conformidad supone acuerdo y asunción por el sujeto pasivo de los criterios expuestos y de las pruebas aportadas por la Inspección de los Tributos, resulta lógico dar audiencia a aquél en el caso de que proceda la modificación de los términos de esa conformidad, trámite del todo innecesario cuando se trata de un acta de disconformidad pues no existe acuerdo previo; la tercera de las razones viene dada por la diferente tramitación a la que han de someterse actas de conformidad y actas de disconformidad y; la última de las razones, viene determinada por el hecho de que una vez suscritas las actas (incluso las de disconformidad) no es viable que el Inspector – Jefe las deje sin efecto, pueda ordenar la práctica de actuaciones complementarias, la iniciación del correspondiente expediente o la rectificación de errores, ya que considera que son actos definitivos no susceptibles de revisión, salvo a través del procedimiento especial del art. 154 LGT.

V. RECAUDACION

1. POSIBILIDAD DE UTILIZACIÓN POR PARTE DE LAS ENTIDADES LOCALES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE APREMIO CUANDO EL SUJETO OBLIGADO SEA UNA ADMINISTRACIÓN. INTERPRETACIÓN DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 2.2 DE LA LEY 39/1988, DE HACIENDAS LOCALES, EN BASE A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2005.

En el presente recurso de casación en interés de ley se impugna una resolución desestimatoria del Ministerio de Justicia ante el requerimiento practicado por el Ayuntamiento de Manresa al Ministerio de Justicia en reclamación de pago de la liquidación practicada con cargo al citado Ministerio, en concepto de Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras.

El recurso se basa, fundamentalmente, en la invocación del artículo 29 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa y, en concreto, en la posibilidad, recogida en dicho precepto como novedad, de recurrir "contra la inactividad de la Administración".

Precepto que es objeto de examen exhaustivo por parte del Tribunal Supremo llegando a la conclusión de la imposibilidad de su aplicación al supuesto objeto de litigio señalando, en concreto, que no es posible "la aplicación del art. 29 de la LJCA, pues no se trata de una inactividad de las previstas en el art. 29 de la LJCA ni de la ejecución de un acto dictado por el Ministerio de Justicia sino del pago de un tributo liquidado por el Ayuntamiento de Manresa", razón por la cual procede la desestimación del recurso, (F.J. 3º).

A partir de dicha declaración, el Organo juzgador, después de señalar que "resulta sorprendente que una Administración Municipal acuda a los Tribunales para la exacción de sus tributos con el fin de obtener un título ejecutivo, en este caso frente a la Administración Estatal" (F.J. 4º), emprende un nuevo proceso de argumentación para demostrar la posibilidad que tenía la Corporación Local de acudir al artículo 2.2 de la LHL para utilizar el procedimiento de apremio frente a la Administración estatal y que el Ayuntamiento de Manresa entendía como imposible.

De este modo, trayendo el Tribunal a colación el contenido del mencionado artículo 2.2 de la LHL que determina que "para la cobranza de los tributos y de las cantidades que como ingresos de Derecho Público debe percibir la Hacienda de las Entidades Locales dicha Hacienda ostentará las prerrogativas establecidas legalmente para la Hacienda del Estado y actuará, en su caso, conforme a los procedimientos administrativos correspondientes", señala, a mayor abundamiento, que en su Sentencia de 29 de enero de 1999, se rechaza la imposibilidad de utilización por parte de las Haciendas Locales del procedimiento de apremio y de las medidas ejecutivas que éste conlleva cuando el sujeto obligado sea una Administración, indicándose, además, que, en base a la doctrina del Tribunal Constitucional (recogida, entre otras, en las Sentencias 166/1998 y 211/1998), el privilegio de la inembargabilidad sólo alcanza a los bienes que estén destinados a la realización de actos "iure imperii" pero no a la realización de actividades "iure gestionis" y ello "porque una interpretación de las normas que condujera a mantener la imposibilidad absoluta de eje-

cución de las Administraciones públicas debía considerarse vulneradora del art. 24.1 de la Constitución" (F.J. 4º).

Por todo ello, concluye el Tribunal Supremo, admitir lo contrario sería "limitar de modo considerable la capacidad de financiación de las Entidades Locales y desconocer la doctrina del Tribunal Constitucional en punto a la posibilidad de embargo de bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas" (F.J. 4º).

2. NECESIDAD DE COMUNICAR AL CONTRIBUYENTE LA ESTIMACIÓN DEL RECURSO FRENTE A UNA LIQUIDACIÓN QUE HABÍA SIDO ANULADA Y CUYA EJECUCIÓN HABÍA SIDO SUSPENDIDA. IMPROCEDENCIA DE LA INICIACIÓN AUTOMÁTICA DEL PROCEDIMIENTO DE APREMIO. INDEFENSIÓN.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2005.

El objeto de la controversia planteada ante el Tribunal Supremo cabe reconducirla al hecho de determinar si, tras la suspensión de la ejecutividad de una liquidación impugnada y su anulación en primera instancia económico-administrativa, con posterior confirmación de la liquidación inicial practicada en alzada por el TEAC, la Administración tributaria puede iniciar el procedimiento de apremio sin notificar al contribuyente el fin de dicha suspensión de la liquidación y la apertura del plazo de pago voluntario.

Cuestión que es examinada por parte del Tribunal declarando que "estimada la reclamación o recurso frente a una liquidación anulada cuya ejecución había sido suspendida, no puede producirse automáticamente el apremio sino que es necesario que el órgano de gestión notifique expresamente al interesado advirtiéndole que ha quedado sin efecto la suspensión y señalando plazo para el ingreso en período voluntario", añadiendo dicho Organo que, en el caso de no cumplirse dichos requisitos, el apremio será nulo, debido, fundamentalmente, al hecho de que se sitúa al contribuyente, y esto debe resaltarse, en una situación de indefensión (F.J. 4º).

A mayor abundamiento, se razona en la Sentencia, que la solución que en ella se aporta "es la que, en el plano de la equidad", vienen apli-

cando los Tribunales de Justicia siendo también la adoptada por parte del Legislador en la reforma que el Real Decreto 448/1995 realiza en el Reglamento General de Recaudación. Por ello, y en base a las razones expuestas, a las que se añade el hecho de que no consta que la Administración tributaria, en el caso enjuiciado, haya dado cumplimiento de su deber de acusar recibo de la resolución el TEAC y disponer su ejecución, dictando los correspondientes actos ejecutivos en los que debería comunicarse tanto los recursos procedentes como, en este caso, el plazo concedido para el pago de la deuda en período voluntario y, por tanto, sin recargo de apremio y sin ejecución de aval, el Tribunal Supremo declara la procedencia de estimar el recurso planteado y anular los actos administrativos impugnados en el mismo, incluida la providencia de apremio.

3. LA RESPONSABILIDAD POR RAZÓN DE AVAL NO TIENE SU ORIGEN EN LA LEY SINO EN UN ACUERDO DE VOLUNTADES. EL AVALISTA NO PUEDE PRETENDER LA REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO SEGUIDO FRENTE AL OBLIGADO PRINCIPAL.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2005.

Los hechos que dan origen al presente recurso ante el Tribunal Supremo se centran, en esencia, en la pretensión del recurrente, que aparece con la condición de avalista de un determinado obligado tributario, de solicitar la revisión del procedimiento seguido frente al obligado principal. Circunstancia que conduce al Tribunal a ir desgranando cada uno de los motivos de impugnación planteados.

Así, en primer lugar, y ante la condición de “interesado” en el procedimiento que alega el recurrente, en base a la cual se le deberían haber dado traslado de las actuaciones anteriores al requerimiento de pago, el Organo juzgador declara que la responsabilidad por razón de aval “no tiene su origen en la ley, sino en un acuerdo de voluntades”; en consecuencia, “las obligaciones que de ella se derivan son ajenas a la obligación tributaria principal”. “La obligación surge de modo automático, cuando se cumple el presupuesto de hecho establecido en el pacto” (F.J. 2º).

Por ello, y en segundo lugar, ante la pretensión del recurrente de pretender la revisión del procedimiento seguido frente al obligado principal,

el Tribunal entiende que la obligación asumida por el mismo tiene "naturaleza accesoria" encontrando su causa "en el incumplimiento de la obligación principal, pero es extraña a los avatares y procedimientos que hacen nacer esa obligación principal, los cuales tienen vida propia" (F.J. 3º).

Razones, en base a las cuales, también se justifica la "falta de la certificación de descubierto y de la providencia de apremio", también alegada por el recurrente (F.J. 5º), conduciendo todas ellas a la desestimación del presente recurso.

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. FRAUDE DE LEY. SIMULACIÓN. ANALOGÍA *IN MALAM PARTEM*.

Sentencias del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, y 48/2006, de 13 de febrero

La Sentencia del Tribunal Constitucional 120/2005, de 10 de mayo, ha establecido que «el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos» (FJ 4.º). Así, por lo que respecta al tipo penal de defraudación tributaria, junto al resultado dañoso para los legítimos intereses recaudatorios debe «darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompasan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito […] La utilización de dicha figura para fundamentar la condena del demandante de amparo como autor responsable de un delito contra la hacienda pública ha de considerarse en consecuencia -como ya afirmamos en la […] STC 75/1984, de 27 de junio- una aplicación analógica del tipo penal contemplado en el art. 349 del Código penal de 1973 que, como tal, resulta lesiva del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE» (FJ 5.º).

En cuanto a la Sentencia, también del Tribunal Constitucional, 48/2006, de 13 de febrero, señalaremos que los recurrentes en amparo consideran que la condena impuesta por delito contra la Hacienda Pública vulnera su derecho a la legalidad penal, pues, a juicio de éstos, su comportamiento sería «calificable todo lo más de fraude de ley tributaria –y reproducimos texto del FJ 1.º-, comportamiento que sería atípico en el ámbito penal al no concurrir en tal actuación los elementos típicos característicos del delito fiscal. Dicha condena se habría basado por consiguiente, en su opinión, en la aplicación por los órganos judiciales de una analogía *in malam partem* que vendría prohibida por el derecho reconocido en el art. 25.1 CE».

En el FJ 3.º de esta Sentencia de 2006, el Tribunal Constitucional recuerda la Sentencia 120/2005, de 10 de mayo, en cuyo FJ 4.º afirma que «la utilización de la figura del fraude de ley –tributaria o de otra naturaleza- para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne *per se* los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam* partem prohibida por el art. 25.1 CE». Pero el Constitucional considera que los supuestos sometidos a su consideración en una y otra ocasión, son distintos; y es que, a diferencia de aquél que da lugar a la referida Sentencia de 2005, «en el que había quedado expresamente descartada por los órganos judiciales la existencia de simulación negocial u ocultación alguna por parte del recurrente dirigida a defraudar a la Administración tributaria, en el presente caso tanto la Sentencia de instancia como la dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo afirmaron en forma extensamente motivada la realización por los actores de una compleja trama de operaciones ficticias directamente encaminadas a eludir la obligación que tenían de tributar por el impuesto que grava las donaciones *inter vivos*. De manera que, si bien es cierto que en el cuarto de los fundamentos de Derecho de la Sentencia de instancia se produce una equiparación del comportamiento de los acusados con el constitutivo de fraude de ley, no es menos cierto que en ese mismo lugar se insiste en el carácter simulado de los negocios por ellos realizados. En cualquier caso, en la Sentencia dictada en casación por la Sala Segunda del Tribunal Supremo se afirma taxativa y motivadamente en varias ocasiones que los hechos enjuiciados no fueron constitutivos de fraude de ley sino de simulación. No puede, en consecuencia, concluirse que los recurrentes fueron

condenados por haber perpetrado un fraude de ley tributaria penalmente atípico, toda vez que quedó suficientemente acreditado en el proceso que realizaron varios negocios simulados; simulaciones éstas que no cabe confundir con un fraude de ley tributaria ya que, como afirmamos en la STC 120/2005, de 17 de mayo, FJ 4, "mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio salta a la vista"» (FJ 3.º).

El Tribunal Constitucional establece, pues, en la Sentencia de 2006, que «habiendo quedado suficientemente acreditada en el proceso la existencia de simulación en las actuaciones atribuidas a los recurrentes, ninguna vulneración de su derecho a la legalidad penal cabe atribuir a las Sentencias recurridas por haberles condenado a título de autores y cómplice de un delito fiscal, ya que dicha condena no se basó en una aplicación analógica *in malam partem* del tipo penal en el que se previene el referido delito, sino en una irreprochable subsunción en el mismo de una conducta que reunía los requisitos subjetivos y objetivos contenidos en la mencionada descripción típica» (FJ 3.º).

2. DELITO FISCAL. DICTÁMENES JURÍDICOS. DECLARACIONES DE LOS FUNCIONARIOS DE LA AEAT. PERITOS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2006

Los dictámenes jurídicos no constituyen prueba pericial. En efecto, «la aplicación del derecho no constituye un hecho y por lo tanto no puede ser objeto de prueba. Tales dictámenes configuran opiniones sobre la subsunción de los hechos y por esa razón no son aptos para probar la existencia de los presupuestos fácticos de la misma» (FJ 1.º).

El Supremo considera, además, que «los funcionarios de la Agencia Tributaria no pueden ser considerados peritos y sus declaraciones, en todo caso, sólo pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de ratificar y ampliar, si corresponde, los hechos constatados en las actas de la Inspección. La constatación de los hechos basados en una comprobación

de circunstancias fácticas, inclusive las contablemente documentadas, no requieren [*sic.*], en principio, especiales conocimientos científicos o artísticos en el sentido del art. 456 LECr. y por tal razón es erróneo considerar a los funcionarios de la Agencia Tributaria como peritos. Por otra parte, cuando estos conocimientos sean necesarios, por ir más allá de la mera constatación, la designación de peritos contables deberá recaer en personas que no estén afectadas por las causas de recusación previstas en el art. 468 LECr.» (FJ 1.º).

3. DELITO FISCAL. INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2005

Destacaremos, en este pronunciamiento, la siguiente afirmación del Tribunal Supremo (FJ 10.º): «Condicionar la interrupción de la prescripción [del delito] a la admisión de la querella sería aleatorio, inseguro jurídicamente y con una gran dosis de injusticia al remitir la decisión de extinguir la responsabilidad criminal de un delincuente a la mayor o menor carga de trabajo que tenga un Juzgado».

Ahora bien, considerando la doctrina del Tribunal Constitucional (2005), no habría de bastar para interrumpir la prescripción penal la simple interposición de una denuncia o querella. Dicha interrupción requeriría un «acto de intermediación judicial». Por tanto, «quien desee ejercer una acción penal no puede esperar hasta el último día del plazo de prescripción previsto para presentar la correspondiente querella o denuncia, pues tal entendimiento supondría tanto como dejar a los órganos judiciales sin plazo útil para decidir y, en consecuencia, que necesariamente hubieran de decretar la prescripción de los hechos delictivos en su caso denunciados. Se impone así, pues, un cierto deber de diligencia a las partes. Pero también se le impone al Juez, al exigirle el dictado de una resolución favorable o desfavorable a dichas pretensiones en ese mismo plazo preclusivo, so pena de que, de no hacerlo, haya de declarar extinguida la responsabilidad penal del denunciado por motivo de prescripción, sin perjuicio de que, en su caso, hubiera de afrontar además las correspondientes responsabilidades penales, disciplinarias o meramente pecuniarias que pudieran derivarse de un retraso injustificado en la administración de justicia» (STC 63/2005, de 14 de marzo,

dictada en amparo relativo a la supuesta comisión de un delito de alzamiento de bienes –texto literal tomado de los FFJJ 8.º y 9.º-).

VII. REVISIÓN

1. RECURSO DE CASACIÓN. UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

Sentencia Tribunal Supremo de 10 noviembre 2005.

La presente sentencia resuelve un recurso de casación en unificación de doctrina presentado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, dictada tras la impugnación de un acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Molina de Segura, que había declarado extemporáneo el recurso de reposición interpuesto contra una liquidación girada en concepto del ICIO.

La pretensión de la parte actora se funda en pedir la apertura para ella de la posibilidad de impugnar la liquidación provisional –reclamando que no se le efectuó la notificación de la liquidación provisional- y ello a pesar de que tal conocimiento haya tenido lugar después de haber consentido la Administración regional tal liquidación provisional.

El interés de la sentencia reside en el análisis que el Tribunal efectúa de los requisitos de admisibilidad del recurso de casación en unificación de doctrina. A estos efectos, el Tribunal recuerda que el recurso de casación para la unificación de doctrina exige un doble fundamento: “la existencia de una contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia o las sentencias alegadas en contraste; e infracción del ordenamiento jurídico por la sentencia impugnada” (FJ 3º).

Igualmente, debe tenerse presente que, además, entre uno y otro fundamento ha de existir una necesaria relación, entendiendo que la infracción legal imputada a la resolución impugnada ha de constituir el objeto de la contradicción denunciada. Por tanto, se precisa que “la contradicción opere como requisito de admisibilidad del recurso y como elemento de su fundamentación”.

Pues bien, el objeto de la infracción legal imputada se refiere al art. 102 LRHL, donde se ordena un desplazamiento del contribuyente -el propietario del inmueble o el dueño de la obra, estableciéndose una única relación tributaria entre la Administración y el peticionario de la licencia o el constructor de la obra en el ICIO. En consecuencia, ello implica "la necesidad de notificar la liquidación provisional, en el ICIO, a quien ostente la condición de sustituto del contribuyente en el momento de la efectuarse la liquidación provisional del impuesto". Sin embargo, el sustituto del contribuyente no siempre existe, esto es, en los casos en que la solicitud de la licencia se realiza por el dueño de la obra o contribuyente, quien será el destinatario de la notificación de la liquidación provisional que se practica.

Constatada pues la inexistencia de la infracción legal alegada –postura que se sostiene en la sentencia recurrida-, el Tribunal concluye la improcedencia de la casación, habida cuenta que la notificación de la liquidación provisional sólo incumbe respecto de quien ostenta la condición de sujeto pasivo, pero no respecto de quien en ese momento todavía es ajeno a la obra. La relevancia jurídica de la doctrina se sitúa en las dos consideraciones que añade el Tribunal: 1ª) "la incertidumbre que supone admitir como válido un momento impreciso de conocimiento de la liquidación provisional, al margen de una notificación formal, por quien no era sustituto cuando aquella se gira ni podía ser conocido por la Administración"; 2ª "admitir la posibilidad de una impugnación frente a un acto consentido por quien era sujeto pasivo principal y sobre el que pesa, en definitiva, la correspondiente cuota tributaria que se satisfaga, según resulta actualmente de la propia previsión legal expresa" (FJ 5º).

2. SUSPENSIÓN DE EJECUCIÓN DEL ACTO IMPUGNADO. ACREDITACIÓN DE IMPOSIBILIDAD DE PRESTAR GARANTÍAS.

Sentencia Tribunal Supremo de 26 octubre de 2005.

Este recurso de casación resuelve acerca de la procedencia o no de la suspensión de la ejecución de la sentencia recurrida a instancia del interesado que concierne a una liquidación relativa al Impuesto sobre Sociedades. En concreto, el aspecto de mayor interés en esta sentencia

es el concerniente a los requisitos exigibles para la acreditación suficiente de la imposibilidad de prestar garantía.

El Tribunal hace un recorrido legislativo por las disposiciones normativas que se han ocupado de regular los requisitos de garantía exigibles para la admisión de la solicitud de suspensión del acto recurrido. Tras este proceder, se observa que la legislación tributaria ha primado facilitar otro tipo de garantías que la tradicionalmente aceptada (es decir, el depósito de dinero o valores públicos, aval o fianza solidaria de entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca y fianza de contribuyentes en deudas de cuantía muy limitada). De esta forma la apertura en la aceptación de diversos modos de prestación de garantías se ha producido introduciendo la posibilidad de aportarla a través de hipoteca inmobiliaria, hipoteca mobiliaria, prenda con o sin desplazamiento, fianza personal y solidaria, y cualesquiera otra que se estime suficiente. Esta última cláusula se encuentra incluida en el actual art. 233 LGT de 2003.

A salvo quedan los supuestos de suspensión sin garantía, que se encuadran bajo el criterio discrecional del órgano juzgador, siempre que la ejecución del acto pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

En el asunto en cuestión, el Abogado del Estado pretende hacer valer su argumentación apoyándose en que no se han acreditado los daños o perjuicios de imposible o difícil reparación. No obstante, el Tribunal estima que “tal circunstancia es una apreciación de hecho no susceptible de revisión en casación. El mecanismo para haberla hecho valer sería invocar como vulnerados los preceptos que regulan la valoración probatoria, lo que no ha hecho el Abogado del Estado” (FJ 5º).

No obstante, el Tribunal no evita hacer un juicio de valor acerca de este aspecto y manifiesta que el pronunciamiento de la sentencia de instancia no es arbitrario ni irracional, pues para su adopción se toma en consideración: “la negativa de una entidad bancaria a la prestación del aval y que dado el desarrollo de la actividad empresarial, la no suspensión de la liquidación, le haría sufrir a la empresa un perjuicio económico”. Así se considera cumplida dicha exigencia con la aportación de certificación bancaria negativa para la concesión de aval bancario.

3. RECURSO DE ALZADA. TRASCENDENCIA DE LOS PLAZOS.

Sentencias Audiencia Nacional de 20 de Enero de 2005, de 27 de Enero de 2005 (Rec. Nº 1383/2001) y de 27 de Enero de 2005 (Rec. Nº 215/2002).

En estas sentencias el Tribunal Supremo dilucida sendos recursos de alzada interpuestos con idéntica argumentación. En ellos se alega la extemporaneidad en la presentación de dicho recurso de alzada.

Del análisis de los hechos, el Tribunal aprecia que el recurso de alzada está presentado dentro del plazo reglamentario, si bien observa que el escrito en el que se formalizó debió de subsanarse al adolecer de uno de los requisitos exigidos. En cualquier caso, dicho requisito, que podría ocasionar indefensión, fue subsanado por la formalización del escrito de alegaciones que presentaron las partes intervinientes.

Por tanto, los efectos pretendidos de la extemporaneidad del recurso no pueden aplicarse, según sostiene el Tribunal, puesto que: 1º no se ha producido indefensión al recurrente; 2º las normas reglamentarias reguladoras del recurso de alzada no atribuyen a dichos plazos la relevancia pretendida, al no tratarse de unos plazos determinantes del nacimiento o extinción de derechos, sino que deja intactas las perspectivas jurídicas de los recurrentes.

En definitiva, el incumplimiento del plazo de cinco días para la remisión a la Dirección General de los acuerdos estimatorios es intrascendente, habida cuenta de la escasa relevancia de las consecuencias jurídicas que produce. Nos referimos a que, por un lado, el incumplimiento del plazo no ha producido indefensión al interesado, y, por otro lado, el plazo en cuestión no tiene un carácter esencial, lo cual conduce a mantener la validez de las actuaciones administrativas extemporáneas.

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

1. ACTIVIDADES ECONÓMICAS. ENTIDADES EN RÉGIMEN DE ATRIBUCIÓN DE RENTAS. MÉTODO DE DETERMINACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE. MÉTODO DE ESTIMACIÓN OBJETIVA. REQUISITOS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 25 de noviembre de 2005.

Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, por la que se desestima la reclamación económico-administrativa interpuesta contra el acuerdo del Inspector Coordinador de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Segovia que contiene liquidación provisional por el concepto de IRPF de los ejercicios 2001-2002. Sostiene el recurrente que la determinación del rendimiento neto de la actividad que desarrolla la sociedad civil Construcciones X se ha de realizar por el sistema de Estimación Objetiva. En segundo lugar se sostiene que no procede rectificar en sistema de determinación de la base imponible cuando se ha llevado a cabo una comprobación de pagos fraccionados.

Alegaciones que son contestadas por el Abogado del Estado y a las que el Tribunal otorga la siguiente solución: “En primer lugar se alega que para determinar si es aplicable régimen de estimación objetiva singular para el cálculo de los rendimientos netos, se ha de tener en cuenta que se trata de entidades en atribución de rentas, y que por ello ha de dividirse entre los socios el importe de los ingresos, para aplicar los parámetros encuadramiento. Alegación que no puede prosperar pues los epígrafes del impuesto de actividades económicas son aplicables a las entidades que desarrollar actividad, en este caso la sociedad civil Construcciones X, no a los socios. Pero es que además olvida el recurrente que lo que se atribuía los socios es el rendimiento de la actividad es determinado en conjunto para toda la sociedad, repartiéndose en función de la participación de cada uno de los socios. A mayor abundamiento resulta que para el ejercicio 2001 por ser el año de inicio de la actividad de la sociedad civil, por imperativo legal el régimen aplicable es el desestimación directa simplificada según el art. 26 del RD 214/1999” (F.J.3º).

Se sostiene además por el recurrente que dadas las actas de conformidad levantadas el 29 de mayo de 2003 a los socios del recurrente respecto del cumplimiento la obligación de pagos fraccionados, en las que no se ponían tela de juicio el método de estimación objetiva singular para la determinación de rendimiento neto, ha de prevalecer por tener que atribuirse a dichas actas el carácter definitivas. Sin embargo tampoco puede prosperar esta alegación ya que “aún que él inspector comprobó los libros registros de la sociedad civil, la comprobación se limitó a los exigibles fis-

calmente, y como la sociedad en principio tributará por lo vulgarmente conocido como módulos, no tenía obligación de llevar libros de ingresos, ya que el rendimiento no sé determinada función de los ingresos obtenidos, sino de otros parámetros, siendo por tanto correcta la observación hecha por el actuario, en el informe ampliatoria respetar las alegaciones formuladas por la recurrente que se reiteran en esta demanda.

Pero es que además es claro el carácter de previa del acta levantada día que se limita a la comprobación del cumplimiento de una obligación concreta cuales la de realización de pagos fraccionados, con lo que entra claramente dentro de los supuestos previstos en el art. 50 del Reglamento de Inspección.

En consecuencia pues tanto por alcance dado a la actuación inspectora como por la información a la que tuvo acceso el inspector no puede reconocerse a las actas de conformidad levantadas a los socios del recurrente con carácter de previas, el carácter de definitivas" (F.J. 4º).

2. RENDIMIENTOS DE ACTIVIDADES PROFESIONALES Y EMPRESARIALES. REQUISITOS. BASE IMPONIBLE. RÉGIMEN DE ESTIMACIÓN DIRECTA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 15 de julio de 2005.

El nudo gordiano de la presente sentencia estriba en que el recurrente cree improcedente la calificación como rendimientos ordinarios y derivados de una actividad empresarial de determinados incrementos de patrimonio procedentes de bienes no afectos hecha por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria. En verdad pretende su regularización entendiendo sus operaciones como incrementos de patrimonio, unido a una negación de su condición de empresario. Para ello el Tribunal, partiendo del análisis de la legislación aplicable al caso, determina que los ingresos son consecuencia de la actividad de promoción urbanística que desarrolla el recurrente. Actividad que no consta declarada pero que resulta acreditada no solo por las escrituras indicadas, sino por las escrituras de 22 de diciembre de 1994, por la que se adquieren y segregan terrenos

en.... En el mismo sentido diversas adquisiciones de fincas inicialmente rústicas en diciembre de 1988 y enero y mayo de 1989 al sitio de... en Madrid, donde se ha promovido la reclasificación de los terrenos y se han realizado la urbanización resultando las parcelas que son vendidas en las escrituras de 23 de mayo de 1997.

Acreditado pues el desarrollo de una actividad no declaradas el Tribunal estima que es plenamente conforme a derecho la regularización de la situación que se propugna por la administración considerando los rendimientos obtenidos como fruto de la actividad empresarial de los recurrentes tanto como promotores urbanísticos. Otros documentos aportados al expediente administrativo de gestión constatan que la actuación del recurrente era lineal como empresario repercutiendo el impuesto sobre el valor añadido ya desde las escrituras de compraventa referidas a fincas sitas en la localidad de...En definitiva, “Se desprende entonces de las actuaciones que el recurrente ha realizado enajenaciones de inmuebles (fincas urbanas más concretamente solares), parte de cuyo precio ha recibido en 1997 y que por tanto deben ser consideradas como subsumibles en el concepto de actividades empresariales o profesionales. Y eso significa la aplicación evidente del art. 41 de la Ley 18/1991, pues esos incrementos y disminuciones de patrimonio son, evidentemente derivados de un patrimonial afecto a las mismas. Sin margen de error se trata de una ordenación por parte del recurrente de medios de producción con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios; esto es, del desarrollo de una actividad profesional” (F.J.4º).

Acto seguido invoca el recurrente la imposibilidad de aplicación consideración de esos incrementos y disminuciones de patrimonio como derivados de las actividades profesionales pues afirma incumplir las condiciones establecidas en el art. 40.2), sin embargo, y como afirma la Sala, “esos requisitos van referidos exclusivamente al arrendamiento o compraventa de inmuebles, y no, como es el caso actividades que van más allá de la simple compraventa y arriendo. No olvidemos que el recurrente realiza tareas de promoción inmobiliaria, hasta el punto de consignar en escritura pública, como más arriba se indicó que era condición suspensiva la terminación de las obras de urbanización de ese solar. Efectivamente, cabe acudir al Real Decreto 1560/92, de 18 de diciembre por el que se

aprueba la Clasificación Nacional de Actividades Económicas para constatar que se trata de actividades epigrafiadas en apartados diferentes la promoción inmobiliaria por cuenta propia, la compraventa de bienes inmobiliarios por cuenta propia o el alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia (Ap. K). Si acudimos al Real Decreto Legislativo 1175/90, que regula el IAE, dentro de la actividad empresarial de promoción inmobiliaria (epígrafe 833) se comprende una serie de actividades tales como la compraventa de edificaciones totales o parciales con el fin de venta, la urbanización, parcelación... etc.; es decir, que los requisitos establecidos por el artículo 42 han de referirse a la actividad exclusiva de compraventa y alquiler de inmuebles, no siendo aplicables cuando se desarrolla otra actividad de mayor ámbito que absorba a aquella" (F.J.4º).

Por último, afirma el recurrente en su escrito de conclusiones que no ha quedado acreditado la afectación de sus participaciones indivisas a la actividad empresarial del recurrente, lo cual resulta meridianamente insostenible. Si embargo, "de la simple lectura de las escrituras públicas más arriba reseñadas, y en concreto de lo referente a la condición suspensiva añadida se colige que esos inmuebles eran la esencia de la actividad empresarial del recurrente, pues no en vano debían de ser urbanizados completamente para entenderse cumplida la condición suspensiva, o también la repercusión del IVA realizada por el recurrente. Por otro lado, la reiteración de operaciones de promoción inmobiliaria realizada por el recurrente obligan a entender que lo racional es entender las mismas como afectos a la actividad empresarial que desarrolla" (F.J.4º).

3. RENDIMIENTOS DEL TRABAJO. BASE IMPONIBLE. REDUCCIONES POR PERÍODO DE GENERACIÓN. CANTIDADES PERCIBIDAS EN CONCEPTO DE PREJUBILACIÓN. NACIMIENTO EX NOVO.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 9 de diciembre de 2005.

La cuestión central objeto de debate se concreta en si las cantidades percibidas por el recurrente como consecuencia de la prejubilación convenida el 2 de enero de 1999 con la empresa Telefónica, han de considerarse como un rendimiento del trabajo de carácter irregular según lo

establecido en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aplicable al recurso que nos ocupa, teniendo en cuenta que las cantidades cuya percepción plantea la cuestión debatida se recogen en las estipulaciones del contrato de prejubilación, por lo que derivan de él, como contraprestación del contrato o convenio voluntario entre empleador y empleado, es decir, en el terreno de los hechos, el recurrente al acogerse a una prejubilación voluntaria acordada en la empresa, pasa a percibir mensualmente una cantidades hasta cumplir los 60 años, que son satisfechas a través de la Cia. de Seguros de Vida y Pensiones Antares, S.A., por contrato con Telefónica, S.A., siendo beneficiario el prejubilado, y otras cantidades cuando pase a la jubilación anticipada de los 60 a los 65 años.

Parte la Sala del hecho de que la cuestión planteada en la litis no ha sido pacífica en el ámbito administrativo ni en las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, como ponen de manifiesto los argumentos y documentación aportada por las partes, y así el Tribunal Económico- administrativo de Castilla y León, y el mismo Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad, con sede en Valladolid, en su sentencia de 10 de febrero de 1998 consideró renta irregular las cantidades percibidas como las que nos ocupan, y lo mismo el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en su sentencia de 4 de marzo de 2003, mientras que otros Tribunales Superiores de Justicia, tanto en aplicación de la Ley del IRPF de 1991, como de la Ley del IRPF aplicable a partir del 1 de enero de 1999, consideran tales retribuciones renta regular, así la sentencia del Tribunal Superior Justicia de Galicia de 14 de mayo de 2003, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2003, del Tribunal Superior de Baleares de 9 de noviembre de 2004, del Tribunal Superior Justicia de la Rioja de 10 de junio de 2004, y mas recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en su sentencia de 28 de febrero de 2005, siendo éste el criterio que viene manteniendo el Tribunal respecto de las retribuciones percibidas mensualmente y que son el resultado de un acuerdo de prejubilación entre la empresa Telefónica y sus antiguos trabajadores, tanto con la Ley de 1991 como la de 1998, y ello, sintetizando los razonamientos, porque “dichas rentas se van percibiendo para mantener el nivel de renta pese a dejar de trabajar, y de dárseles el tratamiento de rentas irregulares cual se pretende, resultaría que pese a ser prestaciones

análogos a la jubilación y derechos pasivos, recibirían distintos tratamiento fiscal que dichas prestaciones, dándose la paradoja de que un mismo nivel de rentas, obtenidas en función de un trabajo previo y devengado del mismo modo, es decir, en función de la supervivencia, sería tratado de distinto modo, por lo que se debe concluir que las percepciones percibidas por el recurrente, con base en el ámbito de prejubilación, han de considerarse rentas regulares" (F.J.5º).

A lo anteriormente razonado, la Sala añade para justificar su criterio que "dentro de los supuestos de rentas irregulares están aquellos que se obtienen de modo o forma notoriamente irregular en el tiempo o con subordinación a que tal carácter en el tiempo sea calificado reglamentariamente, y aquellos supuestos de rendimientos cuyo ciclo de producción o periodo de generación sea superior a un año en el ámbito de la Ley 18/1991 o de dos años de la Ley 40/1998, no compartiendo esta Sala el argumento de cociente superior a 2 que se recoge en la demanda, a tenor de la Ley 40/1998 citada aplicable al caso, porque como apunta las sentencias antes citadas que concluyen en la naturaleza regular de las rentas que nos ocupan, las cantidades cuestionadas en cuanto a su tratamiento fiscal no tienen su causa en el tiempo de servicios prestados en la empresa sino que nacen ex novo del contrato o convenio voluntario entre la empresa y el trabajador, consistente, en esencia, en la obligación de la primera del abono al trabajador de las cantidades de referencia a cambio de la renuncia de éste a la relación laboral por medio de la baja voluntaria, sin que dichas cantidades tenga su causa en el tiempo de servicios prestados a la empresa, por mas que se calcula en un porcentaje del salario regulador, pues con anterioridad al contrato ningún derecho asistía al trabajador a percibir dichas cantidades" (F.J. 6º).

4. INDIVIDUALIZACIÓN DE RENTAS. INCREMENTO DE PATRIMONIO DERIVADO DE LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES REALIZADA POR UNO DE LOS CÓNYUGES «EN SU PROPIO NOMBRE».

Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de octubre de 2005.

El presente recurso se interpone por la representación de D... y Dª ..., contra resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 24

de mayo de 2002, desestimatoria del recurso de alzada formulado impugnando resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cantabria, de 28 de abril de 2000, recaída en el expediente de reclamación núm. 39/02632/97, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1991.

En relación con los efectos y eficacia de los actuaciones realizadas en el supuesto de «unidad familiar» con uno de los obligados, la Sala acude la doctrina jurisprudencial sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, en la que establece: «De igual manera no puede aceptarse que las reclamaciones económico administrativas por las que se impugnaron esas primeras liquidaciones, hasta llegar al Tribunal Central, se interpusieran solo en nombre de D. (..), por que evidentemente se promovieron en interés de la unidad familiar, que había formulado las iniciales declaraciones y a la que perjudicaba el resultado de las actuaciones inspectoras».

Sentado lo anterior, debe quedar patente que la cuestión primordial que debe ser abordada en el presente recurso, consiste en determinar los efectos que deben atribuirse a la intervención exclusiva de uno de los cónyuges en las actuaciones concernientes a una declaración conjunta de ambos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Al respecto debe tenerse en cuenta que en este Impuesto existe un hecho imponible único, consistente en la obtención de la renta en el período de la imposición, a través de cualquiera de las modalidades de rendimientos a que se refiere el art. 5º de la Ley. De esta forma, la declaración conjunta de los cónyuges supone la asunción por ambos de ese único hecho imponible, lo que conduce a la aplicación de lo dispuesto en el art. 34 de la Ley General Tributaria en cuanto establece que la concurrencia de dos o más titulares en el hecho imponible determinará que queden solidariamente obligados frente a la Hacienda pública, salvo que la Ley propia de cada tributo dispusiere lo contrario, caso que no ocurre en la Ley de Renta.

Como bien dice el ponente de la Sentencia, esta “obligación solidaria” no debe confundirse con la “responsabilidad solidaria” para el pago de la deuda tributaria a que se refieren los arts. 37 y siguientes de la propia Ley y sus disposiciones concordantes. La cotitularidad en el hecho

imponible acarrea una solidaridad global de la obligación; no una solidaridad exclusivamente referida al pago o cumplimiento de aquélla, que es lo que se contempla en citado art. 37 de la Ley General Tributaria y en los correlativos de los Inspección de los Tributos.

Establecida, pues, la responsabilidad solidaria de marido y mujer en las obligaciones tributarias derivadas de la declaración conjunta del Impuesto, cabe concluir que las actuaciones entendidas con uno de los consortes en el régimen de declaración conjunta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas son plenamente válidas y sus efectos alcanzan a ambos sujetos pasivos tal y como se ha prounciado el Tribunal Supremo en varias sentencias. Lo antedicho supone que "no procede el reproche de falta de audiencia de la interesada en el procedimiento de inspección, desde el momento que, dada aquella solidaridad, el requisito quedó cumplido con la intervención del marido a lo largo del procedimiento inspector, la suscripción del acta de disconformidad y la notificación del acto de liquidación" (F.J. 5º).

5. BASE IMPONIBLE. REDUCCIONES POR PENSIONES COMPENSATORIAS Y ANUALIDADES POR ALIMENTOS. CANTIDADES SATISFECHAS POR EL OBLIGADO TRIBUTARIO PARA PAGAR EL PRECIO DEL ALQUILER DE LA VIVIENDA FAMILIAR ATRIBUIDA A SU CÓNYUGE.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 22 de julio de 2005.

La resolución del TEAR que se impugnada considera que del examen de la sentencia de separación de los cónyuges se infiere que la cantidad que durante 1998 desembolsó el recurrente en cumplimiento de tal resolución judicial y en concepto de precio del arrendamiento de la vivienda de la ex-mujer del actor, no responde a los conceptos de alimentos o pensión compensatoria, como ha pretendido el actor, lo que comporta la procedencia de incluir dicha cantidad en la base imponible del IRPF del recurrente.

Pues bien, examinados los arts. 93 y 97 del CC, y en atención a los términos de los apartados c) y e) del artículo 90 del mismo cuerpo legal,

es incuestionable a juicio de la Sala, “axiomático, que las cantidades abonadas por el actor a su ex-mujer para pagar el alquiler del domicilio de ésta, cumpliendo la obligación que se le impuso en la sentencia de separación, ha de obedecer a una o varias de las siguientes partidas: contribución a las cargas del matrimonio, alimentos para la mujer e hijos o pensión compensatoria”.Todo ello le lleva a entender, con base en la jurisprudencia que ha interpretado esta disposición, expresada, entre otras, en las sentencias del TS de 24 de octubre y 13 de noviembre de 1998, requiriendo, para que pueda practicarse la reducción de la base imponible del IRPF, la existencia de un convenio regulador o acuerdo judicialmente aprobado del que derive la prestación, a cuyos términos habrá de estarse para determinar su naturaleza y contenido, y puesto que en el caso de autos se cumple esta exigencia, que “las cantidades satisfechas por el obligado tributario para pagar el precio del alquiler de la vivienda familiar, atribuida a su cónyuge, encaja bien en el concepto de alimentos del art.142 del Código Civil, que comprende todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, por lo que tiene derecho a su deducción en la base imponible del impuesto, por aplicación del art. 71.2 de la ley de 18/1991, del IRPF, que establece que la base imponible regular se reducirá, entre otras partidas, en el importe de las anualidades por alimentos, a excepción de las fijadas a favor de los hijos del sujeto pasivo, satisfecha por decisión judicial” (F.J. 3º).

6. MÍNIMO PERSONAL Y FAMILIAR. CUANTIFICACIÓN. DISCAPACITADOS. REQUISITOS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Burgos) de 11 de marzo de 2005.

Alega el recurrente que estando acreditado que la minusvalía que le ha sido reconocida era anterior al ejercicio 2001 deben extenderse los efectos del reconocimiento de la minusvalía a dicho ejercicio por tratarse de la aplicación retroactiva de los efectos de un acto administrativo por ser favorables al interesado. Alegaciones que son rebatidas por el Abogado del Estado.

Pues bien, de una primera lectura de estos preceptos que se encargan de regular la materia objeto de análisis parecería claro que a

falta de prueba de la percepción de una pensión de invalidez de las descritas, la única forma posible de acreditación de la situación de minusválido es la certificación del Instituto de Migraciones o Servicios Sociales o del Órgano Competente de las Comunidades Autónomas, cuya retroacción de efectos está definida legalmente, la fecha de solicitud de la valoración. Y así lo entendió Sala en reciente sentencia de fecha 23 de diciembre de 2004, respecto del mismo recurrente y para el ejercicio 2002, ello por considerar que se había producido un cambio legal con la Ley 40/98 y el Reglamento aprobado por RD 214/99, cambio legal que se consideró que suponía una restricción de la forma de acreditar la condición de minusválido y la fecha de efectos de la misma, a diferencia de las previsiones de la legislación anterior que sobre todo en el art. 31 del RD 1841/1991.

Sin embargo, si se comparan el art. 28.2 de la Ley 18/1991 con el 40.2 de la Ley 40/1998 se puede decir que aunque este último resume en la expresión discapacitado, todas las especificación de discapacidad contenidas en el primero, lo cierto es que para que sean en ambos aplicables las reducciones o desgravaciones se exigía ser... y acreditar, con lo cual la situación de partida es la misma. La variación es consecuencia de la redacción del art. 67 del RD 214/1999 que aprueba el Reglamento del IRPF, que parece limitar los medios de prueba de la condición de minusválido al certificado o resolución expedidos por el Instituto de Migraciones o Servicios Sociales o del Órgano Competente de las Comunidades Autónomas, o acreditando la percepción de una pensión de invalidez por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Sin embargo, tal y como establece la Sala una cosa es la acreditación de la condición y otra distinta es que a esa acreditación se le reconozcan efectos retroactivos, y en este punto “como quiera que tal y como resulta del art. 2.2 de la Ley 40/1998 2., resulta que se ha de estar a la renta disponible en el ejercicio tributario. Y si resulta que se prueba que concurren las circunstancias que justifican la reducción de la renta disponible, habrá de estarse al resultado de dicha prueba, ello conlleva que para aplicar la reducciones derivadas de la minusvalía lo trascendente será que en el ejercicio en que se pretenden aplicar efectivamente se reúnan las condiciones para ser reconocido como discapacitado, pues otra interpretación iría en contra de la filosofía del propio impuesto que resulta del último pre-

cepto trascrito. Máxime si como hemos apuntado en la sentencia de 15 de febrero de 2005 antes apuntada la resolución autonómica que declara la incapacidad dispone el «reconocimiento» de la minusvalía, lo que patentiza su carácter declarativo y no constitutivo, esto es, que constata una situación de hecho preexistente. No se puede negar otros efectos retroactivos a ese reconocimiento que los que se deriven de la prueba efectiva de la situación de discapacidad, y con el límite en cuanto a la revisión de declaraciones de la prescripción del derecho a instar dicha revisión" (F.J. 4º).

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1. BASE IMPONIBLE: INCREMENTOS DE PATRIMONIO: INDEMNIZACIÓN PERCIBIDA DE COMPAÑÍA DE SEGUROS POR SINIESTRO DE BUQUE PESQUERO PROPIEDAD DE LA EMPRESA. REINVERSIÓN. AYUDAS DE LA POLÍTICA PESQUERA COMUNITARIA.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2006.

Dos son las cuestiones que la sentencia recurrida analiza: a) El tratamiento de la indemnización por siniestro y b) El tratamiento fiscal de la subvención por desguace o cese definitivo de la actividad.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, la sentencia recuerda que XX, SA recibió en el ejercicio fiscal objeto de estudio una indemnización satisfecha por la entidad aseguradora por razón del siniestro -incendio- del único buque propiedad de la empresa y destinado a la pesca.

A este respecto, y con base en el art. 42 y art. 142-1 y 3 del RIS, y omo señala el TEAC en su resolución, no consta ni se ha probado que el incremento de patrimonio proveniente de la indemnización por el siniestro del barco pesquero fuese reinvertido en el plazo de los dos años a contar desde la fecha del siniestro o desde la fecha en que quedó la indemnización definitivamente fijada ya que no se había presentado un plan de reinversión, ya que, según el art. 15.8 de la LIS 61/1978, sólo cuando se presenta un plan de inversión durante el primer año el plazo de reinversión se puede ampliar a cuatro años.

Por otro lado, la empresa no ha probado a fecha de la sentencia la reinversión de tal incremento de patrimonio en los plazos y condiciones que fijan el art. 15-8 de la LIS y 146 a 150 del RIS y por otro lado difícilmente se cumpliría el requisito de que el importe total de la enajenación se reinvierta en bienes de análoga naturaleza y destino en la medida que la actora siempre parte de un cese definitivo en la actividad pesquera que era la que constituía la actividad empresarial a la que estaba afecto el bien cuya «transmisión» genera el incremento.

En cuanto a la segunda de las cuestiones, referente a las subvenciones recibidas por la recurrente del Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación por el cese de la actividad empresarial como consecuencia del desguace del pesquero, es de decir que, "de conformidad con el art. 12-d) de la LIS 61/1978, «tendrán la consideración de ingresos computables: d) las subvenciones, cualquiera que sea su clase». Y si bien en este caso han de reconducirse a los incrementos de patrimonio por cuanto ponen de manifiesto una alteración en la composición del patrimonio (art. 15-1 LIS y 126 del RIS), recogiéndose en el art. 127 del RIS una enumeración abierta de las alteraciones patrimoniales ya que el art. 129 del mentado Reglamento al hacer una delimitación negativa de los incrementos no sometidos a gravamen, en el apartado 2 con referencia al apartado 1 señala que «cualquier otro incremento patrimonial -distinto a los mencionados en el apartado precedente- será computado por este concepto». Además, dichas subvenciones no pueden reconducirse al art. 96 RIS, subvenciones corrientes cuya finalidad es la de estimular la producción de la empresa mediante la compensación de pérdidas, obtención de una renta mínima o la complementación de precios, ni tampoco pueden reconducirse al art. 87 del RIS, subvenciones de capital cantidades a fondo perdido y con carácter no regular o periódico, con la finalidad de favorecer el inicio o la instalación de las actividades, las inversiones en inmovilizado o gastos de proyección plurianua" (F.J. 2º).

En cuanto a la aplicación de la Disposición Adicional Décima -Ayudas de la política pesquera comunitaria- de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades que establece que: «No se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades las rentas que se pongan de manifiesto como consecuencia de la percepción de las ayudas de la política pesquera comunitaria, por la paralización definitiva de la actividad

pesquera de un buque y por su transmisión para la constitución de sociedades mixtas en terceros países», la sentencia recurrida "entiende que la tesis de que las exenciones fiscales que reconocen las normas posteriores han de ser aplicables a los hechos anteriores no puede ser admitida porque ello equivale a dotar a las normas de un carácter retroactivo, que significaría tanto como aplicarlas no solamente a las exenciones sino también a aquellos casos en los que la nueva norma establezca un tipo impositivo más elevado que la anterior bajo cuya vigencia se realizó el supuesto de hecho del tributo. Esta retroactividad no está amparada por precepto legal tributario alguno. La regla general es la de la irretroactividad. Salvo que se diga que una norma es retroactiva, la norma aplicable a una liquidación tributaria es la que se halle vigente en el momento de producirse el hecho imponible o supuesto de hecho del tributo" (F.J. 2º).

2. PARTIDAS DEDUCIBLES. PARTICIPACIONES DE ADMINISTRADORES EN LOS BENEFICIOS DE LA SOCIEDAD. REQUISITOS PARA LA DEDUCCIÓN. PREVISIÓN DE LA RETRIBUCIÓN EN LOS ESTATUTOS. FALTA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2005.

Dos son las cuestiones que se plantean en la siguiente litis: 1) Procedencia de la deducibilidad de las cantidades satisfechas a los Administradores, al amparo del art. 13. ñ), de la Ley 61/78, del Impuesto sobre Sociedades, al no tratarse de una liberalidad, conforme a la interpretación jurisprudencial del término. 2) Nulidad de la liquidación practicada en la que no se considera deducible dichos importes, pues concurren los requisitos legales exigidos, al haberse acordado dicho pago en la Junta General de Accionistas, conforme a la normativa mercantil, de fecha 30 de junio de 1992, estando acordada la retribución en el art. 14 de los Estatutos de la sociedad de 12 de mayo de 1992.

En relación con el tratamiento fiscal de las retribuciones a los miembros del Consejo de Administración, y con base en el art. 13.ñ), de la Ley 61/78, del Impuesto sobre Sociedades, y el art. 130, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989,, se desprende que la fijación de la retribución de cualquiera de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad, se debe producir estatutariamente; debe

ser prevista y fijada en los Estatutos sociales, de forma que en el supuesto de que no se contemplasen y se quisiera pretendiese su regulación, se ha de proceder a la reforma de los mismos. Esta facultad corresponde a la Junta General, de conformidad con lo establecido en el art. 58 de la Ley de Sociedades Anónimas. Sin embargo, la norma tributaria habla de participaciones obligatorias por así imponerse en los Estatutos sociales, «o estén acordadas por el órgano competente». De este modo, "prima facie, la norma tributaria parece más flexible a la hora recoger la fuente u origen de la atribución de las «participaciones en los beneficios», al contemplar, tanto los Estatutos, como la decisión del órgano competente. En este sentido, la especialidad de la norma tributaria se debe interpretar según su tenor literal, que es más amplio que el de la norma mercantil, a los efectos de la consideración como «gasto deducible» de las participaciones en beneficios de los administradores" F.J. 2º).

Así las cosas, y atendiendo al art. 158, del Real Decreto 1597/1989, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil "no puede desconocerse que el contenido del Registro Mercantil se presume exacto y válido, que los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y que la buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción (artículos 20 y 21 del Reglamento de Registro Mercantil), toda cuya normativa, aplicada al caso que nos ocupa, ha de comportar ineludiblemente que el acuerdo sobre la retribución de los Consejeros de la sociedad, acordado en la Junta General de Accionistas de fecha 12 de mayo de 1992, cuyo acuerdo no fue inscrito en el Registro Mercantil hasta la fecha de 15 de julio de 1993, no puede en modo alguno afectar a terceros, como en este caso es la Hacienda Pública, que desconocía la existencia del referido acuerdo de modificación de los Estatutos sociales en el punto referente a la retribución de los Consejeros de la sociedad, por lo que, si bien la adopción del acuerdo cumple los requisitos exigidos por la norma fiscal, sin embargo, en relación con el ejercicio liquidado no es viable la deducción pretendida como gasto, al no haberse cumplido con los requisitos establecidos por la normas mercantiles, lo que impide la aplicación del beneficio fiscal patrocinado" (F.J. 3º).

3. DEDUCIBLES: PROVISIONES PARA RESPONSABILIDADES: PROVISIÓN DERIVADA DE UNA OPERACIÓN DE PERMUTA DE SUELO A CAMBIO DE UNA EDIFICACIÓN FUTURA.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de noviembre de 2005.

El tema de debate de la presente sentencia se basa en la procedencia de la deducibilidad de las provisiones registradas para ajustar el coste de las ventas de pisos y locales a los costes reales, pues consistiendo la actividad de la entidad la adquisición de terrenos a cambio de una contraprestación dineraria y de una contraprestación consistente en ejecutar unas obras en otros terrenos de la Fundación, se da el hecho de que la entidad no ha satisfecho a la Fundación en su totalidad la contraprestación de dichos terrenos, en la ejecución de unas obras sobre los terrenos de la Fundación, y el precio que finalmente va a pagar se sabrá cuando la entidad termine las obras y conozca el coste que realmente ha tenido, con independencia de las mejores estimaciones realizadas en el momento de la escritura de permuta, a cuya fecha no se sabía el coste de las obras. Por ello, manifiesta que los registros contables realizados por la entidad y los ajustes contables por diferencias con la estimación inicial son correctos, adaptando en la contabilidad el coste estimado del terreno al coste real del terreno, pues habida cuenta que el terreno recibido es un activo circulante, el coste de adquisición para la sociedad, único a considerar para la determinación del resultado de su actividad, debe ser el importe total de los costes reales que suponen la construcción que ha de realizar como contrapartida. En este sentido, alega que se han respetado los principios contables y las Normas del Plan General de Contabilidad, así como las Consultas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

Pues bien, la Sala partiendo del concepto de permuta que tiene establecido en otros pronunciamientos, entiende que según el art. 127.1.e), del Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, constituye un acto de “alteración patrimonial”. Esa alteración patrimonial derivada de la permuta “constituye un acto que produce un incremento patrimonial, en el sentido definido por el art. 126, del citado Reglamento, al establecer el art. 144, del citado Reglamento, que: “En los casos de permuta de bienes o

derechos, excepto los referidos en el artículo 138 de este Reglamento, la disminución o incremento patrimonial se determinará por la diferencia entre el valor neto contable del bien o derecho que se cede y el valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio". De esta norma, se aprecia que el criterio para determinar el valor del bien o derecho cedido es el correspondiente a su "valor neto contable". Este criterio parte, por tanto, no de la estimación o valoración que puedan alcanzar las partes contratantes, intervinientes en la permuta, sino del importe contable actualizando el valor neto de dicho activo del inmovilizado" (F.J. 2º). Por otra parte, añade, que el criterio legal para determinar el valor del bien que se recibe a cambio es el de "valor de mercado", que deberán estar "referidos al momento de celebrarse el contrato de "permuta", sin que a ello influyan las vicisitudes posteriores o las relaciones contractuales que con posterioridad se formalicen con otras partes contratantes, pues el acto del que dimana o deriva la imputación del incremento patrimonial es la "permuta".

Por otro lado, debe analizarse la naturaleza jurídica del contrato inicial consistente en la cesión de solar por pisos o locales en edificio a edificar. Este es calificado por la doctrina mayoritaria como contrato de permuta con prestación subordinada de obra, si bien la jurisprudencia parte de su atipicidad ya que no encaja plenamente en ninguna de las especialidades del CC aunque sus notas lo aproximan a la permuta pese a que uno de los bienes del intercambio no tenga existencia real en el momento de perfeccionarse el contrato. Como permuta, es una permuta de cosa futura, ya que el objeto es una cosa presente -el solar- que se obliga a entregar una parte a cambio de una futura -parte de la nueva edificación- que la otra parte permutante se obliga a entregar cuando construya la edificación. Como tal es un contrato obligacional y traslativo del dominio que obliga a transmitir la propiedad de las cosas permutadas, pero la propiedad no se adquiere por la simple perfección del contrato ya que el contrato, si no va seguido de la traditio o entrega, únicamente confiere un "ius ad rem". Es la teoría del título y el modo que determina en nuestro marco jurídico la adquisición de la propiedad. Evidentemente este "ius ad rem" es un derecho incorporado al patrimonio desde el perfeccionamiento del contrato. Ha de aceptarse, en el caso de autos, que no se produjo la transmisión de bienes a favor del permutante que entregó el solar, en el año 1973, pero inexcusablemente ha de entenderse que del contrato de permuta sí surgió

a su favor un derecho de crédito a la entrega o transmisión a su favor de los bienes futuros consistentes en los locales comerciales pactados.

En este sentido, y en base a lo anterior, “es correcta la posición de la Administración en el sentido de considerar que en el caso que se examina, permuta de un solar a cambio de determinados inmuebles a construir sobre el mismo, la variación patrimonial se produce al transmitirse el solar en virtud de escritura publica de 18 de junio de 1992, y no en el momento en que se percibe la contraprestación pactada, pues es en aquél momento cuando concurren las dos circunstancias previstas por la norma: de un lado, es el momento en que el solar sale del patrimonio del recurrente y, simultáneamente, se incorpora al mismo un derecho de crédito frente a la sociedad que recibe el solar; y, por otro, se registra una variación en su valor cuya cuantificación debe hacerse conforme al art. 48.Uno apartado j) de la Ley, esto es, por “la diferencia entre el valor de adquisición del bien o derecho que se cede y el valor de mercado del bien o derecho que se recibe a cambio”” (F.J. 2º).

Distinta de la adecuada calificación de la renta como regular, es la cuestión relativa a la imputación de las operaciones a plazo, a cuyo efecto debe estarse a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 18/91 y al bloque de normas contables aplicables al negocio jurídico de permuta de solar por edificaciones a construir. A ello no se opone el hecho de que, desde la perspectiva contable, la entidad haya actuado conforme a las normas y criterios del Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre, pues, como entiende el Tribunal “de lo que se trata en el presente caso es de la aplicación de un beneficio fiscal, de la calificación como deducible de un gasto, y para ello se ha de estar a los requisitos que la norma fiscal exige para que dicho gasto sea fiscalmente deducible, es decir, de la aplicación de la ventaja fiscal de que se trata, sin que quepa una interpretación extensiva de las normas fiscales reguladoras de las exenciones o bonificaciones fiscales, conforme establece el art. 23.3 de la Ley General Tributaria, pues no se debe olvidar que, al igual que con la obligación tributaria, el beneficio fiscal o exención fiscal se produce «ex lege», por lo que está vedado el cambiar o modificar las condiciones legales que permiten el reconocimiento del beneficio fiscal” (F.J. 2º).

Partiendo de los efectos fiscales del contrato de permuta fijados por la Sala, y partiendo de la calificación del solar permutado como activo circulante, al constituir existencias de la sociedad promotora, la cuestión siguiente es la procedencia o no de la deducibilidad de las dotaciones realizadas en los ejercicios 1995 y 1996. Pues bien, con base en lo establecido en el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades de 1982 y 1995, la Sala considera que "lo procedente en el presente caso no es la dotación a la «provisión por responsabilidades», pues lo pretendido por la entidad recurrente es una «previsión» en atención a las posibles diferencias que se puedan producir en el precio inicial y final de las edificaciones a las que se comprometió a entregar a la Fundación, al tratarse de supuestos costes futuros pendientes de contabilizar. Por ello, el procedimiento o la vía fiscal aplicable es la de la repercusión el importe de las respectivas edificaciones, caracterizándoles como mayor coste o valor de producción, de las obras a ejecutar, pero no la de la dotación a la provisión por responsabilidades" (F.J. 5º).

X. NO RESIDENTES

CONVENIO CON ESTADOS UNIDOS. DIVIDENDOS. DEVOLUCIÓN DE RETENCIONES. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2005

Leemos en el FJ 2.º: «El 9 de Febrero de 1993, la actora solicitó ante la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de Hacienda de Madrid la devolución del exceso de retenciones que le habían sido practicadas en el abono de dividendos de las compañías Repsol, Banco Hispano Americano y Telefónica en virtud del vigente convenio Hispano-Norteamericano para evitar la Doble Imposición [Instrumento hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990, de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los Impuestos sobre la Renta], el cual en su artículo 10.2 b) señala como tipo de gravamen máximo aplicable a esta clase de rendimientos el 15% siendo así que a la reclamante le había sido retenido el 25%. La citada Dependencia desestimó la solicitud por extemporánea ya que los ingresos se habían efectuado los

días 9 de Febrero, 20 de Septiembre y 18 de Diciembre de 1991 y la solicitud se formuló el 9 de Febrero de 1993, transcurrido con exceso el plazo de un año que a tal efecto establece el Decreto 363/1971 [de 25 de febrero, de aplicación de convenios para evitar la doble imposición (derogado por Real Decreto 537/1997, de 14 de abril)]».

Según el art. 2 de dicho Decreto, «los contribuyentes […], por sí o por persona que debidamente les represente, habrán de formular sus solicitudes de devolución en la Delegación de Hacienda donde se hubiere verificado el ingreso dentro del plazo máximo de un año, contado desde la fecha del ingreso».

Pues bien, a juicio del Tribunal "la resolución recurrida contiene una clara y patente vulneración del artículo 25.1 del Convenio España-USA. Dicho precepto establece: «Los nacionales de un Estado contratante no se someterán en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas circunstancias». Es evidente que la exigencia del plazo de un año para la petición de devolución de las cantidades retenidas en exceso a los ciudadanos USA es una obligación más gravosa que la que pesa sobre los ciudadanos españoles que disfrutan del plazo de cuatro años para pedir esa misma devolución" (FJ 5.º).

Aplicar el referido Decreto, dictado «unilateralmente por el Estado español, constituye una clara infracción del artículo 96 de la Constitución pues la integración de los Tratados sólo puede llevarse a efecto en la forma y modos establecidos en el artículo 96 del Texto Constitucional. Como el Decreto 363/1971, por razones temporales no ha sido acordado con USA, y tampoco incorporado al Tratado, es patente su inaplicabilidad» (FJ 5.º).

El Supremo es consciente de que la doctrina que sustenta en la Sentencia que reseñamos está en contradicción con la que ha mantenido hasta la fecha, pero invoca como aval «el hecho de que en las sentencias anteriores no se contempló nunca la discriminación que suponía entre nacionales y extranjeros el establecer un plazo distinto para formular la

petición de devolución, y que tal discriminación está explícitamente vedada en el artículo 25.1 del Convenio España-USA».

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.

1. ADQUISICIONES MORTIS CAUSA. CARGAS, DEUDAS Y GASTOS DEDUCIBLES.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de julio de 2005.

En la presente resolución se trata de esclarecer si procede la deducción de la masa hereditaria de determinadas deudas del causante.

Es por ello que el Tribunal parte de lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que, establece que respecto de las transmisiones por causa de muerte <<a efectos de la determinación del valor neto patrimonial, podrán deducirse con carácter general las deudas que dejare contraídas el causante de la sucesión siempre que su existencia se acredite por documento público o privado que reúna los requisitos del art. 1.227 del Código Civil o se justifique de otro modo la existencia de aquélla>>. Asimismo, el apartado 2 del precepto aludido prevé la deducción de las cantidades adeudadas por el causante en razón de tributos del Estado que correspondan a liquidaciones giradas después del fallecimiento y, siempre que sean satisfechas por sus herederos, albaceas o administradores.

En efecto, la cuestión que se plantea es la procedencia o no de la deducción de deudas del causante que no cumplen las exigencias contenidas en el art. 13 de la Ley reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones al no estar recogidas en documento público, aún cuando, ello no es obstáculo para su deducción siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 1.227 del Código Civil o, si no es así, se acredite fehacientemente su existencia.

Pues bien, las deudas del causante cuya deducción se pretende al amparo del precepto citado resultan acreditadas por la existencia de un

contrato privado de prestación de servicios suscrito por el causante y por la empresa encargada de llevar a cabo obras de reforma y reparación en una de las fincas del causante, describiéndose en dicho contrato las obras a realizar, desglosándose por fechas y cantidades los distintos pagos que han de realizarse y, constando las facturas con el sello de la entidad acreedora estampado en el documento con la conformidad en el pago. Ante tales circunstancias, el Tribunal destaca que si bien las facturas son documentos privados, no hay que obviar que, asimismo, son documentos mercantiles que tienen virtualidad mercantil y fiscal y, por ello, dado el conjunto de las pruebas aportadas, cabe concluir la veracidad del servicio prestado y de las deudas contraídas por el causante y su pago por los herederos, que si bien no es una exigencia para su deducibilidad, viene a reforzar la credibilidad sobre la existencia de las mismas, pues nadie otorga conformidad a un pago sin haberlo recibido. Por todo ello, no cabe dudar de la veracidad de los documentos acreditativos de la deuda en sí y, en consecuencia, ha de admitirse la deducción de la misma a los efectos del cálculo de la base imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1. PRESTACIÓN DE SERVICIOS. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD. LIQUIDADORES DE IMPUESTOS CEDIDOS POR EL ESTADO.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2005.

La cuestión debatida en este proceso se centra en determinar si los servicios prestados a la Comunidad de Madrid por los Registradores de la Propiedad, en su condición de liquidadores de los impuestos cedidos por el Estado, están sujetos o no al Impuesto sobre el Valor Añadido.

El TEAR de Madrid considera que dichos servicios están sujetos al IVA argumentando, en síntesis, que los Registradores de la Propiedad ejercen una actividad profesional a los efectos previstos en la Ley 37/92 ya que realizan por sí mismos y bajo su responsabilidad la liquidación de los impuestos, por la que perciben una contraprestación económica denomi-

nada indemnización o premio de cobranza, ejerciendo tales funciones a través de unos medios materiales y humanos propios, no integrados en la organización de la Comunidad Autónoma, medios que son dirigidos, controlados y organizados de forma autónoma e independiente por los Registradores, quienes no perciben un salario ni se encuentran vinculados con la Comunidad de Madrid por un contrato de trabajo o una relación funcionarial en el sentido estricto del término, no existiendo tampoco subordinación en lo que se refiere a las condiciones de trabajo. Añade el TEAR que la naturaleza de la función no es suficiente para su exclusión del IVA, pues se trata de una prestación indirecta de los servicios al no ser gestionados por el órgano que ostenta la titularidad, concluyendo que la Administración Pública no es considerada sujeto pasivo del IVA sólo cuando presta los servicios de manera directa.

La Comunidad de Madrid, por su parte, postula la anulación de dicha resolución por entender que los aludidos servicios no están sujetos al IVA. Aduce en apoyo de su pretensión, en esencia, que la titularidad de la competencia corresponde a la Comunidad Autónoma, la cual está autorizada legalmente para encomendar a las Oficinas de Distrito Hipotecario a cargo de los Registradores de la Propiedad las funciones de gestión y liquidación de los impuestos cedidos por el Estado, actuando tales Oficinas como órganos propios de la Comunidad Autónoma al ejercer las funciones que a ésta le son propias. Alega también que las funciones de liquidación encomendadas a los Registradores de la Propiedad se realizan en base a un Convenio que contempla una encomienda de gestión de carácter administrativo, quedando sujeta la actuación de los Registradores al control de la Administración, que practica las oportunas inspecciones y les dirige instrucciones y circulares, relación de dependencia expresamente recogida en el art. 26.8 de la Ley 9/90, reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, por lo que dada la naturaleza administrativa de dichas funciones, las cuales no pueden ser desarrolladas por el sector privado, concurren los requisitos que exige el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para afirmar que dicha actividad no está sujeta al IVA.

Pues bien, la Sala a partir de la Ley 30/83, reguladora de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, que subrogó a éstas en todos los derechos y obligaciones de la Hacienda estatal respecto de

los impuestos cedidos, así como del artículo 34.1 de la Ley 29/87, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, del artículo 56.1 del Real Decreto Legislativo 1/93, que aprobó el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, o la Disposición Adicional Segunda del aludido Real Decreto Legislativo, y, por último del artículo 4.1 de la Ley 37/92 sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido y la Directiva 77/388/CEE (Sexta Directiva) del Consejo, de 17 de mayo de 1977 interpretados en el sentido expuesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias, entre otras, de fechas 26 de marzo de 1987, 15 de mayo de 1990 y 25 de julio de 1991; asuntos 235/85, C-4/89 y C-202/90, respectivamente), se infiere que "no están sujetas al IVA las actividades realizadas por los organismos de Derecho público en el ámbito del régimen jurídico que les es propio, teniendo tales organismos la condición de sujetos pasivos cuando desarrollan las actividades en condiciones jurídicas idénticas a los operadores económicos privados, pues en tal caso la no sujeción puede provocar distorsiones graves de la competencia. Por tanto, para aplicar la exención es necesario el ejercicio de actividades por parte de un organismo público y la realización de las mismas en su condición de autoridad pública, no siendo aplicable cuando la actividad no se ejerce directamente por el organismo público, sino que se confía a un tercero independiente".

Así las cosas, es indudable para la Sala que "las funciones de gestión y liquidación de impuestos son actividades administrativas susceptibles de impugnación en vía económico-administrativa y también ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Además, los Registradores titulares de las Oficinas Liquidadoras tienen dependencia de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de tales funciones, pues así lo dispone la Ley 9/90 de la Comunidad de Madrid y lo ratifica la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 17 de abril de 1999 al declarar en su cuarto fundamento jurídico. Se cumple así la exigencia de realización de la actividad de modo directo por la Administración Pública, que presta el servicio a través de una oficina administrativa dependiente de ella, diferenciándose tal actividad de la llevada a cabo por los Recaudadores municipales, cuya actuación es de índole privada y no se traduce en actos administrativos. Por último, las funciones públicas que llevan a cabo las Oficinas Liquidadoras no pueden ser desarrolladas por los

particulares en concurrencia con ellas, de manera que la no sujeción no ocasiona distorsiones de la competencia.

Las razones que se acaban de exponer ponen de relieve que las funciones de gestión y liquidación desarrolladas por las Oficinas Liquidadoras de los Distritos Hipotecarios no están sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido, como ya ha declarado la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2003, por lo que procede estimar el presente recurso y anular la resolución del TEAR así como el acto de repercusión del que trae causa" (F.J. 3º).

2. HECHO IMPONIBLE EN OPERACIONES INTERIORES. ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL. ORDENACIÓN POR CUENTA PROPIA DE FACTORES PRODUCTIVOS. RECAUDACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE EL BINGO ESTABLECIDO POR LA GENERALIDAD DE CATALUÑA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de julio de 2005.

La cuestión litigiosa se ciñe a determinar si la función recaudatoria del Impuesto sobre el Juego del Bingo, encomendada a la entidad recurrente, y por la que percibe el premio de cobranza, es una actividad sujeta y no exenta, o bien no sujeta el IVA.

Sobre la misma cuestión ya se pronunció la Sala en su sentencia núm. 854/2000, de fecha 17 de julio de 2000, estimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 2403/1999, interpuesto por la Generalitat de Catalunya (en su calidad de repercutida por el mismo Impuesto y concepto). Tal sentencia se dictó en un recurso de los llamados "testigo" (art. 37.2 LJCA), en relación con varios centenares de recursos con idéntico objeto, a los que se han extendido los efectos de dicha sentencia (art. 110 LJCA). Dada la identidad de la consecuencia jurídica, se limita a reproducir lo que es aquél pronunciamiento se dijo, de modo que tal efecto: "SEGUNDO.- La cuestión litigiosa consiste en determinar si la actividad de liquidación y pago realizada por el sujeto pasivo sustituto del impuesto del juego del bingo (artº. 9 de la Ley 21/1.984, de 24 de octubre, de Cataluña, modifica-

do por la Ley 8/86) está o no gravada por el impuesto sobre el valor añadido. La Administración demandada entiende que la misma constituye una actividad recaudatoria retribuida que tiene la consideración de prestación de servicios sujeta al I.V.A., en tanto que la actora alega con carácter principal que en el caso no se produce el hecho imponible de mentado impuesto, y subsidiariamente invoca a su favor la exención prevista en el artº. 20. Uno. 19 de la Ley del I.V.A (Ley 37/92) y la disposición recogida en el segundo párrafo del número uno del artº. 88 (repercusión del impuesto) de esta última ley.

TERCERO.- Trataremos de ser claros y precisos (artº. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Damos por reproducido, en aras a la brevedad, el conjunto normativo representado por la antedatada Ley 21/84, y, en particular, el mecanismo de liquidación y pago del impuesto articulado por el artº. 9 de dicha norma.

Conviene con carácter liminar señalar que el I.V.A. es un tributo que recae sobre el consumo y cuyo hecho imponible, en lo que ahora importa, está constituido por las prestaciones de servicios realizadas por empresarios o profesionales a título oneroso en el desarrollo de su actividad empresarial o profesional (artº. 4 de la Ley 37/92).

Podemos adelantar ya nuestro pronunciamiento favorable a la tesis actora por la razón principal de que en el caso no se produce el hecho imponible, y ello porque ni estamos ante una actividad empresarial o profesional, ni concurre el requisito de la onerosidad.

En primer lugar, no cabe hablar propiamente, y a efectos del impuesto de referencia, de actividad empresarial o profesional. Es de notar que el artº. 4.2.a de la Ley 37/92 no puede leerse aisladamente, sino en su contexto y atendiendo a la propia naturaleza del impuesto, que grava el consumo en un proceso de producción o distribución de bienes y servicios hasta alcanzar al consumidor final, de modo que la disposición de meritado artículo debe entenderse en el ámbito propio del giro o tráfico de la sociedad mercantil. Desde otro punto de vista, no cabe desconocer que el sujeto pasivo sustituto del contribuyente en el caso que nos ocupa -impuesto sobre el juego del bingo- no es siempre o necesariamente una

sociedad mercantil (artº. 4 de la repetida Le 21/84, en relación con los artículos 3, 4 y 6 de la Orden de 9 de enero de 1.979, que aprueba el reglamento del juego del bingo).

El artº. 5. Dos de la Ley 37/92 dice que: "son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios". Por otra parte, aunque el artº. 11.1 de la Ley del I.V.A. define con gran amplitud y carácter residual el concepto de prestación de servicios, interesa no perder de vista que dicha prestación se inserta en un proceso de producción o distribución de bienes o servicios propio de la actividad empresarial o profesional, que grava el consumo hasta alcanzar al consumidor final.

Pues bien, las notas que acabamos de ver no se dan en la recaudación del impuesto del bingo por el sujeto pasivo sustituto del contribuyente. En la figura de este último deben distinguirse dos facetas, que no se pueden confundir: por un lado, su condición de empresario en lo que hace a la gestión del bingo, y por otro su condición de sujeto pasivo sustituto. La actividad que este realiza en cuanto sujeto pasivo sustituto no puede calificarse de ningún modo como empresarial ya que no tiene por finalidad intervenir en un proceso productivo, sino que sólo puede comprenderse en el marco de la correspondiente relación tributaria diseñada por el legislador, que le impone la condición de sujeto pasivo del impuesto (sometido a la disciplina del régimen tributario en sus diferentes aspectos) y en cuya virtud viene obligado al cumplimiento de determinadas prestaciones tributarias, que, repetimos, no son calificables de empresariales por lo ya dicho. El caso es distinto del de los recaudadores municipales (y otras figuras de profesionales independientes, cuales los notarios o los oficiales de justicia, que han sido tratados en su momento por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), los cuales asumían el servicio de recaudación en virtud de un contrato administrativo, que suponía la ordenación del servicio por cuenta propia y sobre todo lo hacían con la finalidad de intervenir en el correspondiente proceso de producción o distribución de servicios.

En segundo lugar, y según ya avanzamos más arriba, el denominado premio de cobro o de cobranza no imprime carácter oneroso a la acti-

vidad del sujeto pasivo sustituto del contribuyente, y ello a la luz de la propia jurisprudencia comunitaria, de la que es exponente la sentencia de 3 de marzo de 1.994 del T.J.C.E. 6ª. (asunto C-16/93), que, entre otras cosas, dijo lo siguiente: que las operaciones imponibles implican, en el marco del sistema del I.V.A., la existencia de una transacción entre partes y que se haya pactado un precio o un contravalor; que una prestación de servicios sólo es imponible si existe una relación directa entre el servicio prestado y la contraprestación recibida; que una prestación de servicios sólo se realiza a "título oneroso" en el sentido del número 1 del artº. 2 de la Sexta Directiva y, por tanto, sólo es imponible si existe entre quien efectúa la prestación y su destinatario una relación jurídica en cuyo marco se intercambian prestaciones recíprocas y la retribución percibida por quien efectúa la prestación constituye el contravalor efectivo del servicio prestado al destinatario.

Pues bien, ninguna de las notas que acabamos de extraer de la jurisprudencia comunitaria se dan en el caso que nos ocupa. Así, no hay transacción o pacto ni precio convenido, sino que existe una relación jurídica nacida de la ley, que otorga el denominado premio de cobranza. No existe tampoco una relación directa entre la actividad de autoliquidación y pago del sujeto pasivo sustituto y el premio de cobro, pues la obligación de este último tiene su origen en la propia ley, que, a su vez, articula el meritado premio como una especie de mecanismo compensatorio o de estímulo a la recaudación. Por último, tampoco cabe hablar en el caso de intercambio de prestaciones recíprocas ni de contravalor efectivo del servicio prestado: lo que hay es, sencillamente, el cumplimiento de determinadas obligaciones tributarias nacidas de la misma ley, que arbitra el llamado premio de cobro con un carácter compensatorio o de estímulo a la recaudación, sin que dicho premio determine la onerosidad de la prestación, no siendo posible hablar en el caso de prestaciones recíprocas o sinalagmáticas.

En resumen: primero, la prestación del servicio recaudatorio en cuestión no es una actividad que se inserte en un proceso productivo de una empresa en el ejercicio de su actividad empresarial (giro o tráfico propio), sino el cumplimiento de una obligación tributaria nacida de la Ley, de modo tal que la Generalidad de Cataluña no es para el sujeto pasivo sus-

tituto del contribuyente la consumidora final de un inexistente proceso productivo, sino la acreedora del correspondiente crédito tributario; segundo, el premio de cobranza no imprime carácter oneroso a la repetida actividad recaudatoria del sujeto pasivo sustituto, pues no cabe hablar con propiedad, en el caso, de prestaciones efectivamente bilaterales o recíprocas en el seno de una transacción o pacto, sino que la ley dispensa aquel premio al sujeto pasivo sustituto como una medida de fomento o estímulo al cumplimiento de su obligación recaudatoria, y también con una cierta índole compensatoria.

Cuanto antecede explica la aceptación por nuestra parte de la tesis principal sostenida por la actora, que ya adelantamos al principio de nuestra exposición, y hace innecesario el examen de las otras cuestiones que en la demanda se esgrimen con carácter subsidiario.

Por mor de cuanto antecede, y sin más circunloquios, se impone la estimación del recurso habida cuenta la no sujeción al I.V.A. de la actividad de que tratamos al no configurar la misma el elemento material del hecho imponible del impuesto, que impide el nacimiento de la correspondiente obligación tributaria, lo que supone, en fin, la improcedencia de la repercusión efectuada" (F.J. 2º).

3. AUTOCONSUMO DE BIENES. DIFERENCIA CON PRESTACIONES ACCESORIAS DE LA PRINCIPAL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 de abril de 2005.

Como principal argumento en contra de la resolución recurrida, se esgrime por la recurrente la inexistencia del autoconsumo declarado por la administración Tributaria, entendiendo que, más bien, nos encontramos en presencia de prestaciones accesorias de otra principal, sujeta al impuesto (la venta de café), que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 79.dos-2º de la hyperlink "javaScript:enlaza('RCL 1992\\\\2786','.','F.2')" Ley del IVA (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) , tributa conjuntamente con aquélla.

Para la correcta resolución de esta cuestión debe partirse de los hechos admitidos por ambas partes, consistentes en la existencia entre la

entidad actora y terceros, clientes consumidores de sus productos, de determinados contratos, que se enmarcan en una política de apertura de mercado y fidelización de aquéllos, en los que, junto con el suministro de café, se comprometía por la actora la entrega de determinados bienes vinculados con el consumo de café, como pueden ser cafeteras o molinos de café, pactándose un precio por kilo de café así como una cantidad del mismo a adquirir o la subsistencia del contrato de suministro durante un plazo de tiempo determinado, sin que se hiciese, en estos supuestos, referencia a la necesidad de alcanzar determinado consumo, de tal modo que, alcanzado aquel consumo o transcurrido el plazo de tiempo convenido, los bienes suministrados quedaban definitivamente en poder de los clientes, con independencia de que la relación de suministro de café se prolongase o no en el tiempo.

Es en relación con la entrega de tales bienes con las que se produce la polémica, ya que la actora entiende que el sobreprecio con el que sujetaba el suministro de café, unido el deber de consumir determinada cantidad de café, amparaba la consideración de la transmisión de tales bienes como onerosa, impidiendo la calificación del contrato celebrado como de comodato, así como la consideración del mismo como negocio jurídico lucrativo.

Frente a esta postura se alza la recurrida, afirmando la existencia de autoconsumo con base en el propio tenor del contrato celebrado entre la actora y los terceros, en los que se denomina al mismo como comodato, negando que conste acreditada la existencia de un sobreprecio, la existencia de especial relación entre las mismas y, por ende el carácter de accesoria de una respecto de la otra.

Planteada así la controversia, su resolución exige partir de que el art. 4 de la Ley del IVA, así como del art. 9 de la citada norma. Sin embargo, y con carácter previo, en el presente caso a la actora incumbía acreditar la existencia del alegado sobreprecio, así como de la relación del mismo con el suministro de máquinas para el café. Ello es así, en la doble vertiente expuesta en tanto en cuanto el aducido sobreprecio constituye la base de la argumentación de la actora, lo cual exige la acreditación del mismo para el sostenimiento de las tesis planteadas, pero también es pre-

ciso que se acredite que aquel sobreprecio guarda una relación directa con el suministro de bienes no fungibles, es decir, a la actora incumbe acreditar que el mismo tiene como objeto esencial satisfacer el valor de las máquinas suministradas, con exclusión de cualquier otro fin que pueda concurrir en la generación de aquel sobreprecio. Tal prueba no se ha logrado para la Sala, de modo que "por una parte, por lo que se refiere a la constancia del sobreprecio, no existe más que la mera manifestación de la propia interesada, en relación a los precios medios de venta del café, manifestación que no cabe considerar como prueba suficiente y que, sin embargo, pudo alcanzarse por la parte a través de medios simples a su alcance como serían la presentación de la documental emitida respecto de terceros clientes no sujetos a las particulares condiciones que determinan la presente cuestión. No cabe admitir un documento de parte, sin otro apoyo, como justificación de un extremo de trascendencia como el planteado, máxime cuando la administración Tributaria no acepta la existencia de un precio relacionado con el suministro de aquellos bienes. La falta de constancia del precio de mercado hace imposible la valoración de la concurrencia de un sobreprecio para cuyo cálculo se habría de partir de aquél otro.

Por otra parte, aunque se hubiese admitido tal hecho, cosa que no se hace, debe afirmarse que no consta si tal pretendido sobreprecio responde al valor de transmisión de las máquinas cedidas, o al mero pago del derecho de uso de tales máquinas, o a la compensación por el dinero que en determinados casos es objeto de entrega y de sus intereses, o al mero interés de abrir un mercado y fidelizar a unos clientes. Es decir, no consta que el supuesto sobreprecio esté orientado hacia la satisfacción del valor de los bienes no fungibles suministrados, por lo que no cabe atribuir trascendencia alguna al mismo, si no es en el marco de la interpretación general de las cláusulas pactadas.

En esta línea se ha de indicar, en lo relativo a si se estaba satisfaciendo el disfrute o el precio de la maquinaria, que de las cláusulas relativas a la extinción y la finalización del contrato resulta una transmisión de la propiedad de las máquinas que queda sujeta a la conclusión perfecta del mismo, con la particularidad de que la extinción del mismo sin el cumplimiento del consumo o del plazo estipulado operaría dejando sin efecto la

entrega de los bienes, sin que se prevea que aquella restitución se acompañe del reintegro del sobreprecio supuestamente aplicado al pago de tales bienes, como sería aplicable en supuestos de resolución de un contrato, tal como se prevé en los arts. 1124 y concordantes, lo cual denota que la entrega de bienes se configura como desvinculada del precio o, cuando menos, carente de una relación directa con el mismo, lo cual avalaría la tesis de la Administración de Hacienda, que considera que el precio pactado y los suministros comprometidos se mueven en el marco de una política comercial de empresa global, que contempla todos los factores, pero que no configura el precio como relacionado con la retribución de los bienes no fungibles suministrados.

Igualmente, la evidente desproporción existente, no sólo entre las prestaciones estipuladas entre Toscaf y sus clientes, sino también entre unos y otros contratos, hacen difícil admitir la relación directa entre el precio satisfecho y las máquinas suministradas juntamente con el café, de tal modo que la contratación realizada se aleja del pretendido suministro accesorio, para acercarse a las vicisitudes propias de la negociación individualizada y a la búsqueda de fidelización de los clientes.

A lo señalado anteriormente se debe unir el hecho de que no consta qué en los suministros realizados con base en estos contratos se haya procedido por la actora a individualizar en el reflejo documental de las mismas, los diversos conceptos a los que, supuestamente respondía aquel precio único, es decir, no se ha separado la cantidad que era imputable al suministro de café y la que lo era al pago del precio de las máquinas, a pesar de que en tales facturas sí se individualizaban otros conceptos que concurrían con el café en el suministro realizado. A este respecto no se debe olvidar que los negocios jurídicos celebrados entre Toscaf y sus clientes vienen a desplegar su eficacia en dos momentos bien distintos, el primero, que es el de la celebración, del que se sigue la entrega de las máquinas contra el compromiso de consumo o de mantenimiento del vínculo por plazo determinado, el segundo, que se prolonga en el tiempo, se integra por el suministro del café por parte de Toscaf y por el pago del precio por sus clientes, si bien de un precio que responde no sólo al café efectivamente recibido, sino también, según la interpretación de la parte, al de las máquinas recibidas, algo que debió ser reflejado oportunamente, a efectos

tales como el de la correcta información tributaria, justificación de posibles reclamaciones entre las partes, resolución del contrato y a todos los fines que son propios de la recepción documental de las operaciones mercantiles, en especial los relativos a la seguridad jurídica de los contratantes y los terceros titulares de intereses legítimos.

Del mismo modo que tampoco consta que parte del precio facturado por los suministros lo fuese a un tipo del 16%, como sería propio de la repercusión del precio de la adquisición de las máquinas, debiendo entenderse que todo él fue sujeto a un tipo del 7%, actitud esta que sería compatible con la consideración de que el objeto del contrato era la cesión del uso de las máquinas, como complemento para el mejor servicio por parte de Toscaf, en clara configuración de tal cesión como prestación accesoria del suministro de café, pero no con que se hubiese transmitido la propiedad con sujeción a un pacto de reserva de dominio, o en una modalidad irregular de leasing, o de compraventa sujeta a una condición resolutoria.

Por otra parte, si las máquinas de café suministradas no se transmitían hasta el momento del pleno cumplimiento del contrato, como parece sostener la parte, no debió contabilizar las adquisiciones como gasto en la cuenta 627, sino en el Grupo 2 como bien de inversión, en el que debería haber permanecido hasta su transmisión. Lo contrario, es decir, lo actuado por la actora indica que la entrega de las máquinas se produce con plena transmisión desde un primer momento.

Además cabe señalar que la existencia de contratos con suministros de máquinas para el café sin compromiso de consumo determinado, con mera sujeción a duración temporal del contrato, resulta incompatible con la consideración de precio único para dos prestaciones, por cuanto la prestación realizada por la actora a favor de sus clientes se integra de dos elementos distintos, uno fijo (las máquinas) y otro variable (el café), sin que resulte admisible que el precio correspondiente a aquél, que se supone satisfecho por vía de sobreprecio, se incremente por causa de un incremento del volumen contratado en el segundo, de tal modo que este dato aparece como indicio de independencia entre el precio pactado y la entrega de las máquinas, puesto que lo contrario obligaría a reconocer una abierta infracción de lo dispuesto

en los arts. 1445 y 1447 hyperlink “javaScript:enlaza(‘LEG 1889\\\\27’,’.’,’F.3’)” CC . Ello sería admisible si el objeto de remuneración fuese el uso y no la adquisición de la propiedad sobre las máquinas cedidas, en línea con la consideración de la primera de las prestaciones como accesoria respecto de la segunda, si bien este criterio tampoco concuerda con los términos en los que se redacta el contrato.

En definitiva, la prueba obrante en autos no permite afirmar la existencia de un suministro de máquinas para el consumo de café sujeta a una contraprestación, existiendo por el contrario elementos que llevan a valorar un suministro lucrativo de las mismas” (F.J. 3º).

Centrándonos en las alegaciones de tipo jurídico realizadas por la parte actora, se ha de estudiar la afirmación de encontrarnos en presencia de prestaciones accesorias, en concreto de supeditación del suministro de máquinas al suministro de café.

Tal afirmación no es acogida por la Sala en base a los siguientes argumentos: “En primer término conviene señalar que los ejemplos que son traídos a colación no resultan aplicables, en tanto en cuanto los mismos se refieren al suministro de helados que se acompaña de la cesión del uso de las máquinas de frío, diferencia notable con el caso que ahora nos ocupa, en el que se afirma la concurrencia de transmisión de la propiedad. Esta disparidad permite afirmar que si en el ejemplo planteado cabe admitir la accesoriedad, pues resulta obvio que las máquinas de frío se disfrutan en relación con el producto al que las mismas están destinadas y que ello se hace en tanto en cuanto se continúa con la distribución de dicho producto, en nuestro caso las máquinas de café se transmiten de manera plena, más allá de que se siga con la relación que dio origen a la cesión una vez concluida la misma. Es decir, si en el ejemplo que se nos plantea la cesión de las máquinas de frío tiene por objeto permitir la propia distribución del producto a conservar con aquéllas, sin que el cesionario aspire a la adquisición del dominio de las mismas, limitándose la prestación del cesionario al uso temporal, en el caso que nos ocupa la prestación de la cedente (Toscaf) alcanza la transmisión de la propiedad de las máquinas, con independencia de que, una vez expirada la relación con base en la cual se realizó la misma, se mantenga el suministro de café en relación al

cual surgió el de los bienes no fungibles. En definitiva, en el primer caso el horizonte de disfrute de los bienes cedidos está restringido al tiempo de relación de suministro entre cedente y cesionario, mientras que en nuestro caso aquel horizonte se amplía más allá de dicha relación, dotando a la cesión de una independencia que imposibilita su consideración como prestación accesoria.

La realidad de la relación jurídica establecida por la actora con sus clientes es que a través de un mismo instrumento jurídico se han establecido dos contratos, por una parte el de suministro de café, por otro el de transmisión de máquinas relacionadas con la industria del café. La cuestión se centra en determinar el alcance de ese segundo contrato, es decir, en determinar si se trata de una transmisión por título lucrativo u oneroso, partiendo de la base de que el título lucrativo no implica la ausencia de interés en el transmitente, sino en la falta de contraprestación que, de manera directa, venga a satisfacer aquella prestación.

En este punto hemos de volver a lo ya expuesto sobre la falta de prueba de los hechos alegados por la parte como base de su pretensión, afirmando, por otra parte, que la eventual estipulación de un precio superior al habitual puede operar como fenómeno propio de la negociación, en el que las partes analizan los aspectos ventajosos y perjudiciales de las relaciones que establecen, incluyendo el incentivo de la transmisión gratuita del uso y, ulteriormente, de la propiedad de determinada maquinaria, la cual puede operar también como factor de fidelización de la clientela, sin que la consideración económica final que por cada parte se hace de las prestaciones alcance a mutar el título por el que cada una se realiza, o lo que es lo mismo, es evidente que en la contratación en ámbitos mercantiles la cesión gratuita de un bien no se realiza de modo desinteresado, del mismo modo que la hipotética asunción de un sobreprecio en el producto no se acepta sin mayores consideraciones. Estos hechos responden al examen de los intereses propios de cada contratante, pero ese interés final de cada uno no puede desvirtuar la naturaleza de los contratos que celebran y menos pretender que ese efecto alcance a terceros.

Ha existido una contratación en la que se han empleado no sólo términos, sino cláusulas que inducen a considerar la cesión de las máqui-

nas como gratuita, del mismo modo que se ha producido una ulterior actuación que ha omitido cualquier referencia a la existencia de un precio a satisfacer por aquella cesión, avalando así la tesis sostenida por la Administración de hacienda que encontraría sustento no sólo en el tenor literal de lo pactado, sino en la ulteriormente actuado. En este sentido, de modo sintético, para no reiterar lo ya expuesto debe destacarse el propio tenor de los contratos, cuyo clausulado es plenamente compatible con la interpretación dada por la Administración Tributaria; la negociación de un precio sin consideración alguna respecto del concreto consumo a realizar, que lleva a valorar una de las prestaciones, la del suministro de maquinaria, como independiente de aquella contraprestación y, por tanto, como de naturaleza lucrativa; la falta de una documentación que refleje un hecho económico oneroso distinto al del suministro de café contra precio determinado, que priva de credibilidad a la afirmación de la existencia de una prestación onerosa en la entrega de las máquinas; la falta de tratamiento unitario de los diversos contratos, que induce a pensar en la existencia de una negociación individualizada regida por el fin de la apertura de mercado mediante el empleo de incentivos diversos, entre los que se encuentra la cesión gratuita de bienes" (F.J.4º).

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS. BASE IMPONIBLE EN LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de abril de 2005.

Una cuestión compleja y no exenta de polémica es la relativa a las reglas de determinación de la base imponible en las concesiones administrativas, reglas que se recogen en el art. 13 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD. El párrafo tercero de este artículo contempla los criterios que, con carácter general, resultan aplicables para averiguar el valor real del derecho originado por la concesión; dichos criterios tienen carácter acumulativo, esto es, atendiendo a las circunstancias del caso concreto pueden llegar a aplicarse varios de ellos simultáneamente. Pues bien,

entre esos criterios, la letra c) del artículo 13.3 alude a que cuando el concesionario esté obligado a revertir a la Administración bienes determinados, se computará el valor del Fondo de Reversión. El principal problema que dicho Fondo de Reversión ha planteado es la determinación de su importe, puesto que su valor real no se conoce hasta la extinción de la concesión administrativa y la consiguiente reversión de los activos a la Administración, resultando muy complicado conocer su cuantía en el momento de inicio de la concesión, que es cuando se liquida el Impuesto.

Este es, precisamente, el problema que afronta la sentencia que comentamos. Su principal interés reside en que el Tribunal enmienda la tesis acogida en un anterior pronunciamiento de 8 de octubre de 2004, según la cual el Fondo de Reversión en el momento del devengo del Impuesto ha de valorarse, como mínimo, en el presupuesto de las obras, pues "parecía razonable considerar que una cuestión es valorar conforme a un hipotético Fondo de Reversión y ello en el momento del devengo y otro diferente es valorar dicho Fondo en el momento de su extinción, lugar y momento en que parecía más lógico atenerse al concepto de valor neto contable que contiene el Plan General de Contabilidad" (FD 4).

Sin embargo, en esta sentencia de 15 de abril de 2005 el TSJ de Madrid reconsidera y modifica el criterio mantenido anteriormente, como consecuencia de la modificación introducida en el art. 13.3 c) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto por el art. 8 de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. A juicio del Tribunal, con esta modificación "el Fondo se computará por el valor neto contable de los bienes a la fecha de reversión, calculados por las tablas de amortización aprobadas a los efectos del Impuesto sobre Sociedades en el porcentaje medio resultante de los mismos, más los gastos previstos para la reversión, expresión que según ahora ponderamos se inclina por el argumento opuesto al de la sentencia de referencia más aún cuando en la Exposición de Motivos de la Ley citada se señala expresamente que la modificación legal operada tiene efectos aclaratorios, expresión que suprime cualquier interpretación que la atribuya intenciones innovadoras en el ordenamiento" (FD 4). Por consiguiente, al no haber utilizado la Administración tributaria este método de cálculo, la liquidación ha de ser anulada, sin perjuicio de que ésta pueda ejercer sus facultades liquidadoras conforme a lo expuesto.

2. OPERACIONES SOCIETARIAS. BASE IMPONIBLE. VALORACIÓN DE APORTACIÓN DE CRÉDITOS PARA REPONER PÉRDIDAS SOCIALES.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de abril de 2005

El TEAC debe dar respuesta a un recurso de alzada relativo a la determinación de la base imponible de la liquidación exigible en la modalidad "operaciones societarias" por la aportación de créditos para reponer pérdidas sociales. En el caso planteado, el hecho imponible lo conforma la aportación por el único socio de la sociedad X S.A. (la entidad Y S.A.) de unos créditos que tenía contra la misma al objeto de reponer pérdidas sociales. En tal caso, la base imponible es, según el art. 25.2 del Texto Refundido de la Ley del ITP y AJD, el valor neto de la aportación, entendiendo por tal el valor real de los bienes y derechos aportados minorados por las cargas y gastos que fueran deducibles y por el valor de las deudas que queden a cargo de la sociedad con motivo de la aportación.

La entidad recurrente había estado en suspensión de pagos y en el convenio aprobado con los acreedores se acordó, en algunos casos, una quita del 50% de los créditos y una espera de diez años para el cobro del resto, o una capitalización de las deudas sin quita. Esta última opción fue la elegida por la entidad Y S.A., si bien, de los datos que obran en el expediente se desprende que dicha entidad adquirió los créditos de las demás, de los que sólo se capitalizó una parte, aportándose a X. S.A. la diferencia, para reponer las pérdidas sociales. De tales circunstancias se infiere, a juicio del TEAC, que "el valor de estos créditos no quedó disminuido por razón del convenio y no puede admitirse como pretende la entidad reclamante, su cuantificación por un valor cero, atendiendo a que no tienen valor real […], pues con la aportación se han compensado pérdidas reales y se han eliminado deudas reales de la entidad X S.A. y prueba de ello es que así ha quedado reflejado en el balance de la sociedad de 31 de diciembre de 1997, en el que no aparecen los créditos aportados, pero también ha disminuido la cuenta de los acreedores a largo plazo en el pasivo al darse la extinción por confusión" (FD 3).

"En definitiva, la aportación de créditos aplicada a la eliminación de las pérdidas y de las deudas de la sociedad suponen, sin lugar a dudas,

una mejora de la situación económico-financiera de la entidad, por lo que debe rechazarse que la cuantía de la aportación sea cero. Por el contrario, debe confirmarse que el valor real de los créditos aportados es el nominal, que coincide con su valor neto, pues ni existen cargas ni gastos deducibles, ni la sociedad ha asumido deuda alguna que disminuya el valor de la aportación, que representa un verdadero incremento del patrimonio social en la cuantía expresada, siendo incuestionable que la supresión de una deuda, sin que salga del patrimonio bien alguno para satisfacerla, supone un incremento del mismo patrimonio en igual medida que la deuda desaparecida" (FD 4).

3. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. HECHO IMPONIBLE. ESCRITURA DE DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA HIPOTECARIA PRECEDENTE ENTRE LOS PISOS Y LOCALES DE UN EDIFICIO SOMETIDO A DIVISIÓN HORIZONTAL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 de septiembre de 2005.

El interés de esta sentencia reside en constatar el abandono por parte de la Sala de una valiente línea jurisprudencial sostenida en varios pronunciamientos según la cual el acto de distribución de la responsabilidad hipotecaria por el préstamo entre las distintas fincas no debe tributar, pues ya se tributó por la constitución del préstamo, sin que el acto de distribución tenga contenido económico valuable propio o distinto de los anteriores. Esta tesis se mantuvo en las sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de febrero de 1998 y de 22 de enero de 2002, y fue adoptada por otros Tribunales, como el TSJ de Extremadura en sentencias de 24 y 30 de septiembre de 2002. De acuerdo con esa tesis del TSJ de Castilla-La Mancha, el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados no puede gravar el simple otorgamiento de una escritura (planteamiento que considera excesivamente formalista), pues, en tanto que impuesto, el IAJD debe gravar una manifestación de riqueza. Por ello, entendía no sujeto al gravamen gradual del IAJD el otorgamiento de la escritura pública que "se limita a distribuir entre las distintas viviendas en que ha sido objeto de división horizontal el inmueble la responsabilidad hipotecaria global", sin que exista "acto novedoso que recaiga sobre objeto valuable, pues el conteni-

do económico de la operación fue apreciado y puesto de manifiesto con ocasión de la escritura de inicial constitución del préstamo que ahora se redistribuye sobre las partes en que se ha dividido el mismo inmueble". De lo contrario, se produciría un fenómeno de doble imposición sobre un mismo contenido económicamente evaluable (STSJ Castilla-La Mancha, de 22 de enero de 2002, FD 1).

Pues bien, en la Sentencia de 1 de septiembre de 2005 objeto de este comentario, el TSJ de Castilla-La Mancha rectifica su doctrina anterior para dar cumplimiento a una Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2003, dictada en recurso de casación en interés de Ley a instancia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Para el Tribunal Supremo, el criterio interpretativo del TSJ de Castilla-La Mancha es erróneo e ignora el carácter formalista del impuesto, pues "lo que se somete a gravamen, según el art. 27 del Texto Refundido […], son los documentos notariales, mercantiles y administrativos y en el caso de los primeros, lo único que exige el art. 31.2 para las primeras copias de escrituras es que «tengan por objeto cantidad o cosa valuable, contengan actos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de la Propiedad Industrial y no (estén) sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los apartados 1 y 2 del art. 1 de esta Ley», esto es, a transmisiones patrimoniales y a operaciones societarias". Y añade el TS que "la inscripción en los Registros Públicos […] otorga al titular registral un conjunto de garantías que el ordenamiento jurídico concede a determinados actos en razón de la forma notarial adoptada y que constituyen –dichas especiales garantías registrales– la finalidad del gravamen de Actos Jurídicos Documentados, sin que esa justificación del impuesto lo convierta en una tasa por la prestación de un servicio […], pues tanto la edificación, los préstamos concertados para financiarla y su distribución entre los pisos y locales, como el otorgamiento de las correspondientes escrituras y su eventual inscripción en el Registro de la Propiedad, forman parte del tráfico inmobiliario, cuya seguridad beneficia a todos y especialmente a cuantos intervienen en él, participando de la riqueza que produce". En consecuencia, el TSJ de Castilla-La Mancha se adapta a la doctrina legal establecida por el TS y desestima el recurso contencioso-administrativo en este extremo, señalando la adecuada sujeción al IAJD de la escritura de distribución de la responsabilidad hipotecaria (FD 4).

4. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. HECHO IMPONIBLE. ESCRITURA PÚBLICA DE ADAPTACIÓN SOBRE APROVECHAMIENTO POR TURNOS DE DETERMINADOS INMUEBLES.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 21 de diciembre de 2005.

Se recurre ante el Tribunal una Resolución del TEAR de Canarias (Sala de Santa Cruz de Tenerife), de 28 de julio de 2004, que desestima la reclamación económico-administrativa interpuesta por la ahora recurrente contra una liquidación de la oficina liquidadora del ITP y AJD de Adeje (por importe d 3045,94 €), que consideró sujeta al gravamen gradual del Impuesto de AJD la escritura pública otorgada en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 42/1998, de adaptación de regímenes preexistentes sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turísticos y normas tributarias del complejo urbanístico Tropical Park Fase III.

La cuestión principal consiste en dilucidar si la escritura pública tiene por objeto una “cantidad o cosa valuable”, requisito necesario para que proceda la aplicación del tipo de gravamen gradual del Impuesto. La parte actora entiende que dicho gravamen no puede aplicarse, puesto que la escritura pública otorgada mantiene en su integridad el régimen preexistente ya inscrito, y la nueva inscripción en el Registro de la Propiedad se realiza a efectos de información. Sin embargo, el Tribunal, aun reconociendo el carácter no constitutivo de la nueva escritura, realiza una interpretación formalista del referido requisito para concluir la sujeción a gravamen de ésta.

Destacamos, a continuación, los pasajes más destacados de la argumentación del Tribunal: “[…] si bien la escritura pública formalizada no tuvo carácter de constitutiva, limitándose a exteriorizar un régimen preexistente de aprovechamiento por turno y no a crearlo con carácter «ex novo», no por ello supuso esta actuación un mero hecho natural o involuntario al que Derecho objetivo pudiera anudar consecuencias jurídicas, sino que, por el contrario representó un acto humano producido por voluntad consciente y exteriorizada que al producir efectos jurídicos, los cuales se concretaron en dar publicidad a un régimen preexistente y a su forma de explotación, con pleno respeto de los derechos ya adquiridos, se situó dentro de la categoría de «acto jurídico», sin

importar nada que mediante éste no se creara, modificara o extinguiera derecho real alguno sobre bienes inmuebles, por lo que trasladadas estas consideraciones al ámbito del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, normativa que en sus arts. 28 y 29 declara sujetas al impuesto de Acto Jurídico Documentado las escrituras notariales en los términos establecidos en el art. 31 y designa, a la vez, como sujetos pasivos de dicho tributo a las personas que insten o soliciten los documentos notariales, resulta palmario y evidente que al tratarse de una primera copia la escritura notarial controvertida y contenerse en la misma un acto inscribible en el Registro de la Propiedad que no está sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales onerosas ni al que grava las operaciones societarias, teniendo además dicha escritura pública por objeto cosa valuable, al constatarse en la misma la descripción detallada de un complejo de «time sharing» de manifiesto valor económico y trascendencia jurídica, se dieron en el mencionado instrumento público todos y cada uno de los requisitos fijados en el art. 31.2 del R. Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, para la sujeción al Impuesto de Acto Jurídico Documentado, procediendo, en consecuencia, la desestimación del recurso" (FD 3).

XIV. IMPUESTOS ESPECIALES

1. DENEGACIÓN PARCIAL DE DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO ESPECIAL SOBRE BEBIDAS ALCOHÓLICAS AL NO ESTAR DEBIDAMENTE ACREDITADA LA INUTILIZACIÓN DE LAS PRECINTAS QUE LLEVABA LA MERCANCÍA EN EL MOMENTO DE SU VENTA A PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de marzo de 2005.

Dispone el artículo 6.5 del Real Decreto 1965/1999, en relación con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 38/1992, de Impuestos Especiales, que en todos los supuestos de devoluciones que tengan por objeto productos que hayan circulado dentro del ámbito territorial interno, utilizando marcas fiscales, para que se acuerde la devolución será condi-

ción necesaria que tales marcas se inutilicen o destruyan, bajo control de la Administración tributaria, con carácter previo a la salida de los productos del ámbito territorial interno.

Pues bien, el caso enjuiciado tiene por objeto el examen de si el recurrente procedió debidamente a la inutilización de las mencionadas marcas fiscales como presupuesto para obtener la devolución del impuesto. Devolución cuyo fundamento, tal como se señala en el propio pronunciamiento, se encuentra en el hecho de que al configurarse los impuestos de fabricación con carácter indirecto y recaer, por tanto, sobre el consumo de los bienes que se determinan en el ámbito objetivo de cada uno de ellos, la repercusión obligatoria del Impuesto por parte de los sujetos pasivos produce el efecto deseado de que el gravamen sea soportado realmente por el consumidor. “Con este fin, se dispone igualmente la devolución de los impuestos en determinados supuestos en que no se produce tal consumo, como ocurre con ocasión de la exportación” (F.J. 3º).

Inutilización de las marcas fiscales que, según se desprende de la toma de muestras efectuada por la Administración así como del informe pericial en que intervino un perito expresamente designado por el recurrente, fue realizada de manera irregular al haber utilizado tinta indeleble para la anulación de las precintas. Razonamiento, pues, que conduce al Tribunal a la desestimación del recurso.

XVI.IMPUESTOS LOCALES.

1. IMPUESTO SOBRE ACTIVIDADES ECONÓMICAS. LA EXENCIÓN EN FUNCIÓN DEL IMPORTE NETO DE LA CIFRA DE NEGOCIOS ES APLICABLE A AQUELLOS SUJETOS QUE INICIEN SU ACTIVIDAD A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2003. LA EXENCIÓN POR INICIO DE ACTIVIDAD EN TERRITORIO ESPAÑOL NO ES DE APLICACIÓN A LAS EMPRESAS CUYA ACTIVIDAD SE HUBIERA INICIADO EN EL PERÍODO IMPOSITIVO 2002.PROHIBICIÓN DE APLICACIÓN ANALÓGICA.

Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 20 de abril de 2005.

El TEAC da respuesta en esta Resolución a dos cuestiones relativas a la exención introducida en el ámbito del Impuesto sobre Actividades

Económicas a partir de la reforma operada en el anterior texto de la Ley de Haciendas Locales por obra de la Ley 51/2002, como es el supuesto de la exención en el citado impuesto por inicio de actividad y la exención en función del importe neto de la cifra de negocios. De este modo el TEAC resuelve varios recursos extraordinarios de alzada interpuestos por el Director General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda para la unificación de criterio en relación con la exención en función del importe neto de la cifra de negocios prevista en el artículo 83.1.c) de la Ley 39/1988, actualmente, artículo 82.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. En efecto, la Ley 39/1988, tras su modificación introducida por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, en vigor desde el 1 de enero de 2003, en su artículo 83.1 dispuso que estarán exentos del impuesto: «b) Los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español, durante los dos primeros períodos impositivos de este impuesto en que se desarrolle la misma […] c) Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, las sociedades civiles y las entidades del artículo 33 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 1.000.000 de euros[…]. A efectos de la aplicación de la exención prevista en este párrafo, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: 1.ª El importe neto de la cifra de negocios se determinará de acuerdo con lo previsto en el artículo 191 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre. 2.ª El importe neto de la cifra de negocios será, en el caso de los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades o de los contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes, el del período impositivo cuyo plazo de presentación de declaraciones por dichos tributos hubiese finalizado el año anterior al del devengo de este impuesto[…]».

A lo anterior debe añadirse que la Disposición Adicional Octava de la citada Ley 51/2002 de reforma de la Ley 39/1988, en relación con la exención contemplada en el artículo 83.1 b) de la Ley 39/1988 establece: «2. […]la exención prevista en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 83 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, sólo será de aplicación a los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad a partir del 1 de enero de 2003. Si la actividad se hubiera iniciado en el período impositivo 2002, el coeficiente de ponderación aplicable en el año 2003 será el menor de los previstos en el cuadro que

se recoge en el artículo 87 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales».

Pero la Ley 39/1988 ha sido derogada por el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo; si bien el vigente Texto Refundido, al ser resultado de una delegación legislativa con el alcance más limitado de los previstos en el artículo 82.5 de la Constitución, pues se circunscribe a la mera formulación de un texto único, no incluye aclaración ni armonización alguna de los textos derogados. Es por ello por lo que el Impuesto sobre Actividades Económicas se encuentra ahora regulado en los mismos términos en que se encontraba regulado en Ley 39/1988.

En relación con la exención por tener un importe neto de la cifra de negocios inferior a un millón de euros, la normativa indica que dicho importe debe ser el del período impositivo cuyo plazo de presentación de declaraciones por, en este caso, el Impuesto sobre Sociedades, hubiese finalizado el año anterior al del devengo de este impuesto, es decir, que en el caso concreto de las empresas que hayan iniciado su actividad en el año 2002, carecen de referencia para la aplicación del impuesto en el año 2003. A ello añade el TEAC que “teniendo en cuenta que tanto en la antigua Ley 230/1963 General Tributaria, de 28 de diciembre (artículo 23.3) vigente en aquel momento, como en la actual Ley 58/2003 General Tributaria, de 17 de diciembre, (artículo 14) se indica que «No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales», resulta que dicha exención no es aplicable en el ejercicio 2003 a las empresas que hayan iniciado su actividad en el año 2002, puesto que aplicar la exención prevista en función de un elemento tributario, cual es el importe neto de la cifra de negocios del período impositivo del Impuesto sobre Sociedades de 2001, a un sujeto que no dispone de dicho elemento, es un supuesto de aplicación analógica de una exención que no está permitida en el ordenamiento tributario. En este mismo sentido, la Dirección General de Tributos respondió a las consultas números 1271-04, 1277-04 y 1294-04, en relación con la exacción del Impuesto sobre Actividades Económicas del período impositivo 2003 respecto a la actividad económica ejercida por una sociedad que se constituyó e inició su actividad económica en el período impositivo 2002”.

Por ello, la Sala del TEAC acuerda estimar los recursos extraordinarios de alzada para la unificación de criterio en el sentido de que no es aplicable la exención del Impuesto sobre Actividades Económicas en función del importe neto de la cifra de negocios, prevista en el actual artículo 82.1 c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en relación a la actividad económica ejercida en el período 2003 por una sociedad que se constituyó e inició su actividad económica en el ejercicio 2002, respetando la situación jurídica particular derivada de la resoluciones recurridas.

2. IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. BIENES DE CARACTERÍSTICAS ESPECIALES. USO DE LA AUTONOMÍA LOCAL POR LOS AYUNTAMIENTOS QUE FIJARON UN TIPO IMPOSITIVO PARA 2003 CON CARÁCTER RETROACTIVO DENTRO DE LOS MÁRGENES ESTABLECIDOS POR LA LEY 51/2002, DE REFORMA DE LA LEY 39/1988, REGULADORA DE LAS HACIENDAS LOCALES.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sede de Santa Cruz de Tenerife), de 21 de abril de 2005.

En la presente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife se desestima el recurso que tuvo por objeto la impugnación de una ordenanza fiscal reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. La parte recurrente solicitó la nulidad de pleno derecho de la modificación de la Ordenanza Fiscal reguladora del IBI, en particular del precepto que establece para los bienes inmuebles de características especiales un tipo de gravamen del 0.60 diferente al previsto para los bienes inmuebles rústicos y urbanos, así como la nulidad del precepto relativo a la fecha de entrada en vigor, que permite retroactividad de los efectos a fecha uno de enero de 2003, así como la nulidad de pleno derecho de otros preceptos de la citada Ordenanza, por establecer régimen especial para los bienes de características especiales.

Constituye el objeto del recurso examinar la conformidad o no a Derecho del acto administrativo por el que un Ayuntamiento aprobó la modificación de la Ordenanza Fiscal Reguladora del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, cuya publicación se produjo en el Boletín Oficial de la

Provincia el día 31 de marzo de 2003, estableciéndose que “Esta Ordenanza entrará en vigor, conforme lo dispuesto en la disposición transitoria quinta, de la Ley 51/2002, de 27 de diciembre». En efecto, la citada Ley de 2002 reformó la Ley 39/1988, Reguladora de las Haciendas Locales que, entre otras cuestiones, permitió en la citada disposición, con efectos exclusivos para el ejercicio 2003, a los Ayuntamientos que decidan aplicar, en uso de su capacidad normativa las modificaciones establecidas en esta Ley en los tributos periódicos con devengo periódico el 1 de enero de 2003, aprobar el texto definitivo de las nuevas ordenanzas fiscales y publicarlas en el Boletín Oficial correspondiente.

La recurrente impugna la Ordenanza Fiscal aprobada por el Ayuntamiento, conforme a cuyo artículo 1.º «constituye el hecho imponible de impuesto la titularidad de los siguientes derechos sobre los bienes inmuebles rústicos y urbanos y sobre los bienes inmuebles de características especiales», entendiendo por tales, conforme al n.º 3, letra a) de dicho artículo «los destinados a la producción de energía eléctrica, gas, refino de petróleo y las centrales nucleares». Conforme al artículo 6.º último párrafo, en estos bienes «no se aplicarán reducciones en la base imponible a efectos de determinar la base liquidable del impuesto», estableciendo el tipo de gravamen el art. 7.º, en un «0,60», con entrada en vigor conforme a lo establecido en la citada Disposición Transitoria. Conforme a la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Reforma de 2002, y en relación a la tributación de los bienes inmuebles de características especiales, se estableció que los «que a la entrada en vigor de la presente Ley están inscritos en el Catastro Inmobiliario conforme a su anterior naturaleza, mantendrán hasta el 31 de diciembre de 2005 la reducción en la base imponible que tuvieron conforme a la normativa anterior, y les serán de aplicación los tipos de gravamen del impuesto sobre bienes inmuebles previstos para dichos bienes en esta Ley. Los restantes bienes inmuebles de características especiales empezarán a tributar en el Impuesto sobre bienes inmuebles el día 1 de enero del año inmediatamente posterior al de su inscripción en el Catastro Inmobiliario».

En opinión de este Tribunal, esta Disposición Transitoria Primera “viene a implantar un régimen transitorio referente a las reducciones de la base imponible que los bienes de que se trata tuviesen conforme a la legis-

lación anterior, que mantendrán hasta el 31 de diciembre de 2005. Sin embargo este régimen transitorio no regirá, en ningún caso, para el tipo de gravamen que resulte aplicable, pues establece de forma expresa la sujeción al fijado en esta Ley para los bienes de esta naturaleza, es decir, los de características especiales.

Lo que se confirma en la Disposición Transitoria Quinta, cuando en su apartado primero establece que «con efectos exclusivos para el ejercicio 2003, los Ayuntamientos que decidan aplicar, en uso de su capacidad normativa, las modificaciones establecidas en esta Ley en los tributos periódicos con devengo el 1 de enero de dicho año, deberán aprobar el texto definitivo de las nuevas ordenanzas fiscales y publicarlas en el Boletín Oficial correspondiente, todo ello con arreglo a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, antes del 1 de abril de 2003. En el supuesto de que para el impuesto sobre bienes inmuebles no se haga uso de la autorización contenida en el párrafo anterior, el tipo de gravamen aplicable a los bienes inmuebles de características especiales será el correspondiente a los bienes inmuebles urbanos».

De manera que posibilita que los Ayuntamientos hagan uso de la facultad de fijar los tipos de gravamen para el ejercicio 2003 dentro de los límites establecidos en la Ley para los bienes inmuebles de características especiales, estableciendo subsidiariamente, la aplicación a los mismos del tipo de gravamen correspondiente a los bienes inmuebles urbanos, sin que se produzca en ese supuesto, una equiparación de regímenes".

En relación con la alegación de la actora acerca de que la aplicación de la Ordenanza aprobada al amparo de lo establecido en la Ley 51/2002 supone una retroacción absoluta y prohibida, concluye el Tribunal que la citada Disposición Transitoria Quinta "permite, «con efectos exclusivos para el ejercicio 2003, los Ayuntamientos que decidan aplicar, en uso de su capacidad normativa, las modificaciones establecidas en esta Ley en los tributos periódicos con devengo el 1 de enero de dicho año, deberán aprobar el texto definitivo de las nuevas ordenanzas fiscales y publicarlas en el Boletín correspondiente, todo ello con arreglo a lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 39/1988, antes del 1 de abril de 2003».

Por tanto, la posibilidad que el Ayuntamiento demandado tiene de aprobar las nuevas ordenanzas fiscales, con efectos de 1 de enero de 2003, viene amparada en la DT 5.ª, habiendo sido publicadas en el Boletín Oficial de la Provincial el día 31 de marzo de 2003, cumpliendo, por tanto lo establecido en la misma.

El propio Tribunal Constitucional ha declarado que el art. 9.º 3 de la Constitución, no es aplicable a las normas fiscales pues «la causa de la prohibición ha de buscarse en todo caso en el carácter sancionador o restrictivo de las Leyes, no en el objeto específico de las normas, y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría hacer inviable una verdadera reforma fiscal»".

En relación con la fijación del tipo de gravamen, el art. 73.4 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en la redacción dada por la Ley 51/2002, faculta a los Ayuntamientos para fijar el tipo de gravamen de los bienes de que se trata entre el 0,4% y el 1,3%, con un criterio subsidiario del 0,60%, "sin que se halle reñido con el principio de reserva de ley en materia tributaria, el hecho de que la Ley estatal otorgue a los Ayuntamientos un margen de decisión, dentro de los parámetros preestablecidos por la ley estatal, para concretar el tipo de gravamen aplicable, lo que no supone otra cosa que el ejercicio del principio de autonomía local".

Las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 22 de diciembre de 2004, y de Cataluña, de 27 de mayo de 2004, resuelven similares objetos de controversia y en similares términos.

3. IMPUESTO SOBRE CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE LA ADMINISTRACIÓN A PRACTICAR LA RESPECTIVA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA POR EL ICIO DEBE COMPUTARSE NO DESDE EL INICIO DE LA OBRA, SINO CUANDO ÉSTA YA HAYA FINALIZADO, A LA VISTA DE LAS CONSTRUCCIONES, INSTALACIONES Y OBRAS EFECTIVAMENTE REALIZADAS Y DEL COSTE REAL DE LAS MISMAS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2005.

En esta Sentencia el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

Dos fueron las cuestiones analizadas, objeto de debate en la litis, por la sentencia impugnada. Una, la relativa al cómputo del plazo de prescripción del derecho de la Administración a la determinación de la deuda tributaria mediante la correspondiente liquidación del impuesto objeto de controversia y, en concreto, la fecha o «dies a quo» del plazo de prescripción; y segunda, la paralización injustificada de la actuación inspectora por seis meses por causa no imputable al sujeto pasivo, que impidió atribuir efectos interruptivos del plazo de prescripción a las actuaciones realizadas a partir de dicha interrupción.

El recurso de casación se centra en el problema del cómputo del plazo de prescripción. La sentencia recurrida sostiene que el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación en el Impuesto que nos ocupa comienza su cómputo en la fecha en que finaliza el plazo reglamentario para presentar la correspondiente liquidación, es decir, transcurridos treinta días desde la concesión de la licencia, para el caso de concederse la licencia, o desde el inicio de las obras en el caso de que no se haya solicitado, concedido o denegado la licencia. No obstante, como se pone de relieve en la sentencia objeto de reseña, “el inicio del cómputo de la prescripción al comienzo de las obras podría estimular la construcción a ritmo lento de las de gran envergadura, con lo cual potenciaría el fraude fiscal, pues bastaría con no presentar la pertinente autoliquidación inicial -como sucedió en el caso de autos- para conseguir la prescripción del derecho de la Administración a practicar liquidación en las obras que se prolonguen durante cuatro años”.

La primera cuestión a determinar que se plantea el Tribunal Supremo en esta Sentencia, al igual que hizo en la Sentencia de 28 de enero de 1994 es fijar los hechos imponibles en la tasa por licencia de obras y en el ICIO. En efecto: “El hecho imponible en la tasa por la expedición de licencias de obras viene constituido por la prestación de servicios

administrativos de verificación de la legalidad de la obra proyectada, previos a la concesión de la correspondiente licencia, y en el ICIO por la realización, dentro del término municipal, de cualquier construcción, instalación u obra para la que se exija la obtención de la correspondiente licencia municipal de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia. Aun cuando el elemento normativo de la necesidad de licencia para las obras proyectadas se integre como uno de los elementos objetivos del hecho imponible del ICIO, este tributo se configura como un impuesto que grava una determinada capacidad económica, la que se pone de manifiesto por la realización de esas construcciones, instalaciones u obras. Ni en la tasa por licencia de obras ni en el ICIO la realización del hecho imponible se inicia por la solicitud de la licencia urbanística. En la tasa, la solicitud de la licencia es presupuesto para que la Administración preste el correspondiente servicio, pero es dicha prestación la que significa la realización del hecho imponible, por lo que si a la solicitud de licencia no sigue la prestación del servicio no se devenga tasa alguna. En el ICIO el hecho imponible es la realización de determinadas obras, aquellas para cuya ejecución se necesite licencia municipal, pero el hecho imponible se produce independientemente de que la licencia se haya o no solicitado. Ni la solicitud de licencia implica iniciación en la realización del hecho imponible ni la concesión de aquélla significa la culminación de éste. El hecho imponible comienza a realizarse al iniciarse la ejecución de la obra y termina con su completa ejecución, momento en que la Administración, tras comprobar cuál ha sido su coste efectivo, puede girar la liquidación definitiva que proceda (art. 104.2 LHL), aunque el art. 103.4 LHL fije el devengo no en este momento final sino en el inicial de la fecha del comienzo de la construcción, instalación u obra".

Continúa afirmando el Tribunal Supremo: "Desde la perspectiva del devengo, lo verdaderamente importante, como ha puesto de relieve la doctrina, es la realización del elemento objetivo. En efecto, para considerar realizado el hecho imponible en un impuesto que grava un resultado real, como es el ICIO, tendremos que determinar cuándo cobra realidad ese elemento material, y éste es el único momento que condiciona el nacimiento de la obligación tributaria. No importa la extensión temporal del elemento material realizado, ya que en todas ellas tendremos que acudir a la realidad para indagar en qué momento se realizó ese sustrato material del

hecho imponible y en función del mismo considerarlo realizado jurídicamente y, consecuentemente, también situar el devengo en ese instante.

En un impuesto que grave un resultado real cuya realización conlleve un cierto tiempo, como una construcción, el legislador no puede acotar ese aspecto temporal colocando el devengo al inicio de la construcción, ya que tal dimensión temporal es una parte integrante del propio elemento material; es más, con ello se estaría modificando y sustituyendo el propio aspecto material, la construcción como resultado, por otro supuesto material, el inicio de una actividad de construcción. Pero ello no es posible, ya que el devengo no puede impedir en ningún caso la propia realización del supuesto normativo; todo lo contrario, el devengo tiene que ratificar el momento en que se ha realizado ese supuesto normativo, ya que no es un elemento del presupuesto de hecho que pueda matizar negativamente o contradecir lo inicialmente previsto por la norma. En efecto, el devengo tiene una función bien distinta en la estructura del tributo, expresa el momento en que nace una obligación tributaria, precisamente cuando se ha realizado en la realidad el supuesto normativamente previsto, cuando existe en la realidad ese elemento objetivo".

Por consiguiente, establece el Tribunal Supremo que "en el ICIO, el devengo tendría que situarse al finalizar las obras, cuando cobre existencia el elemento material del hecho imponible, cuando se pueda conocer el coste real y efectivo de esas obras. Sería, sin duda, una incongruencia la colocación del devengo al inicio de las obras, cuando se trata de un hecho imponible no periódico, aunque de una duración más o menos dilatada, que grava un resultado que necesita un determinado tiempo en su realización. Lo lógico hubiera sido que el devengo se situara en el momento de terminarse las obras. Otra cosa es que la exigibilidad de la cuota se adelante al devengo del impuesto, que existan unos pagos anticipados.

Por consiguiente, en el ICIO estamos ante un devengo adelantado, que jurídicamente sólo se le puede calificar de un ingreso a cuenta o de un adelantamiento de pago, y no como el momento en que nace la obligación. Con lo cual ese devengo adelantado no puede determinar la Ley aplicable, ya que ésta tiene que ser la vigente en todo el tiempo que inescindiblemente va unido a la realización del elemento material y muy espe-

cialmente cuando se haya terminado de realizar ese elemento objetivo del hecho imponible, ya que sólo entonces puede situarse el devengo. La Ley aplicable ha de preceder en el tiempo a la realización del hecho imponible, pero no es suficiente que la Ley reguladora del tributo esté vigente al tiempo de iniciarse aquél, sino también en el momento de finalizar el mismo, ya que sólo en este último instante se devenga el impuesto y nace, consiguientemente, la obligación.

Es más, la normativa aplicable en función de este momento inicial en que se sitúa incorrectamente el devengo, no puede condicionar para nada las evoluciones o modificaciones de precios que se produzcan en el sustrato material del hecho imponible, como la evolución de costes que tenga que soportar una construcción que requiere un cierto tiempo; a lo sumo, se puede hacer una media de los costes realmente soportados, aplicando distintas técnicas, como se aplican en otros impuestos, pero lo que no cabe en ningún caso, cuando además la base imponible se determina por el coste real y efectivo, es cuantificar los costes en función del día en que se inició la construcción, esto es, en función de lo presupuestado".

En el ICIO, "la liquidación provisional se practica antes de ese mal situado devengo" y, la razón, en palabras del Tribunal Supremo, es "para poder exigir inmediatamente un pago a cuenta, que es en realidad en lo que consiste ese devengo adelantado. Después, cuando realmente se haya realizado el presupuesto de hecho, que es el lugar donde tendría que situarse el devengo, se procederá, lógicamente, a la liquidación definitiva".

En realidad, el Tribunal Supremo ha sido riguroso en orden a la delimitación del hecho imponible del ICIO y de su devengo. La propia sentencia reseñada alude a la Sentencia de 16 de marzo de 1998, en la que se declaró que "lo decisivo es, pues, no la solicitud de la licencia -ni siquiera el otorgamiento-, sino la realización de la obra, o más concretamente, su iniciación. Otra cosa es que, por razones de oportunidad y puesto que los Ayuntamientos conocen, o pueden conocer, con ocasión del expediente de concesión de la licencia, las características de las construcciones u obras y sus presupuestos, la ley permita […]una anticipación del ingreso mediante la práctica de una liquidación provisional «cuando se conceda la licencia preceptiva». Pero esto no es otra cosa que manifestación de uno de los nume-

rosos casos en que los sistemas fiscales permiten la anticipación de ingresos tributarios a la fecha del devengo, conforme sucede en las modalidades de ingresos a cuenta, retenciones o pagos fraccionados, que suelen ser anteriores al momento en que legalmente se sitúa el nacimiento de la obligación tributaria". La doctrina de esta última Sentencia ha sido reiterada por la sentencia de 24 de abril de 1999, y en fechas más recientes, la sentencia de 23 de marzo de 2002. A la vista de la jurisprudencia expuesta, la conclusión a que se llega en la Sentencia reseñada es que "a partir de la entrada en vigor de la L.H.L.[…], el cómputo del plazo de prescripción del ICIO se inicia desde que finaliza la obra gravada y ello porque, aunque el hecho imponible del impuesto comienza a realizarse con la ejecución de la obra […], como el ICIO no es un impuesto instantáneo, ese hecho imponible se desarrolla en el lapso de tiempo que media entre el comienzo y la finalización de la obra. Como decía la sentencia de 28 de enero de 1994, el hecho imponible comienza a realizarse al iniciarse la ejecución de la obra y termina con su completa ejecución, momento en que la Administración, tras comprobar cuál ha sido su coste efectivo, puede girar la liquidación definitiva que proceda[…], aunque […]la misma L.H.L. fije el devengo no en ese momento final sino en el inicial de la fecha del comienzo de la construcción de la obra".

Por ello, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la sentencia recurrida se funda en doctrina errónea, que, de consolidarse, sería gravemente perjudicial para las Haciendas municipales, por lo que procede de fijar como doctrina legal la siguiente: «El plazo de prescripción del derecho de la Administración a practicar la respectiva liquidación definitiva por el ICIO debe computarse no desde el inicio de la obra, sino cuando ésta ya haya finalizado, a la vista de las construcciones, instalaciones y obras efectivamente realizadas y del coste real de las mismas».

XVII. TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y PRECIOS PÚBLICOS

1. TASA POR LICENCIA DE APERTURA DE PLANTA DE CLASIFICACIÓN Y LAVADO DE ÁRIDOS. ES CORRECTA LA LIQUIDACIÓN PRACTICADA COMPUTANDO COMO SUPERFICIE ÚTIL EL TOTAL DE LA PARCELA Y NO LA SUPERFICIE OCUPADA POR LAS MÁQUINAS, AL SER TODA LA PARCELA ÚTIL PARA LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede en Burgos, de 30 de septiembre de 2005.

En esta Sentencia, se desestima el recurso interpuesto por la parte recurrente, en el que se solicitaba se dictase sentencia declarando la nulidad del acto administrativo impugnado, consistente en una liquidación de una tasa por licencia de apertura de planta de clasificación y lavado de áridos, así como que se decretara que a efectos de liquidar la tasa de la Licencia de apertura del establecimiento, se debería tomar en consideración la superficie útil de la instalación y no la superficie total de la parcela en que se ubica la misma.

En relación con la «superficie útil» como superficie a tener en cuenta, establece el Tribunal que "de la propia documentación presentada por la actora en su momento ante la corporación municipal, resulta que como ella misma indicó al ser requerida, la «superficie útil» está constituida por el total de la parcela, y no por la zona de ésta ocupada por las máquinas. Si se examina su proyecto resulta que se instala una planta de extracción y tratamiento de áridos, y en la Memoria correspondiente se especifica con claridad que […]«se ubicarán las instalaciones destinadas al tratamiento de los áridos, […], previa la retirada de la capa de tierra superficial, es de donde se obtendrá el material susceptible de ser transformado en áridos para la industria regional de la construcción». Y «La materia prima de esta industria... se obtendrá del mismo subsuelo de la finca donde va instalada la maquinaria» si bien se aclara que se pretende continuar con una explotación agrícola e industrial al mismo tiempo".

Sobre la base de lo expuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León considera que el Ayuntamiento demandado actuó de conformidad a derecho al tener en cuenta la totalidad de la superficie de la parcela "ya que toda ella es útil para la actividad empresarial de la hoy actora, cuyo recurso debe ser desestimado".

2. CONTRIBUCIONES ESPECIALES. LAS OBRAS QUE PROPORCIONAN ALUMBRADO PÚBLICO A UN CAMINO REPRESENTAN OBJETIVAMENTE UNA MEJORA O BENEFICIO A LOS INMUEBLES PRÓXIMOS.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede en Valladolid, de 30 de junio de 2005.

En la presente Sentencia el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte recurrente contra la Resolución de un Ayuntamiento que liquidaba una contribución especial por establecimiento de alumbrado público. La cuestión de fondo se centra en determinar si la recurrente se vio o no especialmente beneficiada por el establecimiento de este servicio público, así como el criterio tenido en cuenta por el Ayuntamiento a la hora de tener en cuenta como módulo de reparto exclusivamente los metros lineales.

En relación con este último extremo, afirma el Tribunal que “Los Acuerdos de Imposición y Ordenación de las Contribuciones Especiales, publicados en el BOP de 22/10/96, fijaron como módulo de reparto los metros lineales de fachada de los inmuebles especialmente beneficiados por la obra, siendo este módulo el previsto con carácter general por el artículo 32, letra a) LRHL, para repartir la base imponible de las contribuciones especiales entre los sujetos pasivos sobre el módulo tenido en cuenta.

En efecto, el artículo 32.1, letra a) LRHL señala que para repartir la base imponible de las contribuciones especiales entre los sujetos pasivos, con carácter general se aplicarán conjunta o separadamente, como módulos de reparto, los metros lineales de fachada de los inmuebles, su superficie, el volumen edificable de los mismos y el valor catastral a efectos del Impuesto de Bienes inmuebles. Y este precepto ha sido reiteradamente interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que la elección de tales criterios, así como su utilización conjunta o separada por los Ayuntamientos, incumbe a éstos, siempre que la elección se realice dentro de los módulos legalmente establecidos, que opera con carácter de «numerus clausus», como señaló la STS de 10 de junio de 2002”.

Por lo que respecta a la otra cuestión señalada, es decir, la ausencia de beneficio que alega el recurrente, dispone el Tribunal que “las contribuciones especiales se configuran -en doctrina Jurisprudencial- como «contribuciones de mejora», generadas por una actividad administrativa consistente en la realización de una obra o servicio público, emprendido en

interés general, pero que proporcionan beneficios especiales a ciertos administrados, propietarios de bienes inmuebles, aunque, excepcionalmente, se rebasa este concepto, cuando se permite la exacción de este tributo a determinados (sic.)

De conformidad con el artículo 28 LRHL, «...constituye el hecho imponible de las contribuciones especiales la obtención de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos, de carácter local, por las Entidades respectivas...», requiriéndose por consiguiente, que además del beneficio general inherente a toda obra o servicio público se dé un beneficio especial de determinadas personas, teniendo reiteradamente declarado el Tribunal Supremo -entre otras, Sentencia de 15 enero 1992- que para que pueda adoptarse el acuerdo de imposición no es suficiente que las obras atiendan a un interés general común, sino que es preciso la concurrencia tanto de tal interés como de un beneficio especial, concepto este que se destruiría si se entendiese que el beneficio común o general es equivalente a aquél, y teniendo asimismo declarado -Sentencia de 22 octubre 1987- que en ningún caso puede entenderse por «beneficio» exclusivamente el aumento del valor en cambio de los bienes, sino cualquier ventaja que se reciba por efectos de las obras o servicios, incluso sin posible inmediata traducción a magnitudes económicas.

En este caso el beneficio particular es claro, e incluso resulta del propio escrito de conclusiones en el que el demandante plantea esta cuestión, pues las obras proporcionaron alumbrado público a un camino lo que objetivamente significa una mejora o beneficio de los inmuebles próximos, entre los que se encuentra una finca propiedad del recurrente".

Notas

[1]El sumario presentado en esta sección divide la materia tributaria en apartados que se mantendrán en cada número de la revista, con independencia de que alguno de ellos quede vacío de contenido. A efectos sistemáticos, en cada apartado aparecen relacionadas las materias concretas a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales, y administrativos en su caso. Los apartados I y XIII serán comentados por Saturnina Moreno González (Profra. Ayudante LOU). Los apartados II, V y XIV

serán comentados por Esther Sánchez López (Profra. Titular de Universidad). Los apartados III y VII serán comentados por Gemma Patón García (Profra. Ayudante de Universidad). Los apartados IV y XI serán comentados por María Prado Montoya López (Profra. Asociada de Universidad). Los apartados VI y X serán comentados por J. Alberto Sanz Díaz-Palacios (Prof. Asociado de Universidad). Los apartados VIII, IX y XII serán comentados por Gracia Mª Luchena Mozo (Profra. Titular de Universidad) realizando también las tareas de coordinación junto a Miguel Angel Collado Yurrita (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario). Los apartados XV, XVI y XVII serán comentados por Pedro José Carrasco Parrilla (Prof. Titular de Universidad).

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

Magdalena Ureña Martínez y Susana Casado Díaz
Profesoras de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

ADOPCIÓN INTERNACIONAL. Idoneidad de los adoptantes. Impugnación del acto administrativo por el que se declara la no idoneidad. Audiencia Provincial de Toledo, Sentencia de 2 de febrero de 2005.

El supuesto que se plantea en esta sentencia, es si para determinar la idoneidad de los adoptantes se debe hacer prevalecer el informe psicológico de los Servicios Sociales de la Consejería de Bienestar Social de Castilla-La Mancha, frente a todos los informes y pruebas practicadas.

La Sala no comparte la valoración probatoria del Juez a quo, y prefiere valorar en su conjunto todos los informes practicados y el resto de las pruebas. En caso contrario, la Audiencia considera que se infringiría el principio valoratorio de la prueba.

S.C.

ARRENDAMIENTO DE CAZA. Causas de extinción. Compraventa de la finca arrendada. Indemnización de daños y perjuicios. Audiencia Provincial de Albacete, Sentencia de 1 de marzo de 2005.

La cuestión a determinar es la validez de un pacto verbal contrario a lo plasmado posteriormente en una escritura de compraventa.

En la escritura se dispone expresamente la transmisión de una finca incluidos los derechos de caza.

La Audiencia entiende que la afirmación de que hubo un pacto verbal previo a la escritura, según el cual la adquirente se comprometía a respetar el arrendamiento, no resulta convincente, pues no tiene sentido que

en la escritura se hicieran menciones expresas contrarias a ese pacto verbal. Por consiguiente, se debe condenar sólo a la vendedora al pago de los daños y perjuicios causados, tal y como se refiere el artículo 1.571 del Código Civil, y no pretender que también los abone el comprador.

S.C.

COMPETENCIA DESLEAL. Aprovechamiento de los conocimientos y gestiones hechas en una empresa, para utilizarlos en otra dedicada a la misma actividad. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª). Sentencia de 16 de septiembre de 2004.

El principal aspecto debatido era si se trataba de una práctica de competencia desleal el hecho de que los demandados, que perteneciendo a una empresa dedicada a la venta y fabricación de mobiliario de oficina, constituyeran otra empresa –sin comunicarlo a la primera sociedad- en la misma población y dedicada al mismo objeto social. Más aún, cuando los demandados, empleándose coetáneamente en ambas empresas, concurrieron a ofertas públicas de suministro, aprovechando los conocimientos y gestiones hechas por y para la actora.

La AP de Toledo confirma los pronunciamientos emitidos por la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que consideraba que los demandados habían incurrido en competencia desleal en virtud de lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En opinión de la AP “estamos en presencia de empresas familiares, en las que la actividad directiva, representativa, decisoria en suma, se concentra en un individuo o dos, que son el alma *mater* de las mismas, con independencia de la distribución de cargos nominales, y atesoran por ello los conocimientos industriales y comerciales, de suerte que, su pérdida supone de algún modo la descapitalización de la sociedad familiar”. Concretamente, la sentencia de instancia estima probado, por prueba de presunciones, que Sanmul 2200 utilizó la documentación, gestiones y conocimientos que un administrador tenía –César- de la oferta de Mobicol y los utilizó para que dicha empresa se presentara al Concurso Público de la Junta de Andalucía, pues en menos de 37 días no podía Sanmul reunir

la gran y compleja documentación precisa para ello. En suma cuando Sanmul se presenta a concurso público ya conocía la oferta y método de Mobicol y aprovechó ese secreto empresarial -violentando el deber de reserva-, para competir –deslealmente- en el mercado. .

M.U.

CONSUMIDORES Y USUARIOS. Concepto de consumidor. Indemnización de daños y perjuicios. Falta de acreditación de daños. Audiencia Provincial de Toledo, Sentencia de 17 de septiembre de 2004.

Se plantea en esta sentencia la reclamación indemnizatoria por daños producidos como consecuencia de varios cortes del suministro eléctrico en una fábrica, habiéndosele negado en instancia la condición de consumidora a la misma.

La Sala hace suyo el razonamiento de instancia, que al amparo del artículo 1.3 de la Ley 26/1984, niega el carácter de consumidor a la demandante, en cuanto se trata de una empresa que no es destinatario final, sino que con el suministro eléctrico transforma el producto que elabora y comercializa a terceros, por lo que no puede gozar de la protección que tal norma establece a favor del consumidor (destinatario final).

Además, considera que no procede la indemnización al no dejar probados que los daños sufridos en la empresa sean debidos a los cortes de suministro eléctrico.

S.C.

CONTRATO DE CIRUGÍA ESTÉTICA. Obligación de resultado. Responsabilidad civil contractual. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2ª). Sentencia de 18 de noviembre de 2005.

Se plantea en apelación, si la cicatriz –que tanto afea a la recurrente-, resultante de una operación de dermolipectomía abdominal, es

correcta o, por el contrario, se está ante una cicatriz "imprevisible, no querida y causada por la contraparte". La AP de Albacete, siguiendo la doctrina mayoritaria, entiende que, pese a que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de un contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de prestar sus servicios profesionales, hay casos –como el presente de cirugía estética-, donde el médico se obliga a producir un resultado. En el caso presente como el resultado obtenido tras la operación no fue el pactado en el contrato de cirugía, la AP considera a Corporación Dermoestética responsable civil de los daños ocasionados al paciente.

Otra cuestión, estrechamente conectada a la anterior, que se discute en la alzada, es la relativa a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica, que se derivada del contrato de cirugía pactado. Este aspecto resulta esencial ya que la recurrente –Corporación Dermoestética- entiende que la responsabilidad civil derivada es extracontractual, por lo que el plazo de prescripción de un año está extinguido; contrariamente, se pronuncia la recurrida, al considerar contractual la responsabilidad civil dimanante, ante la existencia de un contrato de cirugía estética, por lo que el plazo de 15 años de la acción, aún no ha finalizado. La AP de Albacete se pronuncia a favor de esta última posición y entiende que la acción de responsabilidad civil contractual aún no ha prescrito.

M.U.

CONTRATO DE SEGURO. Interpretación amplia. Cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Deben tenerse por no puestas si no son expresamente aceptadas. Audiencia Provincial de Albacete, Sentencia de 14 de enero de 2005.

La controversia de la sentencia se centra en determinar si las cláusulas de las condiciones generales que definen la "incapacidad permanente, total y absoluta" son delimitadoras del riesgo o, por el contrario, son limitadoras de los derechos del asegurado, y sometidas, para su validez, a los requisitos impuestos por el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro.

Según el condicionado particular del seguro, quedaba cubierto el riesgo de "invalidez permanente, total y absoluta". En las condiciones generales no firmadas por la tomadora, se establece que constituyen invalidez permanente total y absoluta una serie de lesiones que se apartan del concepto común, asumido en la cultura jurídica, de invalidez o incapacidad permanente total, por lo que, según la Sala, resultaba acorde con las exigencias del artículo 3 de la LCS la aceptación expresa de la cláusula según la cual, iba a entenderse restringido o limitado el concepto común de incapacidad permanente.

También se plantea en esta sentencia, si el accidentado en un encierro de reses se puede calificar como "participante", y por tanto, estaría cubierto por la póliza, o como espectador. La Sala entiende que la condición de participante no se adquiere mediante la inscripción o actuación con determinado protagonismo en el mismo. Debe hacerse una interpretación mucho más flexible del término. No estando adjetivado el término "participante" en la póliza, debe interpretarse en sentido amplio, considerando como tal, desde los que preceden a las reses hasta los que se introducen en su recinto mucho después que las mismas han pasado.

S.C.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Lucro cesante. Concepto. Facturación no equivale a lucro cesante. Audiencia Provincial de Albacete, Sentencia de 25 de noviembre de 2004.

La cuestión que se plantea en esta sentencia es determinar el lucro cesante que sufre una empresa al quedarse incomunicada durante siete días por una avería del servicio telefónico.

La actora trata de justificar sus pérdidas, haciendo un cuadro comparativo entre la facturación del mismo trimestre del año anterior a la avería y la de éste.

La Sala considera que facturación no equivale a lucro cesante, debiéndose tener en cuenta otros factores para poderlo determinar.

S.C.

DEPÓSITO IRREGULAR. Ausencia de mandato. Existencia de cláusula plasmada por empleado de Entidad Bancaria. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sentencia de 11 de marzo de 2005.

La cuestión objeto de debate se centra en determinar si nos encontramos ante un contrato de mandato o un depósito irregular, a tenor de una cláusula que aparece en dos libretas bancarias y que establece: "el autorizado sólo dispondrá en caso de fallecimiento del titular". Fallecido este último, los fondos metálicos se reclaman por quien fue autorizado por el depositante.

La Audiencia considera que es de todo punto erróneo que nos encontramos ante un mandato y que, por la muerte del mandante, se habría extinguido el mismo, concluyendo que las sumas que se piden han de hacerse por título de herencia. Nos encontramos ante un contrato de depósito irregular o de metálico concertado en su momento por el depositante. Además, hay que tener en cuenta que la cláusula fue plasmada por un empleado de la Entidad que advirtió que ésta

bastaba para posteriormente retirar las cantidades.

Así, con arreglo a las obligaciones del depositario, se debe restituir el depósito cuando fuere reclamado al depositante o a la persona que hubiese sido designada en el contrato.

S.C.

INTERDICTO DE OBRA NUEVA. Inmuebles empotrados. Posesión del vuelo. Falta de acreditación. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sentencia de 28 de marzo de 2005.

La cuestión que se debate en la sentencia es si la propiedad del suelo presume la del vuelo.

Se realiza una obra de demolición en la planta alta de un inmueble, dejando al descubierto el salón existente en la planta baja propiedad del veci-

no colindante, colocando a modo de cubierta una plancha de uralita. Se reconoce la inexistencia de acceso desde la misma a la habitación demolida.

La Audiencia considera que la realidad fáctica que implica la existencia de dos viviendas encablagadas, no determina ni presume concurrencia alguna de propiedad horizontal, ni el carácter común de los elementos. Por este motivo, estima que no hay ususrpación alguna ni perjuicio concreto que pudiera conllevar la ejecución de la obra que se pretende suspender.

S.C.

PROPIEDAD HORIZONTAL. Junta de propietarios: impugnación de acuerdos relativos a gastos de conserjería y de vigilancia. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª). Sentencia de 29 de marzo de 2005.

Se plantea en la alzada, si eran válidos unos acuerdos adoptados por una Junta Ordinaria de propietarios, relativos a la reasignación de los gastos de vigilancia y de conserjería a otros grupos de gastos diferentes a los que tradicionalmente se habían asignado, sin contar con el consentimiento unánime o mayoritario de los propietarios, preceptivo para dichos casos.

La AP de Cuenca revoca la sentencia de Primera Instancia y declara nulos dichos acuerdos, adoptados por la Junta de propietarios de la comunidad demandada, con el argumento de que los gastos de conserjería estaban previstos en los estatutos de la comunidad y cualquier modificación de esa regla exige la unanimidad de los propietarios del inmueble. Por su parte, los gastos de vigilancia o de seguridad -no previstos estatutariamente- necesitaban mayoría cualificada de las tres quintas partes, mayoría que no se alcanza en dicha Junta Ordinaria.

M.U.

PROPIEDAD INTELECTUAL. Derechos de autor: derechos de explotación. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª). Sentencia de 2 de febrero de 2005.

La cuestión litigiosa planteada en Primera Instancia versaba sobre unas celebraciones –bodas, bautizos, comuniones, banquetes y actos sociales de análoga naturaleza- realizadas en el local de la demanda, que culminaba con la comunicación pública de obras musicales protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, sin la autorización previa y preceptiva de la SGAE. El Juzgado condena a la propietaria del salón a la cesación de dicha conducta y a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

Contra esta sentencia la propietaria del local interpone recurso de apelación, alegando, entre otros motivos, que el juzgador de instancia ha tenido un conocimiento extraprocesal de alguna de las cuestiones fácticas controvertidas en el procedimiento; por lo que debería de haberse abstenido de hacer uso de esos conocimientos particulares en el procedimiento. Este argumento es desestimado por la AP de Cuenca, apoyándose en la doctrina mayoritaria establecida por el TS, con el argumento de que el ordenamiento jurídico ha precisado de forma taxativa las causas de abstención y recusación por razones de seguridad jurídica y con la finalidad de evitar, de este modo, tanto precipitadas abstenciones como infundadas recusaciones; causas legales de abstención que no se aprecian en el presente caso.

M.U.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Daños causados por animal: no se acredita una situación imprevisible o de fuerza mayor. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª). Sentencia de 16 de septiembre de 2005.

El tema central, que se discutía en la alzada, era el relativo a si la mordedura de un perro a un niño, en el momento en que su dueño se disponía a sacarlo a pasear, generaba responsabilidad civil extracontractual o, por el contrario, era un hecho imprevisible -como señalaba la parte recurrente-, ya que la persona que custodiaba al animal, no podía percatarse de que el menor iba a entrar corriendo a su vivienda.

La AP de Toledo entiende que la responsabilidad civil derivada de los hechos ocasionados por los animales es de tipo objetivo, en virtud de

lo dispuesto en el art. 1905 CC. De este modo, la AP confirma íntegramente la resolución recurrida con desestimación del recurso, al no quedar acreditado en ningún momento del juicio una situación imprevisible o de fuerza mayor. Sí queda probada una evidente negligencia del dueño del animal, cuando sacaba a pasear el perro, al no extremar las precauciones debidas ante la eventual presencia del niño.

M.U.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Indemnización de daños y perjuicios. Accidente de circulación: daños materiales: distintas posiciones en la "jurisprudencia menor" con relación a los supuestos de reparación del vehículo. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª). Sentencia de 21 de febrero de 2005.

Tras un accidente de circulación se discute en la alzada, si la reparación del vehículo siniestrado debía alcanzar el importe íntegro de la reparación, para obtener así el total restablecimiento del perjuicio sufrido. El problema que se planteaba es que con esta solución podría generarse un enriquecimiento injusto a favor del propietario del vehículo, al superar notoriamente el importe de la reparación el valor en uso del bien.

Antes de pronunciarse la AP de Cuenca sobre este aspecto, analiza las distintas posiciones jurisprudenciales existentes sobre esta materia, ya que no existe una doctrina uniforme por parte de las Audiencias Provinciales. Un sector entiende que si el precio de reparación supera el valor del vehículo, no se considera enriquecimiento injusto para el propietario en virtud de lo establecido en el art. 1902 CC, ya que el propietario tiene derecho a reestablecer la situación anterior al evento dañoso y conservar el propio vehículo reparado. Por el contrario, otras AAPP entienden que si la diferencia existente entre el valor venal y el importe de la reparación es grande y se aprecia una notoria desproporción entre ambos, se impone necesariamente una corrección que impida el injusto enriquecimiento del propietario. Si no fuera así, se daría la situación contradictoria de que por el hecho de que un vehículo -de escaso valor- sufriera un accidente, su valor aumentaría de manera excesiva después de las reparaciones realizadas.

Después de repasar las distintas posiciones doctrinales existentes, la AP de Cuenca entiende que el criterio, que debe adoptarse es el del valor venal del vehículo, incrementado en un cincuenta por ciento; dentro del que se englobaría el valor de afección y el de reposición del mismo. En el caso presente se desestima el recurso de apelación ya que el valor de la reparación del vehículo siniestrado no generó un enriquecimiento injusto para el propietario.

M.U.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. Responsabilidad de los administradores sociales: falta del consentimiento del acreedor en la asunción de deuda. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia de 25 de enero de 2005.

Se discutía en la alzada, si tenía efecto liberatorio la asunción de una deuda realiza por unos administradores sociales con un tercero adquirente –que no paga-, sin el consentimiento de los acreedores demandantes.

La AP de Toledo confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, que considera preceptivo el consentimiento de los acreedores para la validez del acuerdo de asunción de deuda; de modo que en el caso presente no tuvo validez la asunción realizada, por lo que los administradores sociales seguían siendo responsables de la deuda.

M.U.

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

CANTERO MARTÍNEZ, JOSEFA: "*La autonomía del paciente: Del consentimiento informado al Testamento Vital".* "Editorial Bomarzo", Albacete, 2005.

Para ciertos autores, el vocablo *consentimiento informado* surge por primera vez en Nüremberg, en 1947, tras conocerse los horrores médicos nazis en los campos de concentración. En 1957, adquiere plena vigencia jurídica, tras la Sentencia del Tribunal Supremo de California en el caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, declarando el Juez Bray: "la obligación de indemnizar cuando se traspasaban los límites del consentimiento otorgado por el paciente, o bien se ocultaba una prohibición suya". Por su parte la idea del "testamento vital", fue acuñada en 1967 por el Abogado de Chicago Louis Kutner, con la denominación *Living Will.*

Son precisamente estos dos conceptos los que la Profesora Josefa Cantero estudia a la luz de la reciente normativa estatal y autonómica española, y la gran elaboración jurisprudencial de los últimos tiempos, en la monografía que acaba de publicarse y de la cual doy noticia en esta recensión.

Se trata de un estudio sintético de las principales aportaciones doctrinales y judiciales que, sobre los fundamentos conceptuales de la autonomía del paciente y figuras derivadas, se ha elaborado hasta la fecha. La profesora Cantero, encuadra la autonomía del paciente en la dialéctica paternalismo-dignidad y respeto a la autonomía de éste. Como resultado de dicha evolución, pasa a analizar las dos manifestaciones del reconocimiento de esa capacidad de expresión de voluntad , con especial atención a la problemática que la interpretación de la normativa suscita en su aplicación práctica.

Del régimen que recuerda y actualiza sobre el consentimiento informado, se desprenden dos focos problemáticos que afectan al testamento vital y al uso y contenido de dicho consentimiento: de un lado, la preeminencia del derecho a la vida sobre el resto de libertades, incluído el derecho personal a precindir de ella en nuestra jurisprudencia, lo que liga-

do a presuponer que el fin básico del testamento vital es disponer la no continuidad de ésta, hace muy estrictos en nuestro país los límites de su licitud en su práctica. De otra parte, el conflicto entre eficacia de la Administración Sanitaria y-podríamos decir-, "mal uso del consentimiento" para instrumentalizar su omisión, al margen de la producción de daño, con el fin de exigir responsabilidad patrimonial a la Administración. Por ello, hay que destacar especialmente, los epígrafes que dedica al testamento vital, tras la nueva Ley Básica estatal. No obstante, la obra realiza un tratamiento global del consentimiento informado que va más allá del régimen previsto en la Ley 41/2002. Así por ejemplo, integra aquellos otros supuestos en que el consentimiento del paciente ha de ser reforzado por la autoridad administrativa o judicial. En primer lugar, se refiere a los supuestos en los que el paciente decide voluntariamente someterse a tratamientos terapéuticos de carácter experimental. Destaca la autora que frente al artículo 10.4 de la Ley General de Sanidad (en adelante LGS) que señalaba que para aplicarle tales tratamientos "en todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente centro sanitario", el 8.4 de la Ley Básica 41/2002 ya no hace referencia explícita a la necesidad de contar en todo caso con el consentimiento voluntario y la aceptación por el paciente. Para encontrar estas previsiones hay que dirigirse a la Ley 25/1990 de 20 de Diciembre del Medicamento y al RD 223/2004 de 6 de Febrero por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. Puntualiza la autora los aspectos de este Reglamento relativos a las condiciones previas al consentimiento para su realización, la forma del consentimiento o los supuestos excepcionales en los que puede prescindirse del mismo.

En segunda instancia, se refiere a la esterilización de deficientes mentales profundos.

En este sentido, menciona la regulación actual del artículo 156 del Código Penal de 1995, con especial atención a la intervención judicial en este supuesto. Así, el párrafo segundo del precepto del Código Penal citado considera no punible la esterilización de persona incapacitada con grave deficiencia psíquica, cuando, tomado como criterio rector el mayor interés del incapaz, halla sido autorizada por el Juez. Por tanto, como bien

determina la profesora, en estos supuestos no basta con el consentimiento del sustituto, sino que el mismo requiere la correspondiente autorización judicial.

En tercer lugar, se refiere también a la necesaria autorización judicial para proceder a los internamientos psiquiátricos de menores e incapaces. Señala cómo el régimen resultante de la Ley de 24 de Octubre de 1983 por la que se reformó el Código Civil, dejó sin resolver el problema de si el consentimiento al internamiento por el titular de la patria potestad permitía calificar el internamiento del menor como voluntario, marginándolo de las garantías del 211 del Código Civil, además de no poseer aquella regulación rango orgánico. Lo que se ha resuelto por la Ley Orgánica de Protección del Menor, dando nueva redacción al primer párrafo del artículo 211 del Código Civil, estableciendo que el internamiento a consecuencia de un trastorno psiquiátrico de una persona que no lo pueda decidir por sí, aun sometida a la patria potestad, requerirá también la previa autorización judicial.

Entre los aspectos más destacablesde la obra, se encuentra el detenimiento con que se refiere a los problemas que suscita la reciente legislación básica estatal, constituida por la Ley 41/2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica:

Sobre el deber previo de información, destaca la determinación legal clara y tajante sobre cuál sea el sujeto obligado (el médico y demás profesionales que intervengan a lo largo del proceso asistencial).

Asimismo, en cuanto al “privilegio terapéutico” se plantean inconvenientes. Esta institución se formula para evitar que la información al paciente empeore su ánimo o salud. Así es problemática la inaplicación del derecho del paciente por la mera decisión unilateral del médico ante el estado de necesidad terapéutica, actuando sin informarle. Parece, de otra parte, que la exigencia de forma escrita en el consentimiento para los supuestos que impliquen mayor riesgo o gravedad, siendo la forma verbal la regla general, estaría haciendo cambiar la tendencia jurisprudencial de invertir la carga de la prueba sobre el facultativo reclamado y no en el

paciente, pues no puede imponérsele la diabólica prueba de un hecho negativo, como es la ausencia de consentimiento. Criticando la Doctora de la Ley el no haber recogido expresamente esta necesaria intensificación del deber de informar. Constatar esta afirmación, sobre todo en los supuestos de medicina voluntaria o satisfactiva, donde intensificándose la obligación de información, incorporando el riesgo de fracaso, o las consecuencias en el postoperatorio se hace más difícil para el paciente probar su ausencia. Y ello, a pesar de que en la medicina curativa la obligación es de medios, pero la jurisprudencia suele reconocer más en la satisfactiva la suficiencia de la información.

En este sentido, se puede citar como un ejemplo más el caso juzgado por la Sentencia del TS de 9 de Mayo de 2005. Impugna en casación la recurrente una Sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó su pretensión de indemnización por funcionamiento anormal de los servicios públicos. Y ello a consecuencia de resultar embarazada cuando ya había sido sometida a una ligadura de trompas por recomendación médica ante el posible empeoramiento que podía suponer para sus enfermedades oculares, un nuevo embarazo. La actora impugna la falta de información por el facultativo que le practicó la ligadura, en un centro público. Destaca la Sentencia, que aplica la LGS, que al exigir ésta que el consentimiento informado se ajuste a la forma documental, tiene capacidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba. La redacción dada posteriormente por la Ley 41/2002 en su artículo 10, aun cuando no aplicable por razones temporales al caso de autos, sí sirve para confirmar la interpretación que ha venido realizando el Tribunal en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente. Pese a que no existe constancia de un consentimiento informado prestado por escrito de la recurrente, ni tampoco diligencia alguna en que se haga constar que se lleva a cabo verbalmente, dice la sentencia de instancia literalmente «no consta en el expediente administrativo el denominado consentimiento informado» y ninguna otra prueba ha sido practicada por la Administración sanitaria tendente a acreditar que se informó a la paciente de los posibles riesgos de fracaso de la ligadura de trompas, lo cierto es que al no haber probado la Administración que informase a la paciente observando los requisitos jurisprudencialmente exigidos, el consentimiento a que la Sala de instancia se refiere, aún de existir, no es bastante para

entender cumplido el requisito legalmente establecido y por tanto carece de valor a efectos jurídicos.

Considera la autora que esta jurisprudencia es inconcusa, pudiendo concluirse que, partiendo de que la Nueva Ley Básica proclama la regla general de que la información se proporcionará verbalmente, esto supondría un cambio sustancial en la linea jurisprudencial sobre la carga de la prueba. Sin embargo, como también precisa, el artículo 10 de la Ley establece las condiciones de la información y del consentimiento otorgado por escrito. Y, aun no expresando el legislador si esa información ha de ser verbal o escrita, es lo más lógico pensar en la forma escrita y que, al igual que exigía la LGS, ha de incorporarse al documento del consentimiento, porque de lo contrario al médico le resultaría muy difícil probar que ha cumplido con esa obligación.

Conforme al art. 9.2 de la Ley Básica, se puede prescindir del consentimiento en una serie de supuestos, donde la autonomía ha de ceder ante bienes jurídicos preeminentes; siendo destacable lo que la Doctora Cantero, denominada “teoría del consentimiento tácito”. En ésta, la doctrina ha encontrado acomodo al supuesto de intervención por el riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo cuando no es posible conseguir su autorización. De tal suerte, que habría que presumir la predisposición del paciente al otorgamiento de su voluntad si se hubiera encontrado en situación distinta donde sí hubiera podido consentir de modo fehaciente. Hay problemas que se pueden plantear en determinados supuestos, como el de los presos que se declaran en huelga de hambre o los objetores de conciencia a recibir ciertos tratamientos sanitarios por motivos religiosos, donde consta que su voluntad hubiera sido la contraria. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional no tiene esto en cuenta oponiendo la preferencia del derecho a la vida y su promoción positiva. La profesora Cantero considera que esto abunda en el concepto paternalista, dudando de su cobertura legal, por tratarse de una interpretación excesivamente restrictiva del consentimiento informado.

También el artículo 11 de la Ley Básica, al consagrar el derecho a emitir el documento de instrucciones previas, es objeto de especial atención por parte de la autora.

Plantea esta materia un doble ámbito de análisis: de un lado, la presunción del fin de este instrumento como canalizador del deseo del paciente de no continuar con vida en supuestos terminales o de grave enfermedad permanente. De otro lado, porque no lo impide la ley, en cualquier supuesto en el que no pueda llegar a manifestar su voluntad porque se encuentre en circunstancias que no le permitan expresarla, lo que , unido a los límites de su aplicación, cuando sean contrarias al ordenamiento, a la *lex artis*, o las no correspondientes con el supuesto de hecho, que el paciente previó en el momento de manifestarlas. Todo lo que replantea si este documento puede colisionar con la punición en nuestro país de la eutanasia activa y la autorización muy discutida de la pasiva y la ortotanasia o activa indirecta. Y ello es así, por cuanto nuestro Ordenamiento, habiendo avanzado notoriamente en los últimos años con el reconocimiento del derecho a la autonomía del paciente, no lo recoge de forma absoluta; siendo en este sentido determinante la interpretación que del derecho a la propia vida y el posible a la propia muerte hace el TC, y que se puede resumir en sus siguientes afirmaciones:

Tiene, por consiguiente, “el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho”.

En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su art. 15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente. (STC 137/1990 de 27 de junio).

Una postura diferente se encuentra en decisiones que han dado lugar a polémicas, como entre la reciente jurisprudencia de los Estados Unidos, la del Juez de Tampa, Florida, en el caso de Therry Schiavo que ordenó, que, a pesar de la ausencia de instrucciones previas de la paciente había que ordenar su desconexión, porque debía interpretarse su deseo de morir, conforme al derecho a una vida digna derivado de la Constitución norteamericana y la del Estado de Florida.

La autora destaca las posibles diferencias y posibilidad de colisión de la Ley Básica Estatal con las autonómicas. En este sentido, reiterar que su carácter básico supone su aplicación preferente a las normas autonómicas algunas anteriores a la Estatal. Entre la normativa autonómica, destacar:

La Ley Foral Navara 11/2002 su art. 9 párrfo. 2 señala que podrá dejarse constancia que en situaciones críticas o irreversibles se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital.. O, de modo similar al la Ley de la Comunidad Valenciana 1/2003 de 18 de enero, señala los fines de la donación de órganos que puede disponer el paciente: terapéutico, docente y de investigación, lo que como acertadamente plantea la profesora Cantero, puede desvirtuar el fin incentivador de la presunción a favor de la donación contemplada en la ley de donación de órganos. Incorporan el resto de normas una serie de matices que bien merecerían una monografía completa, pero reseño sólo los términos que, con el fin de “ayudar a interpretar” las instrucciones, menciona la Ley 3/2005 de 8 de Julio de Extremadura, que expresa la manifestación del paciente de sus “objetivos vitales, valores personales y las actuaciones médicas que deberán ser respetados”, con una profusión de posibilidades respecto a estas últimas. Destacando los arts. 20.2 de la Ley extremeña y 17.2 de la valenciana que se refieren a la objeción de conciencia del personal sanitario. Conforme a SS del TC, como la 225/93 de 8 de Julio o del TS de 15 de Octubre de 1998, habrá de interpretar la ponderación de normas conforme al criterio de prevalencia del Derecho estatal y supletoriedad, por ejemplo, para Asturias, que no cuenta con previsión de estos documentos.

El último apartado, lo dedica a la necesidad de reflexionar sobre el uso que se está haciendo del consentimiento informado a fin de que se

evite una explotación litigiosa del mismo, que perjudique tanto la posición del facultativo como la del paciente, a la defensiva el primero, burocratizándose y limitándose la autonomía del segundo. Por su parte, la nueva Ley de Castilla-La Mancha sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud (D.O.C.M de 15 de Julio), destaca más que otras leyes autonómicas y la propia estatal, la prevalencia de la voluntad manifestada en el documento de voluntades anticipadas sobre cualquier otro criterio.

La obra de la profesora Cantero es un buen ejemplo de cómo la crítica ajustada al Derecho, en su doctrina y jurisprudencia, es el mejor estímulo para comprender las normas, para pensar sobre ellas, y para palantear retos de futuro como acertadamente plantea. Ser conscientes de la complejidad de las relaciones médico-paciente, entre el interés científico de tratamiento y la manifestación de consciencia respetable del paciente (como senda para evitar su excesiva judicialización y la postura defensiva médica o la litigiosidad de los pacientes) , es un buen punto de partida para que lo que se legisle en el futuro se haga de modo claro, como la ley holandesa y la francesa, donde, incluso en el momento de la muerte libremente decidida por el paciente terminal, los profesionales tienen que procurar la mayor dignidad científica también para ésta.

Marcelino PÉREZ SÁNCHEZ
Becario de Investigación del Área de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Ole LANDON and Hugh BEALE (Eds.), *Principles of European Contract Law*. Part I and II. Combined and Revised. Prepared by the Commission of European Contract Law. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2000. 561 páginas. [ISBN 90-411-1305-3]

Ole LANDON, Eric CLIVE, André PRÜM and Reinhard ZIMMERMANN (Eds.), *Principles of European Contract Law*. Part III. Prepared by the Commission of European Contract Law. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2003. 291 páginas. [ISBN 90-411-1961-2]

Los *Principles of European Contract Law*[1] dan respuesta a la necesidad de la Unión Europea de contar con una subestructura de Derecho de contratos con el fin de reforzar el volumen de Derecho comunitario dedicado a la regulación de contratos específicos. El profesor Lando confesó que las principales fuentes de inspiración han sido sobre todo el Código civil francés[2], el alemán[3], el *Common Law*[4] y el *Uniform Commercial Code* de los Estados Unidos de América[5]. En menor medida fueron tenidos en cuenta el Código civil italiano[6] y el holandés[7]. Los principios del derecho Europeo de contratos se proponen dan respuestas puntuales a los problemas que surgen en el comercio en el marco de la Unión Europea. Supongamos que una empresa española desea cerrar un contrato con una empresa de un Estado miembro de la Unión. El primer problema que surge es el derivado del dominio de la lengua de los negociantes. Solucionado este problema mediante el dominio del lenguaje específico[8], tendrá que conocer la idiosincrasia de los mercados en los que desea entablar relaciones económicas[9]. Finalmente, deberá resolver los problemas ligados al tipo de legislación que se opta en caso de que surja alguna disputa. Como ha manifestado recientemente la Unión Europea tarde o temprano surgirán los problemas deducibles de los compromisos que supone aceptar una u otra legislación contractual como referencia legal. Si una empresa española cierra un contrato con una empresa finlandesa y se determina que los posibles conflictos legales se resuelvan mediante la legislación finlandesa, lo más probable es que en caso de que surjan inconvenientes, sea difícil encontrar un abogado que conozca y solucione puntualmente los proble-

mas. Uno de las posibles soluciones más factibles sería introducir en la cláusula afín el que los contratos se resolverán aplicando los principios contractuales de Derecho Europeo. Los redactores de los PECL son de la opinión que de su formulación generan ciertos beneficios para las relaciones entre las empresas comunitarias. Según éstos las ventajas pueden ser expuestas de la siguiente manera[10]:

Primero, los PECL agilizan el comercio en la Unión Europea. Las medidas de modulación que se diseñan en dichos Principios eliminan las diferencias entre los Derechos nacionales que generan problemas en la gestión eficiente en los negocios. Los PECL ofrecen, pues, un conjunto de reglas que se pueden aplicar indistintamente en diferentes Estados y cuya traducción está al alcance de todas las partes involucradas en un negocio dentro de los límites de la Unión.

Segundo, los PECL consolidan el mercado único europeo. Aproximan el Derecho y las leyes de modo que no suponen un obstáculo a la hora de intensificar los negocios. Sirven de plataforma entre las empresas y dan soluciones precisas a las diferencias existentes entre los Derechos nacionales y las distorsiones que ello produce.

Tercero, los PECL generan una infraestructura técnica de Derecho comunitario en materia de contratos. Si bien, los legisladores comunitarios son muy activos en algunos campos del Derecho de contratación siguen existiendo lagunas importantes[11]. Sin embargo, hasta la fecha, no existe una infraestructura jurídica básica que sirva de soporte a estas normas específicas. El legislador no ha podido salvar las discrepancias existentes en temas tan capitales, como pueden ser la formación de los contratos, la validez de los mismos y los remedios en caso de incumplimiento[12]. Al mismo tiempo no se ha podido unificar la terminología. Por tanto, los PECL intentan establecer un hilo conductor que permita tanto a los tribunales como a los legisladores nacionales orientar su legislación en un futuro[13]. Los redactores son de la opinión que algunas de las propuestas esbozadas en los Principios proporcionan soluciones novedosas. Un ejemplo de dicha novedad es, sin duda alguna la que tiene que ver con la solución al cambio de las circunstancias que hacen especialmente oneroso el cumplimiento de contratos, materia sobre la cual la mayor parte de los Derechos nacionales hace mutis.

Cuarto, los PECL generan una armazón entre el Derecho Civil, *stricto sensu*, y el *Common Law*[14]. *Prima vista*, parece ser que un entendimiento entre los Derechos vinculados a cada uno de estas tradiciones resulta ser delicado a la hora de integrar jurídicamente a estas corrientes. Evidentemente, existen diferencias importantes, sin embargo no se debe perder de vista que existe similitud en muchos casos ya que casos parecidos se resuelven de manera semejante. Se ha de acentuar el hecho que las mayores diferencias son de carácter terminológico, del tipo que se adopta en el razonamiento o del planteamiento que se sigue a la hora de abordar los conceptos básicos.

Quinto, los PECL desean ser los fundamentos de la futura legislación europea. En 1989 el Parlamento Europeo aprobó una resolución en la que se pedía que se iniciaran los trabajos para redactar un Código europeo de Derecho privado y en el preámbulo de esta resolución declaraba que "la unificación puede realizarse en aquellas ramas del Derecho privado, que son más importantes para el desarrollo del mercado único, como el Derecho de contratos."[15] Podemos encontrar el mismo requerimiento en 1994[16].

Sexto, no se debe olvidar que los PECL pretenden ser una formulación moderna de la *lex mercatoria* y, por tanto, intentan constituirse como principios generales. Aspiran a ser utilizados como un instrumento de arbitraje así como modelo para futuros desarrollos judiciales y legislativos. De esa suerte, los PECL surgen sin ninguna pretensión de imperatividad[17].

Antes de nada, parece ser conveniente entresacar algunas características generales de los PECL. Los principios tratan de establecer lo que se ha denominado en términos generales el "*common core*", es decir el núcleo común del Derecho europeo de contratos[18]. Los PECL han de contribuir a la unificación de esta materia en el Derecho europeo, con independencia de que lleguen a formar un conjunto de reglas que puedan ser inmediatamente aplicables. Por tanto, se puede encontrar un lenguaje jurídico común sobre el que se produzcan en el futuro las discusiones o los debates en la materia, pues nadie pondrá en duda a éstas altura que las distinciones se asientan sobre diferencias lingüísticas. Ahora bien, con independencia de todo ello, las características que pueden establecerse son las siguientes:

Lo primero que salta a la vista es el título por el que opta la comisión Lando. Se ha evitado la utilización del término "código", como, por ejemplo, ha hecho el llamado Grupo de Pavía, encabezado por el profesor Gandolfi, y han optado por un término tan genérico como "Principios". Ahora bien, de ello no puede deducirse que no se contengan reglas. El término "reglas" *(rules)* referidas a los principios aparece sin cesar a lo largo de su propuesta. Ahora bien, no parece que el término "principios" sea entendido en un sentido amplio para aludir a los principios generales del derecho como proposiciones que enuncian, sin referencia a supuestos de hecho concretos, juicios de valor o directrices jurídicas de carácter tan abstracto que requieran posteriormente un proceso de concreción. Pienso que la opción que se ajusta mejor al significado del término "principios" ha de ser entendida como normas de carácter general. En consecuencia, serían opuestas a las normas concretas o casuísticas.

Muchas de las fórmulas lingüísticas utilizadas en los PECL son abiertas, con un constante recurso a cláusulas generales. Así, cuando se reitera el carácter "razonable"[19] de un comportamiento o cuando se establece, también reiteradamente, el deber[20] de atenerse a la buena fe[21] y a la lealtad[22] y en tantos otros puntos. Es ésta una característica generalmente adoptada por los cuerpos jurídicos en el Derecho europeo occidental a lo largo prácticamente de todo el siglo xx. Presenta la ventaja de no dejar las cosas definitivamente cerradas, aunque, naturalmente, abre variantes u opciones cuando judicialmente se tiene que llevar a cabo la concreción o concretización, con merma evidente de la seguridad jurídica.

Otro de los elementos de juicio que deben ser subrayados es que la Comisión Lando pretendió buscar las similitudes existentes entre los diferentes sistemas jurídicos y, por tanto, no enfatizó sobre las diferencias existentes. Dicha comisión se apoyó de entrada en un método que se puede calificar como *praesuntio similitudinis*[23]. Muchos comparatistas consideran este método escasamente científico, toda vez que el Derecho comparado debe tender más a establecer las diferencias que los factores comunes, pero, desde el punto de vista práctico de búsqueda de la armonización y de la unificación, parece más lógico haber acudido a este método. Ciertamente, hubiera sido contraproducente producir un "derecho común" sobre la base de las diferencias.

Establecidas las similitudes y las afinidades se abordó un segundo paso, a saber lo que se ha denominado una *aproximación funcional*. La estrategia seguida se propone cimentar un lenguaje común de suerte que el establecimiento de las reglas comunes no busque tanto una aproximación en la forma de entender conceptual y dogmáticamente las instituciones como en las solucione que en cada uno de los sistemas se dan específicamente a cada uno de los problemas. De este modo se consigue armonizar y generar un lenguaje común. Esto genera, ciertamente, algunos problemas lingüísticos que serán tratados seguidamente.

No debemos olvidar que la formación de los juristas europeo continentales vinculados al "Civil Law" ha sido instruida en un método lógico deductivo y realizan sus labores mediante dicho procedimiento. Desgraciadamente, se olvida constantemente el sentido y la finalidad profunda de las normas y lo que en ellas subsisten desde un punto de vista de política jurídica.

Finalmente, es pertinente recordar en este orden de cosas que los PECL se publican en inglés. Esto supone muchas veces que el inglés que se usa en los PECL está generando tensiones en la propia lengua de especialidad anglosajona por el método de *forcing* y que su única justificación se debe a que el inglés se ha convertido en la *lingua franca* en Europa en todos los aspectos científicos y jurídicos y es hoy la lengua utilizada en cualquier tipo de encuentros de esta naturaleza.

Tanto en la introducción como en otros lugares de su trabajo, la Comisión Lando ha acentuado que se debe contemplar a los PECL como una concreción del núcleo común del Derecho europeo de contratos. Una de sus fuentes de inspiración ha sido los *Restatements* norteamericanos[24]. Como es bien sabido, el Derecho norteamericano, salvo algunas excepciones muy notables, no ha sido nunca codificado, de manera que cada uno de los Estados que adoptaron el *Common Law* inglés lo entendieron y lo aplicaron a través de sus tribunales, en la forma que tuvieron por conveniente. Ello produjo, como es natural, algunas importantes divergencias, por lo que, a partir de 1923, el American Law Institute trató de promover la clarificación y simplificación del Derecho y su mejor adaptación a las necesidades sociales, mejorando la administración de justicia y fomentando el

trabajo de la ciencia jurídica. Para ello, el Instituto promovió la redacción y publicación de una serie de *Restatements* referidos a muchas materias, entre las cuales se publicó desde 1932, un *Restatement of Contracts*[25]. Consecuentemente, los *Restatements* no son Derecho *strictu sensu*, de manera que los tribunales no se encuentran vinculados por ellos y tienen sólo la autoridad que les confiere su propia reputación o el prestigio que puedan haber adquirido. Ahora bien, tenemos que tener presente que los primeros *Restatements* se caracterizaron por expresar un pensamiento jurídico clásico inspirado en las escuelas analíticas con independencia de que trataran de crear un sistema de reglas coherentes, una terminología uniforme y la eliminación de contradicciones[26].

La segunda fuente de los PELC son los "Principios sobre los contratos comerciales internacionales" que abreviadamente se denominan "Principios UNIDROIT"[27]. El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado Europeo, que había venido ocupándose de la preparación de leyes uniformes en materias sectoriales, decidió en 1971 introducir entre sus trabajos la redacción de estos principios, encomendándoselo primero a un reducido comité que estuvo formado por R. David, Clive M. Schmitthoff y Tudor Popescu. En la redacción del texto final han participado juristas de tanta relevancia como Allan Farnsworth[28], Arthur S. Hartkamp[29], Ole Lando y Denis Tallon[30]. El designio de los autores de este texto no fue elaborar un instrumento preparatorio ya que hubiera sido preciso el complicado procedimiento de negociación internacional con lo cual sería muy probable que no se hubiera llegado a resultados prácticos, sino que decidieron llevar a cabo su obra como una oferta a los posibles interesados, que abriera vías en su aplicación[31].

Alguna deferencia merece la peculiaridad de mercantilidad de los contratos, puesto que los Principios UNIDROIT se denominan explícitamente "principios sobre contratos comerciales internacionales". Los autores manifiestan que esta limitación del ámbito de aplicación de los PECL no pretende apoyarse en la tradicional distinción que, en algunos sistemas jurídicos, existe entre el carácter civil y mercantil de las partes y/o negocios jurídicos. No se trata de condicionar la aplicación de los Principios al carácter general de comerciantes que puedan tener las partes o a la naturaleza mercantil del contrato. El propósito es únicamente excluir las operaciones

de consumo que en algunos ordenamientos jurídicos se regulan hoy por normas especiales, muchas de ellas de carácter imperativo, destinadas a proteger al consumidor. Aparece en el texto una nítida disociación entre contratos mercantiles y operaciones de consumo. La relación existente entre PECL y Principios UNIDROIT es palpable. Muchas de las reglas tienen incluso una redacción idéntica o, por lo menos, muy similares y, además, muchos de los miembros de la Comisión Lando, incluido el propio Ole Lando, habían sido antes miembros del grupo de trabajo que redactó los Principios UNIDROIT.

La tercera de las fuentes que, notoriamente, ha influido en la redacción de los PECL es la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. Probablemente, dicha Convención constituye el primer texto normativo en el que se produce la conciliación entre los sistemas del *Common Law* y del Derecho civil "Continental". Algunas de las reglas de la Convención de Viena fueron después transportadas a los Principios UNIDROIT y, por esta vía, ejercen o han ejercido influencia en los PECL.

El último de los modelos o fuentes de inspiración de la Comisión Lando es el Código de Comercio Uniforme, redactado por la Conferencia Nacional de Comisionados y por el American Law Institute entre 1942 y 1954. Como es sabido, tras esta redacción del proyecto, éste fue, posteriormente, sometido a las diferentes asambleas de los estados federados y, en el momento actual, ha sido aprobado por todos ellos con la excepción de Luisiana y el estado libre asociado de Puerto Rico. Este texto, presenta características que después volvemos a encontrar en los PECL como es el gusto por el antiformalismo y lo que se puede denominar sin paliativos "funcionalismo".

La mayor parte de la regulación en los PECL se articula alrededor de las obligaciones: clases de obligaciones; obligaciones solidarias y mancomunadas, divisibles e indivisibles; puras, condicionales o a plazo; pago o cumplimiento de las obligaciones; incumplimiento de las obligaciones; extinción de las obligaciones, etc. Los PECL son una regulación del Derecho de contratos en la que se recibe un buen número de reglas que en las regulaciones concretas de muchos países de la Europa Continental

forman parte del Derecho de obligaciones. Especialmente, el pago, los subrogados del cumplimiento, el incumplimiento y la responsabilidad contractual. Dentro de las opciones metodológicas que los PECL han adoptado no se ha establecido ninguna distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles. Es cierto que los Principios UNIDROIT se denominaron "Principios sobre los contratos comerciales internacionales", si bien ellos mismos ponían de manifiesto que el calificativo de comerciales no aludía especialmente a la tradicional dualidad civil-mercantil, sino sólo a la decisión de excluir los contratos celebrados con consumidores, de manera que se trata de una mercantilidad un tanto especial. El hecho de que los PECL no hayan recibido la doble regulación, contratos civiles-mercantiles, se explica, en muy buena medida, por el hecho de que se trata de una diferenciación desconocida en un buen número de ordenamientos y, además, hace muchos años desaparecida en algunos que, en momentos históricos anteriores, la habían recogido. Hay que decir, además, que, en la regulación general de los contratos, las diferencias entre los ordenamientos en que coexisten un Código civil y un Código de comercio, si es que alguna existe, son mínimas.

Por último, en lo que respecta a las opciones metodológicas, se ha de tener presente que del mismo modo que no se concibe la dualidad civil-mercantil, tampoco hay en los PECL ninguna dualidad de regulaciones de contratos en general y de contratos de consumidores. Las normas contenidas en los PECL son aplicables a todos los contratos, sin perjuicio de que esporádicamente aparezcan normas pensadas básicamente para consumidores, aunque los correlativos preceptos no lo lleguen a decir, como son las relativas a cláusulas no negociadas individualmente o a cláusulas abusivas, al lado de otras que requieren una contratación entre profesionales, o comerciantes, como, por ejemplo, en la llamada contradicción entre condiciones generales. Con esto estamos a disposición de hacer un comentario exhaustivo de los PECL que servirá a los estudiantes para introducirse en el interesante mundo de la terminología de las obligaciones.

El primer volumen consta de los siguientes capítulos: En el primer capítulo son abordadas las disposiciones generales y se desarrollan el ámbito y objeto de los principios[32]. El segundo capítulo versa sobre la formación de los contratos. Las condiciones para la conclusión de un contra-

to son: (1) El contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente. (2) El contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma. Se puede probar su existencia por todos los medios posibles, incluida la prueba testifical[33]. El capítulo tercero introduce el denominado "Poder de representación"[34]. El capítulo 4 aborda la validez de los contratos. El presente capítulo no trata de la nulidad derivada de ilicitud, de inmoralidad o de incapacidad[35]. El quinto capítulo introduce las reglas generales de interpretación[36]. El capítulo 6 trata el contenido y los efectos, es decir que presenta las d declaraciones de las que nacen obligaciones contractuales[37]. El siguiente capítulo presenta el lugar y el momento del cumplimiento de una obligación contractual[38]. El capítulo octavo plantea el incumplimiento y medios de tutela en general. El capítulo noveno dispone los remedios específicos en caso de incumplimiento.

Notas

[1] A partir de ahora se simplificarán los Principles of European Contract Law mediante las siglas PECL.

[2] Véase: *Code Civile*. Dalloz, Paris, 2002.

[3] Véase: *Bürgerliches Gesetzbuch*. 50. Auflage. Beck-Texte, München, 2002.

[4] En la mayoría de los países de habla inglesa, además del derecho legislado, es decir el denominado "Statute Law", existe otro, el "Common Law", que se desarrolla por los jueces al dictar sentencia. En el sistema anglosajón se puede hablar, sin paliativos, del triunfo de los jueces y la preponderancia de sus resoluciones como fuente de Derecho. El Derecho no encuentra asiento en códigos sino en repertorios de jurisprudencia. Se trata, pues, de un Derecho de naturaleza jurisprudencial, es decir, de un Derecho casuístico basado en los precedentes. En inglés, esta particularidad se conoce con el nombre de *case-Law.* El Derecho tiende más a la resolución de cada caso en concreto que a la elaboración de una norma general. Su origen está ligado al poder real inglés, y su desarrollo y consolidación a la labor cotidiana de generaciones de jueces. Por eso recibe también el nombre de Derecho pretorio.

[5] Los fundamentos del Derecho de contratos norteamericano se inspiran en el *Common Law*, y se deben buscar, en primer lugar, en la abundante jurisprudencia de los tribunales. Debemos anotar de entrada, sin embargo, -y antes de entrar en los desarrollos de *Uniform Commercial Code* (UCC), adoptado por la mayoría de los Estados-, que la ley, o Derecho legislado, goza de un lugar preferente, quizás por razones de eficacia, en determinados campos, como el Derecho laboral o en cuestiones referidas a la legislación de valores mobiliarios. La definición clásica de contrato en el Derecho norteamericano, que no se aleja mucho de la del Derecho inglés, ha sido objeto de numerosas interpretaciones por parte de los jueces, tanto los federales como los estatales; en esencia, se trata de un compromiso o promesa de carácter jurídico que da lugar al nacimiento de derechos y de obligaciones. El Derecho norteamericano siente la necesidad de asignar un nombre diferenciador a los diversos tipos de contrato, para comprender mejor su

naturaleza y sus repercusiones jurídicas. En cambio, no concede gran importancia, aunque no las ignora, a las subdivisiones contractuales propias del Derecho romano-germánico, tales como el contrato a título oneroso o gratuito, el conmutativo, el aleatorio, etc., que, a efectos del estudio del compromiso contractual, carecen de importancia y de utilidad. Las partes tienen obligaciones recíprocas (contrato sinalagmático o bilateral); por ejemplo, un contrato de compraventa. En el Derecho norteamericano lo que se solicita es una prestación concreta. Contrato claramente negociado entre las partes contratantes, de forma escrita u oral. Los términos del contrato no son negociados de forma explícita; no obstante, se deduce la existencia del contrato por la conducta. El Derecho norteamericano, inspirándose en los principios del *Common Law* (por ejemplo, la referencia constante a la conducta del ciudadano medio), concede gran importancia a la noción explícita de consentimiento o encuentro de las voluntades de las partes *(meeting of the minds*). La voluntad debe ser conmutativa y recíproca, y la relación contractual nace del encuentro expresado por las partes contratantes. Es la citada *meeting* of *the minds* la que supone la existencia de una oferta *(offer)* y de una aceptación *(acceptance).* Comunicada debidamente a la otra parte contratante. Además, al Derecho contractual norteamericano, en lo relativo a los efectos de la aceptación de la oferta, no le preocupa saber cuál es la teoría que prevalece, y para ello afirma con toda claridad que si el oferente revoca su oferta, lo cual siempre es posible, la decisión surtirá efectos sólo a partir del momento de la recepción de la revocación por parte del destinatario. Existe también en materia contractual la noción de *options contracts*, según la cual, la oferta es irrevocable durante un período de tiempo concreto. De esta figura jurídica, que es importante y frecuente, se desprende lo siguiente: que una oferta indeterminada no vincula al oferente de forma indefinida, sino sólo durante un período de tiempo razonable (dejado a la interpretación de los tribunales); y, a la inversa, una oferta efectuada para un período de tiempo predefinido no surtirá efectos contractuales pasado dicho período. Al igual que en Inglaterra, una oferta deja de tener efectos cuando surge alguna de estas circunstancias: la muerte del oferente o la del destinatario, antes de la aceptación; el rechazo de la oferta por parte del destinatario; la revocación de la oferta antes de cualquier aceptación; la negativa a aceptar en el período de tiempo estipulado en la oferta. o en un plazo de tiempo razonable. La claridad y la simplicidad de las normas jurídicas del Derecho norteamericano en materia contractual otorgan a la jurisprudencia una gran flexibilidad interpretativa y, sobre todo, permiten al justiciable desenredar, por poco que sea, la madeja de la justicia que se administra en su nombre. La oferta debe ser aceptada en el Derecho norteamericano si se cumplen los siguientes condiciones: En primer lugar, conviene analizar los términos de la oferta para conocer las formas posibles de aceptación. ¿Qué sucede cuando la oferta no contiene ningún indicio sobre la cuestión? El Derecho norteamericano responde a esta pregunta diciendo que la aceptación se puede transmitir al oferente por todos los medios útiles y razonables. A los jueces norteamericanos se les plantea inmediatamente, como en el Derecho romano-germánico, la cuestión de cómo resolver el problema del silencio del destinatario. ¿Debe interpretarse el silencio como consentimiento, o sea, como aceptación de la oferta? Se impone aquí, el principio general del Derecho que dice que el silencio no equivale a consentimiento. No es posible la relación contractual nacida del silencio del destinatario, excepto en un solo caso: cuando existan relaciones anteriores de la misma naturaleza. Y, si el destinatario modifica los términos de la oferta en su aceptación de principio, este cambio se interpreta dé acuerdo con el *Common Law* como una contrapropuesta y, por tanto, como un nuevo contrato que se somete a la aprobación del oferente inicial. Pero el *Uniform Commercial Code*, en su artículo 2-207 permite al destinatario hacer -dentro de un plazo razonable- contrapropuestas a la oferta inicial, que pueden ser suscritas por el oferente original, siempre y cuando este acuerdo esté previsto de forma explícita. Estas cláusulas adi-

cionales hechas de buena fe[6] no pueden, sin embargo, alterar o desvirtuar el espíritu económico del contrato. Como vimos arriba, la *consideration o* contraprestación es, de acuerdo con el *Common Law,* un elemento esencial para la perfección del contrato. El fundamento de este elemento es muy antiguo y fue expuesto por primera vez en Inglaterra en un asunto que se remonta al siglo XVIII. El Derecho norteamericano ha hecho suyo este concepto y lo ha precisado en el procedimiento *Allegheney College* v. *National Chauauqua County Bank of Jallestown* [1927]. La definición norteamericana de la *consideration* se aproxima mucho a la del Derecho inglés: se trata del compromiso de una parte, de su promesa de hacer o de no hacer algo que la ley no le obliga en modo alguno. La *consideration* presenta las características siguientes, que se desprenden de una jurisprudencia muy copiosa, variada y rica: puede ser insuficiente *(need not be adequate)* pero no puede ser insignificante o ficticia; la contraprestación o la obligación o la promesa que la representa, debe ser coetánea con la propuesta (si exceptuamos las normas permisivas del *UCC,* las pequeñas modificaciones ligeras que las partes introduzcan a sus obligaciones, a todos los efectos, y de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales, se consideran realizadas con la *consideration* original); la *consideration* no debe ser vaga ni debe estar cargada de condiciones importantes que desbaraten el equilibrio del contrato.

En último lugar, cabe poner de relieve un concepto desarrollado por los tribunales norteamericanos llamado *promissory estoppel,* cuya finalidad es salvar el contrato sin causar perjuicios. La idea es que el beneficiario de una oferta puede experimentar un grave perjuicio si el contrato, siempre que no vaya en contra de la ley, no es contraído. Este análisis audaz del perjuicio desproporcionado también es analizado caso por caso por los tribunales norteamericanos. Da la impresión de que los principios le la Equidad hayan recobrado su protagonismo en el análisis de las circunstancias. Los tribunales norteamericanos hacen gala de un gran pragmatismo, tanto en lo que afecta a la interpretación de la voluntad de las partes, como en lo que se refiere a los vicios del consentimiento de un compromiso contractual. ¿Cuál es el campo de investigación de los jueces de cara a un contrato que necesita de una interpretación, porque la intención de las partes es imprecisa o porque los términos del contrato no son interpretados de la misma manera por las partes en litigio? Si nos referimos al *bonus pater familias*, los tribunales norteamericanos han elaborado con paciencia una norma muy útil, considerada en los Estados Unidos como la más práctica “para sondear los corazones y los riñones” (*the four corner test*) o prueba de las cuatro esquinas. Este instrumento utilitario, cuyo objetivo es permitir la aplicación de un contrato interpretando la voluntad de las partes, se asienta en los siguientes criterios objetivos:

1. El contrato escrito es inviolable, no admitiéndose la prueba contraria al convenio escrito;
2. El contrato se considera como un todo y, en consecuencia, debe ser interpretado en su integridad, bajo los cuatro ángulos citados;
3.Cuando el juez haya determinado los elementos importantes del contrato los interpretará de forma normal y corriente, liberándolo de los significados técnicos que puedan inducir a error;
4. Las cláusulas manuscritas del contrato, es decir, aquellas que contienen términos pactados libremente por los contratantes, tienen preeminencia sobre los pactos impresos, que son de simple adhesión;
5. Todas las disposiciones específicas del contrato, al ser propias del mismo, tienen preferencia sobre las más generales, que se han extraído de contratos similares.

Queda por decir que, de acuerdo con una jurisprudencia constante, la última redacción de un contrato, que por definición implica que ha habido otras anteriores referidas al contrato en cuestión, es la única que puede ser tenida en cuenta por los tribunales mediante la norma de *parol evidence*. En la práctica, la prueba oral, siempre difícil de apreciar, no es tenida en cuen-

ta por los tribunales, excepto de forma excepcional cuando sirve para deshacer cualquier ambigüedad textual. El Derecho norteamericano tiene en consideración tres elementos que pueden viciar el carácter consensual del contrato y que serán tratados aquí escuetamente bajo las rúbricas "violencia", "error" y "dolo". Primero, la violencia *(duress*). El Derecho norteamericano se interesa poco por la violencia, ya que la reconoce con facilidad y puede ser denunciada con naturalidad. Puede ser: por uso de la fuerza (es decir, física), en cuyo caso se habla de *duress,* que es la violencia directa o la amenaza de violencia ejercida sobre un semejante; moral, también llamada *undue influence,* como pueden ser la aniquilación, la intimidación o las amenazas. Sin embargo, una jurisprudencia bastante vacilante parece que se quiere abrir paso en este terreno gracias al fluctuante concepto de abuso de poder, dentro del cuadro de las relaciones mercantiles. A pesar de esto, las jurisdicciones, de forma general, se niegan aún a dar carta de naturaleza a este concepto de influencia contractual intencionada, en nombre del liberalismo económico. Segundo, El error *(mistake).* En cambio, los tribunales norteamericanos tienen más en cuenta el error de hecho. Para ser considerado, el error -deber ser compartido por las dos partes *(the mistake must be common to both parties*); por ejemplo, el error simple sobre el objeto del contrato. El error de un solo contratante es insuficiente para anular el contrato, el cual siempre es válido. La lógica que preside en esta actitud, extraída de las normas del *Common law,* es implacable: si una de las partes ha cometido un error de apreciación, la cuestión a resolver es saber con qué razones, y basándose en qué derecho, se puede perjudicar a la otra parte. Entre los errores de hecho que los jueces suelen tener en cuenta, podemos citar los siguientes:

a) Error sobre el objeto del contrato;
b) Error sobre la existencia de la cosa contemplada en el contrato;
c) Error sobre la identidad de la otra parte.

El error jurídico o de Derecho es indefendible ante los tribunales, de acuerdo con el adagio "el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento" es decir, el *Ignorance* of *the law is no excuse* es una simple traducción de la regla "ignorantia iuris nocet". *Tercero, e*l dolo *(fraud).* El dolo es una noción mucho más conflictiva. Aunque los términos sean diferentes, el Derecho norteamericano tiene una consideración hacia la intención dolosa o al engaño de una parte en perjuicio de la otra, tan severa como la del Derecho inglés.

[6] Sive: *Codice Civile*. Aggiornato a la Gazzetta Ufficiale, 31 marzo 1998. Il Foro Italiano, Roma, 1998.

[7] Ole Lando, Comparative Law and Lawmaking, *Tulane Law Review*, 2001, 75, pp. 1026-1027.

[8] Véase por caso: Jesús Padilla Gálvez, *Wirtschaftsspanisch – Wörterbuch. Spanisch – Deutsch · Deutsch – Spanisch*. Oldenbourg. München 1999. Así como: Jesús Padilla Gálvez, *Wirtschaftsspanisch-Lexikon. Spanisch – Deutsch und Deutsch – Spanisch*. Oldenbourg. München, 2001.

[9] Jesús Padilla Gálvez y Margit Gaffal, *Spanienknigge. Sozioökonomische Einführung in die Interkulturalität.* Oldenbourg. München, 2005.

[10] Véase: Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías, A. M. Morales, *Los principios del derecho Europeo de contratos*. Civitas, Madrid, 2002.

[11] Se han promulgado directivas sobre contratos de seguros, de trabajo, de agencia, de crédito al consumo, de seguridad de los consumidores, de viajes combinados, de ventas fuera de establecimientos, de cláusulas abusivas en contratos de consumidores, de seguridades y garantías en las ventas de bienes de consumo y de régimen jurídico de la mora.

[12] Véase: Conor Quigley, *European Community Contract Law*. Vol. 1. *The Effect of EC Legislation on Contractual Rights, Obligations and Remedies*. Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 1997.

[13] De hecho, la legislación holandesa y la Modernización del derecho alemán de obligacionesdel ano 2002 han seguido las pautas establecidas en los PECL. Véase en el caso holandés: Danny Busch, *et alii*., *The Principles of European Contract Law and Dutch Law.* Kluwer Law International. The Hague, London, Boston, 2002. Para la modernización alemana: *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones) de 26 de noviembre de 2001, BGBl. (*Bundesgesetzblatt* – Diario Federal de Leyes) 2001 I 3138 ss. Así como: *Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften* (Ley Segunda de Modificación de las disposiciones del Derecho de Daños) de 19 de junio de 2002, BGBl. 2002 I 2674 ss. Véase: el desarrollo del código civil alemán en: J. Von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlischen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. BGB-Synopse 1892-2000*. Sellier – de Gruyter, Berlin, 2000. Véase la Exposición de Motivos del Proyecto *Begründung zum Regierungsentwurf*, BTDrucks. *Bundestagsdrucksache* –(Materiales Impresos del Parlamento) 14/7752, p. 23 s.

[14] Véase la nota 3.

[15] Resolución de 26 de mayo de 1989, DOCE de 26 de junio.

[16] Resolución de 6 de mayo DOCE de 25 de julio.

[17] Ciertamente esto no implica no existan normas imperativas. Así pues el Artículo 1:103 determina dos normas imperativas. Por un lado afirma: “Cuando el Derecho en otro caso aplicable lo permita, las partes pueden optar por regir su contrato conforme a los presentes principios, excluyendo así la aplicación del Derecho imperativo nacional.” Por otro lado indica: “No obstante, deberán respetarse las normas imperativas del Derecho nacional, supranacional o internacional que sean aplicables según las normas de Derecho internacional privado, con independencia de la normativa que rija el contrato.” Compárese este apartado con el Código Civil español que distingue entre “normas cogentes” o “normas dispositivas” (CC Art. 1255).

[18] Sive: Carlo Castronovo, Contract and the Idea of Codification [...]. En: *Festskrifttil Ole Lando*, Copenhagen, 1997, p. 109-124.

[19] Véase el Artículo 1:302 que define lo razonable del siguiente modo: “Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera.” Dicha definición está claramente influenciada por el Derecho inglés. Véase: Guenter Treitel, *The Law of Contract*. Sweet & Maxwell, London, 1999.

[20] Sobre la función del “deber” compárese el Artículo 1:202 en el que se enuncia el deber de colaboración del siguiente modo: “Cada parte tiene el deber de colaborar con la otra para que el contrato surta plenos efectos.”. Véase: Richard Backhaus, The Limits of the duty to Perform in the Principles of European Contract Law. *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (March 2004), <http://www.ejcl.org/> pp. 1-22.

[21] En el Artículo 1:201 se caracteriza la denominada “Buena fe contractual” indicando, primero que cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe; y, segundo, que las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo.

[22] La formula “good faith and fair dealing” aparece recogida a lo largo de todo el texto de los PECL.

[23] Véase: M. W. Hesselink, The Principles of European Contract Law: Some Choices Made By the Lando Comisión. En: M. W. Hesselink y G.J.P. Vries, *Principles of European Contract Law*. Kluwer, Deventer, 2001. p. 35.

[24] Véase: Ole Lando and Hugh Beale, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*. Kluwer, The Hague, 2000, p. xxvi.
[25] Restatement, *Restatement of the Law Second, Contracts* [Restatement of Contracts]. 2d. 1981.
[26] Además del *Restatement of Contracts* de 1932, existe un segundo *Restatement,* elaborado entre los años 1952 y 1979, y publicado en 1981, mucho más influido por el llamado realismo norteamericano, mucho menos conceptual y más funcional.
[27] Las siglas de UNIDROIT se refieren al: International Institute for the Unification of Private Law. Véase: http://www.unidroit.org/.
[28] Allan Farnsworth, *Contracts*. Little, Brown: Boston, 1990.
[28] Arthur S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*. Kluwer, The Hague, 1999.
[30] Denis Tallon, *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons.* (Ed. by Donald Harris and Denis Tallon). Clarendon: Oxford, 1989.
[31] Los Principios de UNIDROIT pueden ser aplicables lo mismo cuando se produzca una elección expresa de estos por las partes como Derecho aplicable por la vía de una estipulación expresa en sus contratos y cuando se remitan a ellos los arbitrajes que instituyan como consecuencia de los conflictos que se puedan plantear. Los Principios pretenden ser un medio para interpretar los textos internacionales o incluso nacionales vigentes. Hoy día -afirma el Preámbulo- los jueces y los tribunales arbitrales tienden cada vez más a abandonar los métodos nacionales o *ius privatistas* y se percibe en ellos una tendencia hacia una interpretación de los textos internacionales sobre la base de principios autónomos y uniformes. Hasta ahora corresponde a los jueces y a los árbitros la búsqueda e investigación de los principios y de los criterios. El trabajo de UNIDROIT pretende facilitar estas vías. Los Principios de UNIDROIT se presentan también como un modelo tanto para los legisladores nacionales como para los internacionales. Por un lado, a nivel nacional, se pueden utilizar especialmente en los países en que no cuenten con cuerpos legislativos avanzados, por otro lado, a nivel internacional, en todo lo que se refiere a las relaciones jurídicas nacidas del comercio exterior. Una situación similar se presenta en todos aquellos países con ordenamientos jurídicos bien definidos, pero que hoy se encuentran ante la necesidad urgente de reformar su legislación, especialmente en lo que se refiere a los aspectos económicos y de negocios, a causa de cambios de las estructuras económico-sociales. Los Principios UNIDROIT pretenden, finalmente, desplegar eficacia desde el punto de vista internacional, donde se pueden convertir en punto de referencia para la elaboración de convenciones internacionales y leyes modelo en materias territoriales. Los Principios UNIDROIT se presentan asimismo como *lex mercatoria.* Como se sabe, suele distinguirse así al conjunto de principios, usos y costumbres que rigen el comercio internacional. Se ha objetado a la *lex mercatoria* su extrema vaguedad, puesto que no identifica con precisión las reglas de carácter supranacional o transnacional que la conforman. Pues bien, los PECL intentan eliminar o reducir notablemente dicha imprecisión.
[32] Véase: Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías, A. M. Morales, *Los principios del derecho Europeo de contratos*. Civitas, Madrid, 2002, p. 141-170.
[33] Compárese con el CC Art. 1261. Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías, A. M. Morales, *Los principios del derecho Europeo de contratos*. Civitas, Madrid, 2002. Véanse los capítulos VI, VII y VIII. En el último capítulo se discute la responsabilidad precontractual, es decir, la *culpa in contrahendo*.
[34] Cotéjese: CC Art. 1709-1739.

[35] Véase: CC. Art. 1.271 ss.
[36] Compárese con: CC Art. 1258 and 1281 – 1289. Consúltese: Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías, A. M. Morales, *Los principios del derecho Europeo de contratos*. Civitas, Madrid, 2002. Capítulo IX.
[37] Consúltese: CC Art. 1272. Véase el comentario en: Luis Díez-Picazo, E. Roca Trías, A. M. Morales, *Los principios del derecho Europeo de contratos*. Civitas, Madrid, 2002, pp. 219-247.
[38] Véase: CC Art. 1171(3).

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
VII EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO
Toledo, del 8 al 25 de enero de 2007

PRESENTACION:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la
VII Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO
PARA IBEROAMERICANOS.

La VII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 8 al 25 de enero de 2007, en la que profesionales del ámbito académico, político y de la administración pública vuelven a darse cita para tratar sobre temas de actualidad jurídica internacional.

Estos Cursos tienen como objetivo lograr una capacitación teórica y práctica para el desarrollo profesional vinculado a las áreas jurídicas y fomentar el intercambio de conocimientos y experiencias de profesionales iberoamericanos. En este sentido, la Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla programas de intenso intercambio académico con universidades americanas en los más variados ámbitos de la investigación y la docencia, y estos cursos de postgrado responden a la voluntad de potenciar los vínculos en el campo jurídico, habida cuenta del acervo común y el fluido intercambio de conocimientos jurídicos que históricamente han existido y existen entre Iberoamérica y España.

La experiencia acumulada en las ediciones anteriores, con la participación de excelentes profesores e ilustres conferenciantes de universidades europeas y americanas, hace que estos cursos se hayan convertido en un importante lugar de encuentro entre juristas españoles e iberoamericanos. Los temas seleccionados para esta edición son del máximo interés en el actual contexto jurídico internacional, siendo los siguientes:

-Los nuevos retos del Derecho del medio ambiente.
-La responsabilidad civil extracontractual en el siglo XXI
-Propiedad intelectual
-Justicia constitucional y Derechos Humanos
-Fiscalidad Internacional
-Gobierno corporativo de las sociedades mercantiles
-Derecho penal económico: cuestiones de parte general y especial
-Investigación y prueba en el proceso penal
-Globalización, Constitucionalismo y Derechos sociales

Más información: http://www.uclm.es/postgrado.derecho
Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es
Tél: 925 256351/ 680 222319