

Revista Jurídica

Castilla-La Mancha

ESTUDIOS

EL EXPEDIENTE Y EL PROCESO DIGITAL EN ITALIA

Inés Iglesias Canle

BASES CONSTITUCIONALES PARA UN NUEVO ENFOQUE DE LAS POLÍTICAS SOBRE EL AGUA

Carlos María Rodríguez Sánchez

DONACIÓN DE ÓRGANOS DE ANENCÉFALOS: UNA VISIÓN SEGÚN EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL

Adriano Sant'Ana Pedra

FEDERALISMO Y "STATE LAW" EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL PAPEL DE LA "CONFERENCIA NACIONAL DE COMISIONADOS PARA UNIFORMAR LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS"

Ana Valero Heredia

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA RELATIVO A PROYECTO DE DECRETO DE AUTORIDAD DEL PROFESORADO EN CASTILLA-LA MANCHA

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA LA MANCHA RELATIVO A REVISIÓN DE OFICIO TRAMITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE BOROX (TOLEDO), EN RELACIÓN A LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN DE UN EDIFICIO CON DESTINO A CENTRO DE EMPRESAS EN LA LOCALIDAD Y LOS ACTOS POSTERIORES DERIVADOS DE LA MISMA TALES COMO CERTIFICACIONES, PAGOS REALIZADOS POR DIVERSAS VÍAS, APROBACIÓN DE FACTURAS, SUPLEMENTO DE CRÉDITO, RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y RECEPCIÓN DE LA OBRA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Gemma Patón García. Luis María Romero Flor. José Alberto Sanz Díaz-Palacios

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

M^ª Carmen González Carrasco

53
JULIO
2013



Castilla-La Mancha



Castilla-La Mancha



REVISTA JURIDICA
DE
CASTILLA-LA MANCHA

Nº 53 - julio - 2013

PRESIDENCIA DE HONOR

Leandro Esteban Villamor

Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Administraciones Públicas

Miguel Ángel Collado Yurrita

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

Pedro José Carrasco Parrilla

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

Ángel Francisco Carrasco Perera

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

CONSEJO DE DIRECCION

Emilio Sanz Sánchez

Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Manuel Antonio Mirón Ortega

Letrado Mayor de las Cortes de Castilla-La Mancha

Mar España Martí

Viceconsejera de Presidencia y Administraciones Públicas

Francisco Javier Díaz Revorio

Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha

Agustín Díez Moreno

Vocal del Tribunal Económico-Administrativo de Castilla-La Mancha

M^a Victoria Martín Méndez

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

Eduardo Espín Templado

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

Nicolás García Rivas

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

Luis Ortega Alvarez

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

Luis Prieto Sanchís

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

José Antonio Garvía Pastor

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

Fernando Acedo-Rico Henning

Director del Servicio de Estudios Registrales de Castilla-La Mancha

CONSEJO ASESOR

Vicente Manuel Rouco Rodríguez

Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha

Eduardo Salinas Verdeguer

Presidente de la Audiencia Provincial de Albacete

María Jesús Alarcón Barcos

Presidenta de la Audiencia Provincial de Ciudad Real

José Eduardo Martínez Mediavilla

Presidente de la Audiencia Provincial de Cuenca

Isabel Serrano Frías

Presidenta de la Audiencia Provincial de Guadalajara

Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro

Presidente de la Audiencia Provincial de Toledo

DIRECTOR

Ángel Francisco Carrasco Perera

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

SECRETARIO

Luis María Romero Flor

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

NORMAS DE PUBLICACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS

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

Información y venta:

DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA

Avda. de Portugal, s/n - Teléf. 925 266 285 - 925 266 278
Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO

Consulta últimos números publicados:

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

e-mail: docm-internet@jccm.es

La Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los trabajos que se reproducen.

ISBN 84-505-64-73-5
D. L. TO 998-1988

ÍNDICE

ESTUDIOS

EL EXPEDIENTE Y EL PROCESO DIGITAL EN ITALIA. 13

BASES CONSTITUCIONALES PARA UN NUEVO ENFOQUE DE LAS POLÍTICAS SOBRE EL AGUA. 45

DONACIÓN DE ÓRGANOS DE ANENCÉFALOS: UNA VISIÓN SEGÚN EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL 71

FEDERALISMO Y “STATE LAW” EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL PAPEL DE “LA CONFERENCIA NACIONAL DE COMISIONADOS PARA UNIFORMAR LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS”. . . . 91

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA RELATIVO A PROYECTO DE DECRETO DE AUTORIDAD DEL PROFESORADO EN CASTILLA-LA MANCHA. 121

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA RELATIVO A REVISIÓN DE OFICIO TRAMITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE BOROX (TOLEDO), EN RELACIÓN A LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA DE CONSTRUCCIÓN DE UN EDIFICIO CON DESTINO A CENTRO DE EMPRESAS EN LA LOCALIDAD Y LOS ACTOS POSTERIORES DERIVADOS DE LA MISMA, TALES COMO CERTIFICACIONES, PAGOS REALIZADOS POR DIVERSAS VÍAS, APROBACIÓN DE FACTURAS, SUPLEMENTO DE CRÉDITO, RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y RECEPCIÓN DE LA OBRA. 139

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA 163

DOCTRINA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES
DE CASTILLA-LA MANCHA 181

ESTUDIOS

EL EXPEDIENTE Y EL PROCESO DIGITAL EN ITALIA

Inés C. Iglesias Canle.

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo.

SUMARIO:

1. Introducción.- 2. Concepto de proceso civil telemático.- 3. Los presupuestos del Proyecto del PCT.- 4. El marco normativo general en Italia.- 5. El correo electrónico certificado, las nuevas formas de comunicación telemática y la arquitectura del sistema: 5.1 La arquitectura del sistema; 5.2 Las reglas técnicas operativas para el uso de los instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil; 5.3 La red; 5.4 El sistema informático para el área civil; 5.5 El papel del Juez en materia civil; 5.6 El soporte para el abogado; 5.7 La actividad procesal en el flujo informatizado.- 6. La oficina judicial telemática.- 7. Análisis de los resultados de implantación del PCT.- Bibliografía.-

RESUMEN:

El presente trabajo aborda el estudio del Proceso Civil Telemático (PCT) y la oficina judicial telemática en Italia, a partir de la experiencia realizada en determinados órganos jurisdiccionales y su extensión a otras sedes judiciales, como consecuencia de los resultados satisfactorios obtenidos.

El carácter inter y pluridisciplinar del proyecto, que supone la introducción de las nuevas tecnologías en el Proceso Civil Italiano, ha supuesto un paso fundamental de cara a la obtención, como finalmente se constata en el análisis estadístico que se acompaña, de una reducción notable de los tiempos de resolución de los asuntos que se han tramitado por medio del PCT.

ABSTRACT:

This paper approaches the study of Civil Procedure Telematics (PCT) and telematics judicial office in Italy, from the experience in certain courts and its extension to other judicial offices, as a result of the success stories.

*The inter-and multidisciplinary nature of the project, which involves the introduction of new technologies in the Italian Civil Procedure, has been a fundamental step towards the collection, and finally it is found in the accompanying statistical analysis, a significant reduction time resolution of the issues that have been processed through the PCT.*Escuchar

Leer fonéticamente

PALABRAS CLAVE:

Proceso civil telemático, oficina judicial telemática, e-justice, órgano judicial, expediente digital.

KEYWORDS:

Civil Process telematic, telematics judicial office, e-justice, court, digital file.

1. INTRODUCCIÓN

A partir de la puesta en marcha de diversos proyectos pilotos en Italia, se adopta un nuevo modelo tecnológico en la Justicia Italiana consistente fundamentalmente en la implantación del Proceso Civil Telemático, ello desde una doble perspectiva sistemática y experimental, tal y como reconoce ZAN¹. Sistemática, sigue diciendo este autor, porque constantemente hemos tenido en cuenta la interdependencia y la coherencia entre la tecnología, organización y marco normativo; experimental, porque en siete tribunales piloto (Bari, Bergamo, Bologna, Catania, Genova, Lamezia Terme y Padova) se han constituido otros tantos laboratorios compuestos de magistrados, abogados, directores de oficinas judiciales y técnicos para verificar y valorar la fiabilidad de la

solución informática y telemática, partiendo a su vez de la redefinición de la organización en coherencia con la utilización de la nueva instrumentación.

El organizador del Proyecto, el Comité operativo y los siete laboratorios han realizado “El proyecto de asistencia a la realización del proceso civil telemático”, caracterizado por su carácter interdisciplinar.

Este trabajo versa sobre los resultados de la implantación experimental de este proyecto y el verdadero estado de la cuestión en estos momentos en Italia. El examen de los presupuestos del Proyecto es un paso previo para entender los sucesivos pasos que se han dado en Italia y aportan datos de indudable interés para trasladar esta experiencia a otros países, como el nuestro, que se encuentran en la misma situación de partida y requieren de un tratamiento adecuado de los múltiples problemas que afectan a la Administración de Justicia, con la finalidad de descongestionarla y convertirla en eficiente y eficaz.

Los motivos para intervenir sobre el sistema informativo y sobre el sistema de gestión del servicio innovando los instrumentos informáticos son siempre los mismos: recuperar la eficiencia y/o aumentar la eficacia de la acción organizativa. El impacto no sólo se produce sobre la accesibilidad al sistema y a las bases de datos, sino en la capacidad de modificar en positivo la gestión y la organización y la capacidad de todos los profesionales que intervienen. Significa poder indagar en la praxis organizativa y progresivamente adecuar los nuevos instrumentos a la organización existente².

La finalidad, como pone de manifiesto CAPONI no es otra que procurar la eficiencia de la Justicia, como Servicio Público, y conecta con la idea extensamente difundida en Italia de que la eficacia de la Justicia depende de la disponibilidad de recursos y de la adecuada estructura del orden judicial. Entre las causas de la duración de los procesos de cognición plena se señala la inadecuación del número de jueces profesionales de primer grado para que el proceso se desarrolle en un tiempo razonable, la insuficiencia del papel del personal auxiliar, la incompleta informatización de la oficina judicial... Es evidente, como afirma este autor, el importante papel que en este contexto le corresponde al proceso telemático³.

La política de la Unión Europea está orientada a la promoción de una sociedad de la innovación, en la cual los beneficios económicos y sociales han activado numerosas iniciativas que hacen referencia a las normas procesales y prácticas. El *e-governance* es un modo de adoptar una nueva forma de ejercicio de los poderes de gobierno, que, por me-

dio de las nuevas tecnologías, hacen más cercana la Unión Europea a la ciudadanía, reforzando al mismo tiempo la democracia en Europa y consolidando la legitimidad de las instituciones. La *e-justice* representa, en particular, el instrumento para perseguir la interoperabilidad en el sistema de la Justicia, interviniendo sobre la complejidad de las relaciones existentes entre los numerosos sujetos. La informática se convierte así en el medio de procurar la solución para la reducción de los largos tiempos procesales. Es en este contexto donde debe entenderse el PCT y la experiencia que se desarrolla en Italia, en los términos que referimos a continuación⁴.

2. CONCEPTO DE PROCESO CIVIL TELEMÁTICO

Según consta en un trabajo realizado por la “*Assistenza alla realizzazione del Processo Civile Telematico*”, presentado en Roma en Mayo del 2004⁵, por Proceso Civil Telemático (PCT) se entiende la gestión integral e integrada de la documentación producida en el ámbito del cualquier procedimiento contencioso civil en forma digital o telemática.

El PCT nace con la finalidad de permitir la transmisión de comunicaciones y notificaciones, el depósito de los actos en la secretaría, la constitución del juicio y la inscripción telemática, así como la consulta del estado del procedimiento, de los registros de la secretaría, de los autos y de la Jurisprudencia, por vía telemática. El proyecto permite así una significativa reducción de los tiempos procesales que siempre han caracterizado en negativo el sistema judicial italiano⁶.

Supone, concretamente, lo siguiente:

- Gestionar toda la información vinculada a un proceso civil prioritariamente en forma telemática.
- Gestionar todas las comunicaciones y el intercambio de información entre los autores inmersos en el proceso civil (jueces, abogados, fiscales, secretarios judiciales, personal de la oficina judicial,...) en forma telemática.
- Simplificar la actividad de cada actor envuelto en un proceso civil, favoreciendo la difusión de información, eliminando

la redundancia de operaciones, reduciendo la actividad basada en la continua manipulación de papel.

- Otorga mayor transparencia y dimensión temporal cierta a los actos y al proceso en sí.

Técnicamente, el PCT supone construir y actualizar bases de datos que interoperen, registrar digitalmente la documentación, gestionar en forma telemática el intercambio de información entre los distintos actores del sistema por medio de correo electrónico certificado y firma digital, sustituyendo el expediente en papel por el expediente electrónico.

Para hacer realidad el PCT se requiere dotación de hardware, software, adecuación de normativa, experimentación previa y formación de todos los operadores que deben actuar en el proceso.

Las principales consecuencias previstas se vinculan a la aplicación sistemática de la tecnología informática al intercambio de documentos y en las notificaciones, así como a la facilidad de acceso a toda la información relevante de la causa, la transparencia de las diversas fases y la responsabilidad de iter del proceso.

Se trata de aplicar, por medio del PCT, al mundo de la Justicia Civil las soluciones técnicas propias de la informática y de la telemática, consintiendo la reconfiguración radical de la modalidad a través del cual los procesos se tratan. Desde este punto de vista, el PCT representa uno de los estímulos fundamentales para afrontar el problema más general de la crisis de la Justicia Civil en Italia. Certeza y respeto de las reglas, resolución en tiempo oportuno y transparencia en la gestión de los conflictos son condiciones fundamentales e imprescindibles para el correcto funcionamiento del sistema económico y para el adecuado funcionamiento de la convivencia civil.

Por todo ello, el PCT es, a su vez, un proyecto informático promovido por el Ministerio de Justicia Italiano para mejorar la calidad del servicio judicial en el área civil. La nueva arquitectura tecnológica consiente la ejecución de las operaciones, el depósito de los actos, la transmisión de las comunicaciones y notificaciones, la consulta del estado de los procedimientos una vez registrados por la oficina judicial, de los expedientes o autos y de la jurisprudencia, sin necesidad de la búsqueda físicamente por parte de la secretaría y de la oficina judicial, operando, en modo remoto, *on line*⁷.

Se obtiene de esta manera una reducción tal de la dimensión en papel del proceso civil, acompañada de las ventajas de la era digital, con los ulteriores beneficios:

- Desmaterialización de los actos y del proceso y tratamiento de los datos y de la información en archivos digitales.
- Deslocalización de la actividad procesal, con disminución de la actividad deambulatoria de los profesionales y de los otros operadores del proceso civil.
- Mejora y racionalización del servicio de la Oficina Judicial.
- Reducción del tiempo de realización de los procedimientos.

Desde un punto de vista conceptual, más que un objeto en sí mismo, el PCT constituye un conjunto de relaciones profundamente innovadoras y redefinidas, siendo traducible en una de tantas cooperaciones aplicativas entre sistemas jurídicos diversos: el sistema de la secretaría u oficina judicial, de los abogados y los auxiliares.

Concretamente en el proceso civil se racionaliza la actividad de los distintos operadores jurídicos y se acelera el tiempo de algunas operaciones, traduciendo la interacción entre las personas, evitando la distancia y los desplazamientos mediante instrumentos electrónicos.

El objetivo es abrir el dominio informático civil, certificado por la Red Única de la Justicia, permitiendo el acceso de actores externos, con modalidades que consientan salvaguardar los necesarios protocolos de seguridad.

En tal sentido el PCT es un proyecto de *e-goberment*, que utiliza *internet* como infraestructura tecnológica de base, junto a dos principales instrumentos de *e-goberment*, la firma digital y el correo electrónico certificado.

El resultado será una completa reprogramación de las reglas de las diversas operaciones (abolición de las copias de la oficina...).

En esta fase inicial del Proyecto se introduce sólo el primer grado de Jurisdicción, limitándolo al contencioso genérico y al área de la ejecución civil y del proceso concursal; sucesivamente, el proyecto se extenderá a otras fases del proceso civil.

La primera experiencia con valor legal tuvo lugar en Milán, donde el PCT se utilizó desde diciembre de 2006 para el proceso monitorio. Posteriormente, se ha introducido en las sedes judiciales de Catania, Nápoles, Padova, Genova, Lombardía, con la excepción de Crema, Cremona y Mantova, que han introducido el servicio recientemente, en el primer semestre del 2.010. Hay otras experiencias en ciernes en relación a la ejecución civil y otras sedes judiciales que se han incorporado a la experiencia del PCT.

(v. www.processotelematico.giustizia.it/pdapublic/index.jsp)

En este enlace se puede además encontrar toda la documentación referida a esta materia entre la que destacamos la normativa sobre el proceso telemático y todas las novedades relativas al proceso de implantación del mismo en Italia. De estos temas nos ocuparemos en los epígrafes siguientes.

3. LOS PRESUPUESTOS DEL PROYECTO

El PCT requiere para su puesta en marcha de un ambiente totalmente informatizado, en términos de dotación de maquinaria (hardware) y de sistema operativo (software). En particular es necesario realizar una primera fase de informatización homogénea en todo el territorio nacional, y una integración completa de las aplicaciones, construyendo un substrato unitario y una única base de datos para cualquier oficina judicial de los distintos órganos jurisdiccionales, que contenga el patrimonio completo informativo en materia civil.

La información en el sistema organizativo judicial tradicional se reducía a dos elementos: el registro en la secretaría judicial y los autos. Por tanto, procede realizar una transferencia de toda la información contenida en formato papel a un expediente digital, garantizando la máxima eficiencia funcional mediante un sistema informativo integrado, completo, que permita la elaboración y búsqueda de datos⁸.

El sistema debe también permitir a las oficinas judiciales la transmisión electrónica de las comunicaciones, notificaciones y copias de los actos a los sujetos concernidos en el proceso y también la consulta remota de los datos.

La finalidad que se persigue es la transformación del acceso físico al tribunal de parte de los usuarios especializados (abogados, peritos,...) en acceso virtual permitiendo:

- la consulta telemática del estado de la causa y del expediente electrónico, junto al examen de los documentos y de los datos informativos estructurados que consienten y describen el estado de un proceso civil;

- el depósito de los actos y documentos y la recepción de los mismos por vía telemática, siendo superfluo y sólo eventual el depósito en papel de los mismos.

De tal cambio se consigue:

- mayor transparencia del íter del proceso civil;

- extensión del horario de funcionamiento de la secretaría u oficina judicial (de las actuales 4, máximo 6 horas, a 14 horas efectivas).

- reducción de los tiempos para el depósito de los actos y para la adquisición de las copias.

Para ser realmente eficaz, el sistema informativo debe contener un patrimonio de información lo más amplio posible, no limitándose a la mínima información prevista en el tradicional registro en papel, con anotación de los principales eventos: depósito de los actos; audiencia, suspensión o interrupción de la causa y resultado o conclusión de la causa.

Es necesario por tanto registrar todos los actos y eventos del proceso.

Otro presupuesto esencial, que se refiere a los aspectos normativos y que garantiza la plena eficacia del expediente digital y de los documentos informáticos, no es otro que asegurar la eficacia probatoria de cada documento o acto, mediante la cualidad de la inimpugnabilidad y de no modificabilidad. En tal sentido, se puede afirmar que el decreto que introduce el proceso telemático en materia civil en el ordenamiento jurídico italiano (D.P.R. 13 de febrero de 2001, n. 123, *Regulación de la disciplina sobre el uso de los instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil, administrativo y ante las sesiones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas*) está orientado a dar valor a un diverso modo de realizar la actividad procesal.

4. EL MARCO NORMATIVO GENERAL EN ITALIA

Con carácter previo debe destacarse la regulación que contempla el Decreto del Ministerio de Justicia de 13 de febrero de 2001 núm. 123, que aprueba el Reglamento de la disciplina sobre el uso de los instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil, en el proceso administrativo y en el proceso ante las salas jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas⁹. También debe tenerse en cuenta el Decreto Ministerial de 24 de mayo de 2001, que aprueba las normas para llevanza de los registros informáticos de la Administración de Justicia y el Decreto Ministerial de 15 de diciembre de 2005 sobre las normas relativas a los instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil¹⁰.

Un importante presupuesto normativo general en esta materia lo constituye la regulación que se refiere al **documento informático** y a la firma digital. Tal regulación se contempla fundamentalmente en el Código de la Administración digital, aprobado por Decreto legislativo (D.M) de 7 de marzo de 2005, núm. 82, arts. 20 y ss., si bien con carácter previo hubo regulaciones parciales sobre su uso en el proceso civil telemático, particularmente, en el art. 4 Decreto del Presidente de la República (D.P.R.) núm. 123/2001.

En general el documento informático es una representación de los actos, hechos, datos jurídicamente relevantes, formado con instrumentos de la nueva tecnología¹¹.

La eficacia jurídica de un documento informático, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas que podría provocar en el ordenamiento jurídico, debe respetar las reglas técnicas en vigor que y que garantizan la identificación del autor y la integración e invariabilidad del documento.

Para los actos que deben formarse por escrito en el sentido del art. 1.350 del Código civil, es necesaria la firma digital o cualificada. Por el contrario, en relación a los documentos informáticos no firmados digitalmente o con firma cualificada, la relevancia jurídica se deja a la libre apreciación del juez sobre la base de los requisitos de calidad, seguridad, integridad e invariabilidad.

En cuanto a la firma digital, entre los tres tipos de firma electrónica prevista en el CAD, es la única admitida en el proceso civil y responde a la siguiente descripción: firma electrónica digital cualificada, basada en un sistema de claves criptográficas, una pública y una privada, correlativas entre ellas, el titular tramita la clave privada y el destinatario la clave pública, con ello se acredita y verifica la proveniencia e in-

tegridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos.

Las claves criptográficas se definen:

- Clave privada: elemento de la copia de claves asimétricas, usada por el sujeto titular de una firma electrónica, mediante la cual se introduce la firma digital sobre el documento informático.
- Clave pública: elemento de la copia de las claves asimétricas, con la que se verifica la firma digital puesta sobre el documento informático por el titular de las claves asimétricas.

La criptografía asimétrica comporta la disponibilidad en un sujeto de una clave privada conocida sólo por él mismo, utilizada para la generación de la firma digital del documento; la segunda clave, denominada pública, se utiliza para verificar la identidad de la firma.

La seguridad se garantiza por la imposibilidad de reconstruir la clave privada secreta a partir de la pública.

El D.M. 27/4/2009, de Nuevas reglas procesales relativas al registro informático de la Administración de Justicia, que sustituye al precedente D.M. de 24 de mayo de 2.001, es un manual operativo relativo al D.M. 264/2000, que implantó el registro informático con carácter general. Define el sistema informativo de la oficina judicial en modo particularmente novedoso, como conjunto de recursos humanos, reglas organizativas, de recursos de hardware y software, de locales y de documentación, comprendiendo cualquier operación o conjunto de operaciones que se refieran al tratamiento de datos y a la información relativa a los registros de la competencia y de los servicios de la Administración de Justicia.

La definición legal es importante porque por primera vez en la normativa nacional se refiere una visión sistemática de la oficina judicial, con un concepto integrado, donde todos los componentes, comprendidos también los elementos humanos, son considerados en relación a la realización del objetivo primario de construir un sistema informático eficiente y eficaz. El Decreto establece que el dirigente y responsable de la oficina judicial es responsable de los datos y debe verificar periódicamente la corrección de la actualización. El Decreto también indica cómo debe realizarse la estructuración del sistema informático, describe la figura nueva del administrador de los servicios informáticos (art. 4), sustitutiva del precedente administrador del sistema, identifica los com-

ponentes del sistema informático (arts. 5 y 6) y prescribe como gestionar la seguridad del sistema informativo (art. 7).

Otras normas de este Decreto se preocupan de otras cuestiones ligadas a la conservación de los datos y a la seguridad del sistema informático, con escasa atención a la protección de datos personales.

Previamente, el Reglamento para la disciplina del uso de instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil, en el proceso administrativo y en el proceso ante las sesiones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas, aprobado por D.M. de 13 de febrero de 2001 núm. 123, al que hemos hecho referencia al inicio de este epígrafe, se aprobó a causa de la preocupación de dotar de plena validez a la actividad procesal realizada en la modalidad telemática e informática.

Admite esta norma la formación, la comunicación y la notificación de los actos en el proceso civil mediante documentos informáticos, utilizando el sistema informático civil. Este sistema debe asegurar:

- a. La individualización de la oficina judicial;
- b. De los sujetos que pueden realizar alguna de las actividades consentidas (consulta, introducción, modificación o comunicación de un dato o de un acto);
- c. La recepción de la comunicación de un acto;
- d. La automática habilitación del acceso de los defensores y de la oficina judicial.

El hecho de que el PCT no resulte directamente accesible a las partes privadas ha generado perplejidad en algunos comentaristas, considerando que en la actividad que no necesita de asistencia técnica (como es en el caso de adquisición de información sobre el estado de la causa, la búsqueda de copias de los actos o en la fase de documentación del proceso) el simple ciudadano que sea parte en el procedimiento civil debe tener el derecho de acceder a la Secretaría y de recibir información o adquirir copias de actos y providencias.

Debe partirse de que la restricción a los profesionales respecto a la utilización inicial del sistema debe ser superada, abriendo paulatinamente el sistema a ulteriores tipologías de usuarios, en respuesta a una cuestión práctica, ligado a la garantía de seguridad y autenticación previa de los sujetos, que deben disponer de una *smart card* con adecuadas credenciales de autenticación. En el futuro próximo, es imaginable que

la firma digital y en general los instrumentos electrónicos puedan ser mayoritariamente difundidos pero, en el momento actual, la realidad es que sólo un número reducido de sujetos privados tienen la disponibilidad de los aparatos y medios técnicos necesarios para procurar el acceso telemático.

La difusión del correo electrónico certificado (PEC) a la ciudadanía es objeto de un Decreto del Presidente del Consejo de Ministros (norma secundaria de rango reglamentario) del 6/5/2009, que ha previsto, que el ciudadano que lo solicite, será provisto de una casilla PEC, sin gastos. Tal dirección resulta válida a todos los efectos jurídicos, previa la conveniente campaña informativa con el fin de no coger por sorpresa a los destinatarios del mensaje, al ser capaz de producir efectos en el ordenamiento.

El expediente procesal se debe formar por parte de la oficina judicial en modalidad informática, mediante la asociación de todos los documentos digitales transmitidos por los usuarios externos, uniendo los documentos probatorios remitidos en forma electrónica o, eventualmente, también en papel, previa su digitalización, siempre que todos los documentos singularmente considerados no superen las 20 páginas de extensión. Todavía está prevista la formación del expediente por la oficina también en soporte papel.

En cuanto a la utilización de la firma digital en el proceso civil telemático, el art. 21 de Código de la Administración Digital, establece que el documento informático con firma digital se presume que proviene del titular el dispositivo de firma, salvo que aporte prueba en contrario, mientras que en la primera formulación de la norma, la fuerza del valor auténtico del documento debida a la firma digital era únicamente removible mediante la presentación de una querrela de falsedad. El actual tenor de la norma, modificada por el Decreto legislativo 159/2006, puede provocar un debilitamiento de la eficacia de los documentos informáticos, introduciendo un elemento alterador en el proceso civil.

La admisibilidad de la forma digital para los actos del juez se recaba de los arts. 121 y 131 C.PC. (Código del Proceso Civil), que establecen la libertad de la forma procesal. La firma digital para la validez legal de los actos y de los expedientes electrónicos en el PCT se utiliza:

Por el abogado que firma los actos de introducción, la memoria y el índice de los actos;

Por el juez, que firma las decisiones.

Otros documentos firmados por la Secretaría.

El representante legal del Consejo de la Orden de los Abogados que firma las variaciones en el Registro Público de la abogacía.

En cuanto a los actos de las partes, el primer momento en el que tienen evidencia es el de la constitución o inicio del juicio, con el depósito de los actos de introducción. Al respecto, el art. 9 Decreto del Ministerio de Justicia 123/2001 prevé que la parte que proceda a la inscripción o al inicio del juicio en modo telemático debe transmitir por el mismo medio los documentos probatorios como documentos informáticos, o, como alternativa, presentar las copias informáticas de los documentos probatorios mediante el soporte en papel.

Un aspecto importante en el proceso civil telemático es la conservación del expediente digital. Para poder sustituir definitivamente, en el futuro, el archivo digital al archivo en papel, es necesario referirse a la norma general del Código de la administración digital, arts. 23 y 42 a 44, sobre la documentación sustitutiva sobre soporte informático, idónea al ser autenticada, también en modalidad electrónica, y su desmaterialización y conservación. Concretamente, en el ámbito judicial, existe una normativa específica contenida en el D.M. (Decreto Ministerial) 264/2000 sobre registro informático, según la cual cada 3 años los encargados de la oficina judicial deben hacer una copia histórica del archivo y disponer la conservación sobre soportes informáticos; por tanto, es posible eliminar el expediente en papel respecto de asuntos terminados al menos hace dos años.

5. EL CORREO ELECTRÓNICO CERTIFICADO, LAS NUEVAS FORMAS DE COMUNICACIÓN TELEMÁTICA Y LA ARQUITECTURA DEL SISTEMA

En cuanto a las comunicaciones y las notificaciones telemáticas en el PCT, es oportuno recordar que el cuadro normativo general se conforma con CAD y las regulaciones particulares.

Actualmente, en el proceso civil se utiliza un modelo de comunicación electrónica segura parcialmente similar a lo previsto en el CAD pero que ha tenido en cuenta la particularidad de la materia y los efectos

relevantes de la actividad de comunicación y notificación a las partes procesales.

Así, el art. 2 Decreto del Presidente de la República 123/2001 prevé que tales actividades se puedan efectuar en la modalidad telemática. Posteriormente, las notificaciones y comunicaciones se pueden realizar por medio de correo electrónico, según la previsión contenida en el art.17 de la Reforma del Derecho societario, Decreto Legislativo de 17 de enero de 2005 y, sucesivamente, en el Decreto Ley de 14 de marzo 2005, núm. 35 de “*Disposiciones urgentes en el ámbito del plano de acciones para el desarrollo económico, social y territorial, y delegación al Gobierno para la modificación del Código de proceso Civil en materia de proceso de casación y en la reforma orgánica de la disciplina del procedimiento concursal*” (convertido en tal mediante la ley de 14 de mayo de 2005, núm. 80).

En tal normativa, se introduce la posibilidad de que, para diversas actividades de notificación y de comunicación en el proceso civil, se realicen por medio de telefax o de correo electrónico con respeto a la normativa, también reglamentaria, concerniente a la firma, la transmisión y la recepción de los documentos informáticos y teletransmitidos. A tal fin, el defensor indica en el primer escrito el número de fax o dirección de correo electrónico en el cual quiera recibir las notificaciones.

Con el art. 51 del Decreto Ley 25/6/2008 número 112, sobre *Disposiciones Urgentes para el desarrollo económico, la simplificación y la competitividad (que se ha convertido en Ley por la aprobación de la Ley 6/8/2008, núm. 133)*, se prevé que las comunicaciones y las notificaciones de la Secretaría a los abogados y a los consultores fuesen efectuadas por vía telemática a la dirección de correo electrónico. En el caso de que no se hubiese comunicado la dirección de correo electrónico, la comunicación se debería haber efectuado en la Secretaría, con evidente agravio para los profesionales (aunque también para la Secretaría), con el fin de incentivar el uso del sistema telemático.

El sistema previsto en el art. 51, según su formulación original, se puso en marcha en el Tribunal de Milán desde el 1 de junio de 2.009 y ha resultado muy eficiente. Posteriormente, ha sido puesto en marcha en otras oficinas judiciales, tal y como ya hemos adelantado, y su implantación paulatina es una realidad tangible en el proceso civil italiano.

Posteriormente, la Ley 2/2009 ha introducido la obligación a los profesionales de dotarse de una casilla de correo electrónico certificado (PEC) para todas las comunicaciones con la Administración Pública y, eventualmente, otros sujetos deben adoptar este instrumento.

Por tanto, se tiende a hacer de manera que el abogado disponga de una única casilla de PEC, sobre la cual confluyan todos los mensajes, comunicaciones y notificaciones que el profesional deba recibir. Ello responde evidentemente a un criterio de simplificación y racionalización. El abogado de esta manera debe recibir en su casilla toda la información de contenido variado, y con ella también la notificación de contenido procesal.

5.1 La arquitectura del sistema

Se puede afirmar que el PCT es un sistema entre la informática jurídica de gestión y la informática jurídica y su arquitectura se caracteriza por los siguientes elementos esenciales:

- **La casilla de correo electrónico certificado del PCT (CPECPT) del abogado:** habilitada desde el punto de acceso, consiente y permite el intercambio seguro de información y garantiza por un tiempo determinado la disponibilidad de los mensajes no depositados.

- **El punto de acceso (PdA):** estructura técnico-organizativa que permite la conexión entre los sujetos externos habilitados (abogados, auxiliares del juez, dependientes de otras Administraciones Públicas que tienen un papel en el proceso civil...) y el Gestor Central, permitiendo la transmisión telemática de documentos informáticos procesales. El PdA tiene también la importante función de autenticar los sujetos habilitados para acceder al SICI.

- **El Gestor Central:** Conecta el PdA al SICI o dominio de la Justicia, especie de puesto electrónico que recibe todos los actos de forma encriptada y que efectúa controles sobre la cualidad de los usuarios y de los mensajes. Al mismo tiempo,

- **Los gestores locales:** a través del canal seguro de la Red Única de la Justicia (RUG), conectan al gestor central y a las oficinas judiciales; efectuando controles formales sobre su autenticidad e integridad y se los remiten a la Secretaría competente para el archivo de los datos en ellos contenidos.

- **SICI,** o dominio de la Justicia en materia civil. Se trata de un componente que consta de una especie de lector de smart card para la utilización de la firma digital, un antivirus actua-

lizado y un programa que permite la transformación del documento textual en documento XML. En particular, se valen de él los abogados que envían actos y documentos al PdA.

5.2 Las reglas técnicas operativas para el uso de los instrumentos informáticos y telemáticos en el proceso civil

Las reglas técnicas operativas responden a la exigencia de detallar el funcionamiento del aparato tecnológico del PCT, particularmente, se ocupan de la regulación de los siguientes elementos:

Funcionamiento y gestión del sistema informático civil, en todos sus componentes.

Modalidad de acceso de los defensores y del personal de la Oficina judicial y gestión del correo electrónico certificado del PCT.

Pagos.

Modelos para los documentos informáticos.

5.3 La red

La interacción a distancia entre operadores del proceso civil es la responsable de la existencia de la Red Única de la Justicia (RUG) en la cual está integrado el sistema informático civil (SICI).

La RUG está asentada sobre la Red Unitaria de la Administración Pública o Sistema Público de Conectividad, a la cual está interconectada y se adecúa a los protocolos de seguridad nacional. Las transacciones en el ámbito de la Justicia se tramitan en el Centro *Firewall* de Nápoles (Centro de Gestión de la Administración), para garantizar la red y filtrar las intromisiones por medio de virus y otros códigos maliciosos.

Las transmisiones de los datos y de los documentos del PCT en el ámbito judicial interno (de las oficinas judiciales entre ellas, o entre los oficiales y las oficinas judiciales), utilizando exclusivamente la Red Única de la Justicia, mientras que el Gestor Central del PCT utiliza la infraestructura tecnológica del Sistema para la comunicación con el exterior del dominio de la Justicia.

No sólo razones de seguridad han conducido a la arquitectura descrita: si fuese internet el canal de transmisión no se habría podido dar

certeza jurídica a los intercambios de actos, a los depósitos, a los avisos. En internet los mensajes se transmiten de modo casual, atravesando puntos no certificados, por tanto, no seguros. El punto de acceso, por el contrario, está conectado directamente al Sistema Público de Conectividad y al Gestor Central, con la consecuencia de dar certeza a la transmisión, poder verificar la causa de eventuales malos funcionamientos e interrupciones del servicio y poderlos reconocer, si fuese necesario. En tal caso, el abogado o usuario externo debe activar un protocolo de comunicación seguro (SSL3), para el intercambio de comunicaciones cifradas. Los mensajes en ese caso vendrían provistos de un sistema de criptografía.

La recíproca autenticación prevista en el SSL3 comporta que los sujetos externos se hagan reconocer.

5.4 El sistema informático para el área civil (SICI)

En el ámbito judicial civil un sistema informático importante es el Sistema Informático Civil (SICI), punto central del PCT que permite la transmisión, la comunicación y la notificación de los documentos informáticos por vía telemática¹².

Los recursos necesarios, en términos de aparato tecnológico, en torno al PCT, son de diversa tipología:

Hardware

Un nivel periférico, red LAN en plena eficiencia, ordenadores adecuados, Gestores locales y Gestor Central.

Software

Polis es un sistema de software que permite la elaboración de textos, que sirven para producir y consultar actos; sus usuarios son magistrados y personal de la Oficina Judicial; el acceso y la utilización de Polis exige previa autenticación. El *Polis web* es un software vinculado a una base de datos que sirve para consultar los actos, sus usuarios son los abogados; el acceso se tramita por medio de autenticación previa, es una componente del PCT que permite el acceso de los sujetos habilitados externos a las Oficinas Judiciales. Son aplicaciones para el sistema informático en las oficinas singulares¹³.

Todos los softwares realizan y consienten principalmente la consulta de los procedimientos pendientes y la gestión electrónica del expe-

diente. El *repository* documental es el archivo informático de la Oficina Judicial, es la base de los datos documentales y contiene el expediente informático y otros documentos ligados al procedimiento.

A todo ello le debe corresponder una dotación de recursos humanos adecuados, numéricamente y cualitativamente (operadores de las Oficinas Judiciales y técnicos informáticos preparados para la utilización del nuevo sistema). El personal administrativo debe estar formado y motivado: secretarios judiciales capaces de controlar los resultados procesales; oficiales y personal de apoyo y tramitadores procesales más orientados al proceso ejecutivo y menos al servicio de las notificaciones; en realidad requiere de operadores capaces de gestionar documentos multimedia y de realizar búsquedas en las bases de datos.

Pero la condición más importante para MAIOLI es que “los diversos actores compartan el común objetivo. El sistema normativo produce sobre los litigantes y los profesionales objetivos diversos y fines distintos: los abogados y los jueces deben perseguir en este contexto el mismo fin de procurar la eficiencia del sistema judicial”¹⁴.

La dotación tecnológica actual de los tribunales italianos, se puede decir que corresponde al mínimo necesario para la implantación del Proyecto de PCT, en cuanto todos los edificios judiciales principales están dotados de red LAN, disponen de ordenadores y de servicios de diferente generación y han conocido en años recientes una generalizada difusión de las aplicaciones estudiadas para el área civil (SICID o sistema informativo civil para la gestión de los datos de registro en materia contencioso civil, laboral y de Jurisdicción voluntaria; POLIS, programa de elaboración, clasificación, publicación y archivo de procedimientos judiciales, que consiente la creación de bases informáticas de Jurisprudencia; POLISWEB (INTERFAZ de acceso a los datos y a los documentos, pensada para los usuarios externos de la Oficina Judicial; SIECIC Sistema informativo de la ejecución civil y de los procesos concursales, para registrar, gestionar toda la información relativa a la compleja fase de ejecución civil y en materia de derecho concursal).

La multiplicidad de sistemas aplicativos no debe impresionar negativamente en cuanto es reflejo de la diferenciación de los ritos y procedimientos en el ámbito civil y del intento de especialización de manera que se respete la diferencia procedimental.

A estos efectos, es fundamental saber clasificar el procedimiento, referirlo a una concreta ritualidad, a la materia específica e individualizar el objeto procesal.

Se ha realizado una clasificación hace algunos años, conjuntamente por el Consejo Superior de la Magistratura y el Ministerio de Justicia, a la que es obligatorio referirse por los profesionales en el acto de inscripción de una causa: debe ser realizada con la mayor precisión posible con identificación del objeto interno de la específica materia, con indicación del número de identificación del objeto o de referencia que facilitará la gestión informática sucesiva de parte de los operadores de la Oficina Judicial.

En el área civil se puede anotar cada acto procesal, dando lugar a una automática definición del estado del procedimiento. Se permite la anotación y actualización de los diversos actos procesales, la gestión organizada de la información, la simple búsqueda de información y la elaboración de la estadística.

Actos y estados se preseleccionan en el sistema sobre la base de la ritualidad de modo tal que los usuarios externos actúan y obtienen información de una manera más ágil y rápida, valiéndose para ello de recorridos predefinidos.

Los aplicadores disponen de módulos específicos para las diversas materias, con el fin de facilitar a la Secretaría Judicial la producción automática de las comunicaciones y avisos.

5.5 El papel del Juez en materia civil

En el ámbito del proyecto de desarrollo del PCT se está llevando a cabo un análisis del papel informático del Juez civil.

Sintetizando mucho, en materia civil el juez debe esencialmente desarrollar dos tipos de actividad: la ordenación de la causa y la adopción de decisiones; tales actividades son observables según distintas ópticas.

El juez civil debe conducir la causa, según el íter definido en el código de proceso civil; adoptar las medidas y decisiones durante el curso y al final de la causa; realizar la actividad anteriormente referida en la óptica del procedimiento en sí.

Los instrumentos de trabajo son la agenda (o calendario de audiencias), los apuntes estructurados sobre la causa y el sistema de escritura de las decisiones o medidas adoptadas.

En cuanto a la *agenda* será realizada según las reglas de organización que el magistrado dé, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

Asignación de los actos de audiencia de la semana, distinguiendo por tipología de la causa, por grado de complejidad del proceso, por tiempo de trabajo necesario...

Calendario de las audiencias según las fases procesales.

Los *apuntes* se realizan teniendo en cuenta la estrategia del juez en el modo de gestionar la causa: algunos estudian la causa de una sola vez, con proximidad a las conclusiones y la sentencia; otros afrontan y examinan gradualmente la documentación procesal, a medida que esta se produzca; otros construyen una síntesis que permite disponer de elementos que facilitan la realización de la sentencia. Se puede afirmar que la estrategia adoptada modifica sustancialmente la posibilidad de gestionar a conciencia la audiencia, la posibilidad de asumir decisiones en el curso de la causa, la posibilidad de valerse al menos de art. 281 C.P.C., que prevé la posibilidad de renovación de la prueba ante el tribunal en particulares hipótesis.

La utilidad de los *apuntes* bien estructurados va más allá de la actividad el juez singularmente considerado; por ej. Se piensa en la posibilidad de transferencia de la causa a otro juez por cualquier motivo.

A tal fin, el Juez debe disponer de un sistema de escritura eficiente dotado de la siguiente funcionalidad: diferenciación de los distintos modelos de medidas y decisiones que puede adoptar el juez a lo largo del proceso (sentencias, decretos, ordenanzas...); posibilidad de obtener información y los datos necesarios para proceder a la redacción, como historia de la causa, alegaciones y conclusiones de los abogados...; clasificación y archivo de las decisiones, con posibilidad de múltiples formas de búsqueda; obtención e inserción de normas y jurisprudencia; integración de un sistema de cálculo para los intereses y la actualización de las deudas; publicación y comunicación a las partes de los eventuales depósitos de la sentencia y puesta a disposición en la web. Otro instrumento esencial a disposición del Juez consiste en la Jurisprudencia (precedentes, sentencias del mismo tribunal, de otros tribunales, de la corte superior), de ahí la importancia de gestionar adecuadamente el archivo de la causa y las decisiones de cada juez, o tribunal. El archivo debe permitir buscar, por argumento, por tipología de los sujetos que han pronunciado la decisión, etc.

5.6 El soporte para el abogado

Con el PCT el abogado puede efectuar las siguientes macro operaciones: redacción y depósito de un acto; consulta de los datos y de la información contenida en los expedientes y en los registros.

Las posibilidades para el abogado parten de la posibilidad de realizar un acto, firmarlo digitalmente, encriptarlo, recibir de la oficina judicial datos, información, avisos, documentos...

Los instrumentos para el abogado telemático son: un redactor o tratamiento de textos de los actos; una *smart card*; un lector de *smart card*; un scanner, para digitalizar los documentos en papel.

La redacción en fase inicial se debe realizar en Microsoft Word. El abogado parte de una plataforma informática a través de la que se puede efectuar el envío del acto. Está disponible gratuitamente a través de la Administración Judicial como primer prototipo de redacción para los abogados, a fin de facilitar la realización del proyecto.

Como en el sistema de escritura pensado para los jueces, también el sistema de redacción o de tratamiento de textos para los abogados permite introducir normas y jurisprudencia. Permite la alegación de documentos, informáticos y no informáticos. Finalmente, el abogado debe validar el acto y sucesivamente salvarlo en formato XML. Sigue el acto de introducción de la firma digital, previa selección del correcto certificado de firma válido. Deberá introducir el código secreto de la *smart card* con el fin de verificar que el usuario que está efectuando la operación de firma es efectivamente el titular de la tarjeta. La misma operación la debe referir a los documentos que desee introducir. Debe después crear el mensaje de correo electrónico que recoja todos los documentos de envío, actos principales y alegaciones, y seleccionar el certificado de la oficina judicial de destino.

5.7 La actividad procesal en el flujo informatizado

Después, el acto del abogado puede ser depositado ante la oficina judicial mediante transmisión telemática seguida de la correspondiente firma digital.

Pasa a través del punto de acceso, para verificar la identidad y credenciales del abogado, y del gestor central. En el gestor local, el acto

puede ser aceptado; en tal caso, del sistema saldrá una comunicación de recepción a la casilla de correo electrónico certificado del abogado.

El acto será introducido en el *repository* documental de la Oficina Judicial, previa la validación de parte de la Secretaría. El abogado puede obtener una copia formal en papel o firmada digitalmente, o copias electrónicas no oficiales de determinados documentos de un procedimiento.

Los servicios informáticos de la Secretaría permiten:

Registro de actos e introducción en el expediente informático.

Gestión de la información relativa a la vida del expediente y función de registro a través del SICID.

Introducción de los actos en el *Repository* documental que garantiza: la adquisición de documentos contenidos en la bandeja de entrada del Gestor Central; la adquisición de la documentación enviada de la Secretaría Judicial al exterior y la consulta de documentos.

Como se puede apreciar, el PCT no prevé la gestión de la audiencia a distancia (por ej. Por videoconferencia). No tiene la pretensión de resolver los complejos problemas del proceso civil italiano, si bien, se mueve en la misma dirección que otros países de nuestro entorno jurídico europeo respecto del ámbito procesal civil, que persiguen la introducción de elementos de eficiencia, sin disminuir las garantías necesarias del proceso, con la finalidad de convertirse en un instrumento útil y fiable.

6. LA OFICINA JUDICIAL TELEMÁTICA

El funcionamiento del PCT presupone una organización de la Oficina Judicial. En este contexto, la informatización de la Oficina Judicial, requiere, para la completa actuación del PCT, que todos los jueces, magistrados y personal de la Secretaría Judicial funcionen como elementos de un único engranaje, bajo la dirección del Presidente del Tribunal, al cual por tanto se le debe otorgar capacidad directiva.

Con ello se persigue poner fin a los retrasos de la Administración de Justicia y reducir costes. En efecto, el retraso de la Justicia depende

sobre todo de la insuficiencia de recursos y de la mala utilización de los existentes. Si la Oficina Judicial se organiza y las normas son transparentes, las decisiones judiciales son un resultado predecible y la eficiencia es más elevada. Un claro ejemplo de ello es el PCT, porque la utilización de los instrumentos informáticos hace más predecible la decisión e incide directamente sobre la racionalización del proceso y ofrece mayores garantías a las partes y reduce los costes y los tiempos de la Justicia civil¹⁵.

En el mismo sentido, es necesario replantearse los poderes del Juez, de manera que la Jurisdicción no sea vista tanto como un poder sino como un servicio a los ciudadanos. En este contexto, se debe superar una ideología “magistrado-céntrica” para dejar paso a una realidad que sea asumida por el art.111 de la Constitución italiana, esto es un proceso con una duración razonable. Se impone una dirección del proceso por el Juez en cada Juzgado o Tribunal de Justicia, al tiempo que se desarrolla paralelamente el necesario complemento de la *court management*, esto es, la dimensión colectiva de la realización de la tarea judicial por parte de la Oficina Judicial, en relación a los términos que se refieren a la gestión de recursos, en los términos anteriormente referidos.

Con esta finalidad y en este contexto, resulta clara la ventaja que supone la visualización de la causa por parte del juez, en cualquier momento, y asimismo, acceder a todos los señalamientos y audiencias semanales o mensuales, con la posibilidad de obtener información inherente a las diversas causas (tipología, estado de la causa, duración,..). Y a tal fin, gracias al auxilio de los instrumentos informáticos, se tratará de introducir la “consolle informatica” del juez, como instrumento vital en su labor cotidiana, y que permite pasar de la tradicional labor de dirección de cada causa singular a una gestión integral de la causa en la que se combina y organiza las diversas actividades conectadas al procedimiento singular. Todo ello no se puede supeditar a un cambio de mentalidad y de voluntad de cada operador en cada juzgado particular¹⁶.

No obstante, se parte de la necesaria coordinación de todos los agentes implicados en el proceso y, consiguientemente, se propone una reflexión serena sobre la posibilidad de realizar una reforma de la dirección de la Oficina judicial, para construirla desde una dimensión colectiva, dentro de la cual la función de dirección se distribuya entre diversos sujetos (el juez, el secretario judicial, el presidente de la sección...)¹⁷.

7. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE IMPLANTACIÓN DEL PCT

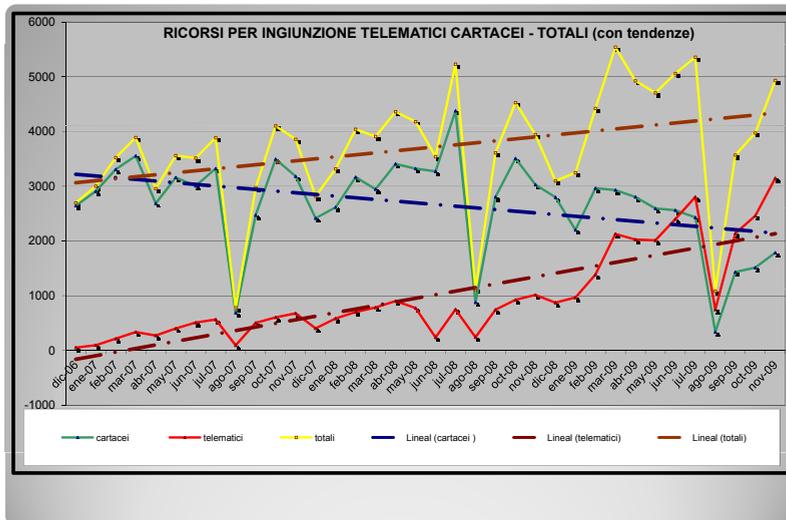
Finalmente, quisiéramos concluir con la referencia a los resultados logrados en el año 2009 en relación a la eficiencia del PCT a partir del trabajo del Juez de Milán Enrico Consolandi.

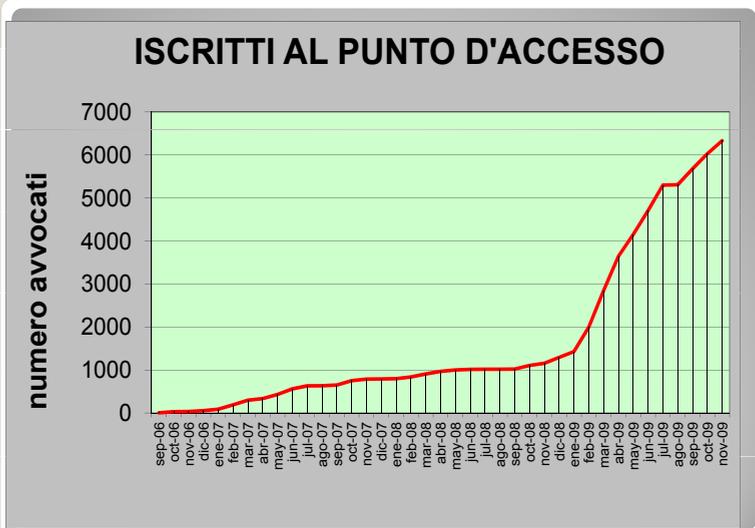
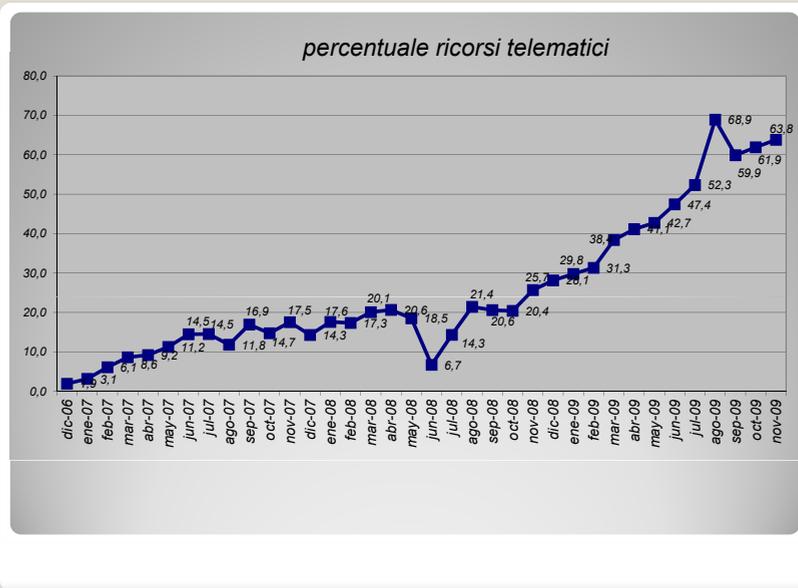
Salta a la vista, como se puede apreciar en los gráficos siguientes, la eficacia del nuevo sistema telemático en relación a la reducción de los tiempos y costes para la Administración de Justicia en aquellos asuntos tramitados por medio del nuevo proceso civil telemático, respecto de los tramitados por el sistema procesal civil tradicional. Todo ello avala el proyecto del PCT por lo que entendemos que debe considerarse como un modelo a seguir en otros Estados como el nuestro que apuestan por la Modernización de la Administración de Justicia como paso previo y necesario para el adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional.

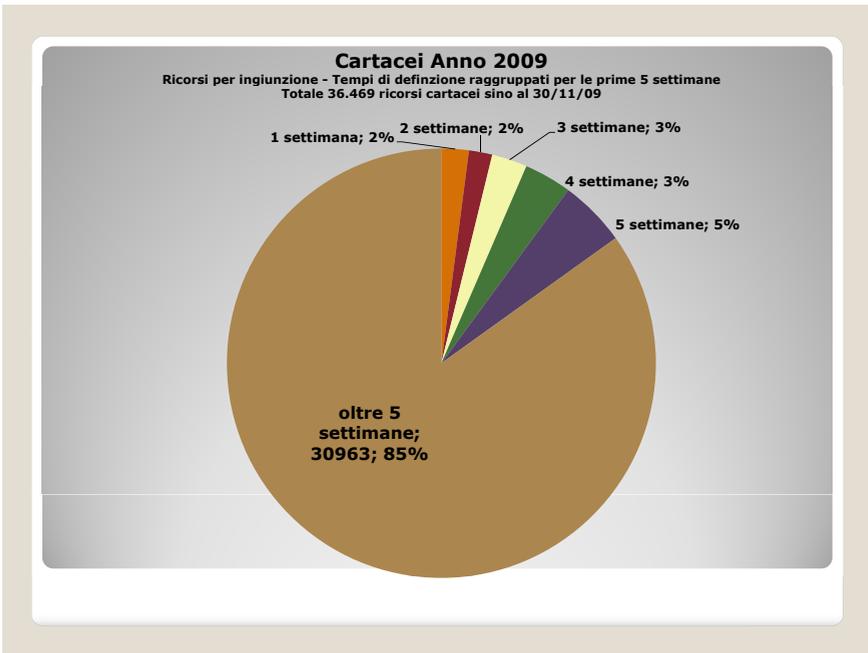
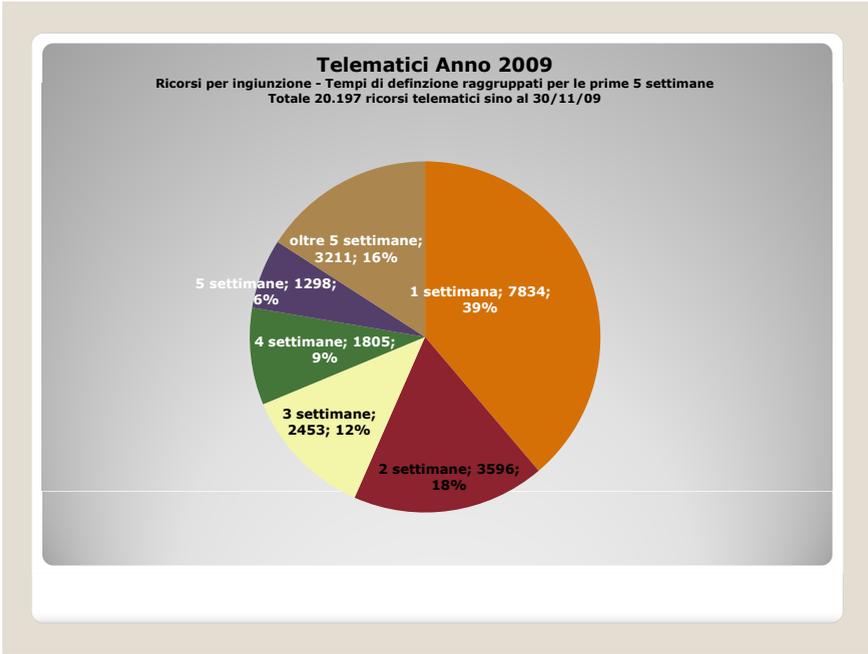
Así, en esta misma línea, en España se están poniendo en marcha experiencias piloto de expediente digital en Cataluña, País Vasco y en la Audiencia Nacional, cuyo objetivo es eliminar el papel de los trámites ante la Administración de Justicia. Este proceso está relacionado de modo directo, como afirma ANTONIO DORADO PICÓN, Vocal del Consejo General del Poder Judicial, con la implantación de la nueva Oficina Judicial, ya que la misma debe dotarse de sistemas informáticos y técnicos adecuados que permitan la itineración de los expedientes. En palabras de este mismo autor, *“la Administración de Justicia con papel cero será una administración mejor que redundará en beneficio de los ciudadanos y de los propios profesionales relacionados con ella. El actual modelo del expediente en papel no va en consonancia con una administración ágil y eficaz que pretendemos. Pero para llegar a la Justicia sin papel (o con el mínimo papel) tenemos que empezar a pensar en una Justicia en red, en un expediente judicial electrónico que permita interoperar a todos los intervinientes mediante el uso de la firma electrónica garantizando la interconexión telemática de la administración de Justicia con otras administraciones, abogados, procuradores...”*. Suscribimos totalmente estas palabras, pronunciadas en una conferencia impartida en el Colegio de Abogados de Ourense, y confiamos en que los resultados que presentamos en relación a la implantación del PCT en Italia, nos permitan avanzar en esta dirección.

Decreti telematici Milano

Quantità - tempi - valori
nel periodo 01/01/2009-30/11/2009







**Costo della maggiore durata sull'importo di
€ 1.860.628.386, costituente il totale del
valore dei ricorsi telematici presentati tra
1/01/09 e 30/11/09**
Tempi mediani

| Tasso | Giorni telematico | Costo procedura telematico | Giorni cartaceo | Costo procedura cartaceo | Risparmio |
|-------|-------------------|----------------------------|-----------------|--------------------------|------------|
| 2 | 12 | 1.223.427 | 117 | 11.928.412 | 10.704.985 |
| 3 | 12 | 1.835.140 | 117 | 17.892.618 | 16.057.478 |
| 7 | 12 | 4.281.994 | 117 | 41.749.442 | 37.467.448 |

**Costo della maggiore durata sull'importo di
€ 1.860.628.386, costituente il totale del
valore dei ricorsi telematici presentati tra
1/01/09 e 30/11/09**
Tempi medi

| Tasso | Giorni telematico | Costo procedura telematico | Giorni cartaceo | Costo procedura cartaceo | Risparmio |
|-------|-------------------|----------------------------|-----------------|--------------------------|------------|
| 2 | 20 | 2.039.045 | 104 | 10.603.033 | 8.563.988 |
| 3 | 20 | 3.058.567 | 104 | 15.904.549 | 12.845.982 |
| 7 | 20 | 7.136.657 | 104 | 37.110.615 | 29.973.959 |

BIBLIOGRAFÍA

- ELMI, G. T., *Corso de Informática Giuridica*, Napoli, 2.010.
- FALLETI, E., *E- Justice, Esperienza di diritto comparato*, Milano, 2.008.
- FROSINI, V., *Informática,diritto e societá*, Milano, 1.992.
- INTRAVAIA, D., *Introduzione al proceso civile telemático*, Firenze, 2.010.
- PALAZZOLO, N., *Il Giurista Informatico*, Catania, 2.008.
- PASCUZZI, G. (coordina), *Diritto e Informatica*, Milano, 2.002.
- PASCUZZI, G., *Cyberdiritto, Guida alle banche dati italiane e straniere, alla rete Internet e all'apprendimento assistito da calcolatore*, Bologna, 1.999.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Saggi di Informatica Giuridica*, Milano, 1.998.
- VV.AA., *Diritto e società dell'informazione, Riflessioni su informatica giuridica e diritto dell'informatica*, Milano, 2.005.
- VV.AA., *Tecnologia,organizzazione e Giustizia. La evoluzione del Processo Civile telemático*, Bologna, 2.004.
- VV.AA., *Il processo telemático, "Informatica e diritto", Revista internazionale dell' Istituto di Teoria e Tecniche dell' Informazione Giuridica del CNR*, Firenze, 2.007.

NOTAS

1 ZAN, S., VV.AA., *Tecnologia, organizzazioni e Giustizia. La evoluzione del Processo Civile Telematico*, Bologna, 2004, págs. 11 y ss.

2 XILO, G., *La esperienza dei laboratori sperimentali del Processo Civile*, Tecnologia, Organizzazione e Giustizia, op. cit., págs.. 120-121.

3 CAPONI, R., *Prefazione, Dal Processo telemático alla giurisdizione informatica, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto", Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR*, vol. XVI, 2007, pág. 9.

4 MAIOLI, C., *Il sistema informatico civile nel Processo Civile Telematico, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto", Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, op. cit.*, pág. 25.

Este mismo autor (op. cit, págs. 51 y 52) se hace eco de la propuesta presentada por el Gobierno el 23 de mayo de 2007 al Parlamento, después de la aprobación por el Consejo de Ministros del "Diseño de ley en materia de oficina judicial y para la reorganización del personal dela Administración de Justicia", que preveía en su art.6, que el PCT sería obligatorio en todos las Oficinas Judiciales antes del 30 de junio de 2010, para todo tipo de procesos contenciosos. El mismo artículo, apartado 2, preveía que tales términos podrían ser anticipados, previa audiencia del Consejo del Orden de los Abogados, por Decreto del Ministro de Justicia, en aquellas Oficinas Judiciales en que las condiciones técnicas lo permitiesen.

No obstante, tal propuesta no es una realidad tangible en el Proceso Civil en Italia, pero sí pone de manifiesto la voluntad política de la introducción de las nuevas tecnologías en el sistema judicial nacional italiano.

En el mismo sentido v. , GATTAMELATA (*Il documento informatico nel processo telemático, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto", Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, op. cit.*, págs. 54 y 55) que explica que tal norma prevé una nueva organización de la Oficina Judicial, dotando de mayor importancia a los recursos técnicos, garantizando mayor eficacia, rapidez y calidad del servicio a la ciudadanía, acelerando el proceso y simplificando la tramitación administrativa, con el auxilio del registro telemático de las medidas adoptadas y procediendo a las notificaciones por correo electrónico certificado, con la posibilidad también de proceder a la venta de bienes pignorados por internet y el pago telemático de los impuestos y gastos.

5 V. VV. AA., *Tecnologia, organizzazioni e Giustizia*, op. cit., págs. 17 y ss.

6 MAIOLI, C., *Il sistema informatico civile nel Processo Civile Telematico, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto", Rivista Internazionale*

dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, *op. cit.*, pág. 30.

7 INTRAVAIA, D., *Introduzione al processo civile telemático, aggiornamento ad aprile 2010*, Firenze, 2010. (*La dispensa riprende parzialmente i contenuti de un testo publicado nel volumen Elementi di informatica giuridica*, Torino, 2006).

8 De todos modos, como pone de manifiesto IASELLI, G.A.C., *Il fascicolo informatico del processo telemático*, Informatica e diritto, Rivista internazionale, vol. XVI, 2007, págs. 165 y ss., el art. 12 del D.P.R. número 123/2001 no elimina la obligación de formar el expediente en papel, con el fin de hacer menos traumática la transición al proceso civil telemático.

9 Sobre este tema volveremos más adelante para examinar las principales aportaciones de esta norma al Proceso Civil Telemático.

10 TADDEU ELMI, G, *Il Processo telemático, "Informatica e Diritto"*, Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, *op. cit.*, pág. 11.

11 Sobre el tema del documento informático en el Proceso Civil Italiano v. GATTAMELATA (*Il documento informatico nel processo telemático, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto"*, Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, *op. cit.*, págs. 53 y ss.).

12 MAIOLI, C., *Il sistema informatico civile nel Processo Civile Telemático, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto"*, Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, *op. cit.*, págs. 26 y ss.

13 Existen distintos tipos de software para la gestión de los registros, sobre este tema v. ., *Il sistema informatico civile nel Processo Civile Telemático, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto"*, Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, *op. cit.*, págs. 37 y ss.

14 MAIOLI, C., *Il sistema informatico civile nel Processo Civile Telemático, Il Processo telemático, "Informatica e Diritto"*, Rivista Internazionale dell'Istituto de Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica del CNR, *op. cit.*, pág. 30.

15 CONSTANTINO, G., *Note sulla struttura della decisione nei processi a cognizione piena: un modelo per la consolle del giudice*, Tecnologia..., op. cit., págs.. 214-215.

16 VIAZZI, C., *L'inefficiennza della Giustizia civile e lórganizzazioni del lavoro giudiziario: un remedio decisivo*, Tecnologia... op. cit., págs. 285 y ss.

17 VIAZZI, C., *L'inefficiennza della Giustizia civile e lórganizzazioni del lavoro giudiziario: un remedio decisivo*, Tecnologia... op. cit., págs. 314-315.

BASES CONSTITUCIONALES PARA UN NUEVO ENFOQUE DE LAS POLÍTICAS SOBRE EL AGUA.

Carlos-M^a Rodríguez Sánchez.

Cuerpo Técnico Superior de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

UNA LEYENDA ETÍOPE.

En el Primer Libro de los Reyes se nos relata la historia de la visita de la reina de Saba a Jerusalén, atraída por la fama de sabiduría de la que gozaba el rey Salomón. El texto bíblico nos cuenta que la reina se presentó con gran séquito de camellos cargados de especies aromáticas, abundancia de oro y piedras preciosas, dispuesta a probar al monarca con preguntas difíciles. Salomón respondió a todas sus preguntas y la satisfacción fue de tal grado que “...ninguna cosa hubo tan difícil que el rey no le pudiese responder”. Tras su diálogo, la visitante no pudo sino rendirse a la evidencia reconociendo asombrada al hijo del rey David que “...en sabiduría y bienes tú superas la fama que yo había oído...”. Entonces, dejando a Salomón una gran cantidad de los regalos que traía y, aceptados a su vez los presentes del sabio israelita, la reina “...se volvió y regresó a su tierra con sus servidores”¹.

Por su parte, el “Kebra Nagast”, libro del siglo XIV donde se recogen los mitos etíopes en la antigua lengua vernácula², va más allá y asegura que la relación entre ambos mandatarios no se limitó a meras conversaciones. Salomón, que aparte de su sabiduría general era también poseedor de una inmensa “sabiduría parda”, atraído por la sugerente belleza de la etíope, le propuso dormir juntos para tener descendencia. La reina, cuya atracción por el monarca se limitaba a lo puramente intelectual, descartó de plano esta oferta pero aceptó, al menos, dormir con el rey en la misma alcoba si éste juraba no intentar tomarla. Salomón, por su parte, consintió a cambio de otro juramento: que la de Saba prometiese, a su vez, no llevarse consigo nada de valor de su palacio. Así lo aseguró ella y juntos presidieron un gran banquete de despedida.

Para este banquete Salomón eligió un menú compuesto de guisos abundantes en sal y especias. Y ya en la habitación, el rey hizo colocar entre el lecho de la soberana y el suyo una jarra de agua. Durante la noche, aquejada de sed, la reina bebió con fruición del agua y Salomón,

al acecho, tomándola de la mano, le advirtió sobre el quebranto de su juramento. Asombrada la de Saba le preguntó en qué sentido beber agua podía considerarse ruptura de su palabra, a lo que inmediatamente contestó el rey con otra pregunta: “¿Acaso hay algo más valioso bajo el sol que el agua?”.

La leyenda sigue contando que la reina no tuvo otro remedio que yacer con Salomón y que, nueve meses y cinco días después, ya en su patria, la reina de Saba dio a luz un hijo varón al que llamó Menelik, del que los posteriores reyes etíopes se consideraron sucesores hasta 1974, cuando el último emperador, Haile Selassie, fue derrocado por un golpe de militares comunistas.

Puede apreciarse, por tanto, en esta leyenda etíope el inmenso valor que, desde los más remotos tiempos, se ha concedido al agua, aprecio respaldado además por la sabiduría de reyes legendarios. No puede extrañarnos, por tanto, que en nuestros días este mismo elemento natural siga siendo fuente de conflictos. Recuérdese, por otro lado, que el término “rivalidad” deriva de la conjunción de los términos latinos “ripa” y “litis” que, desempolvando nuestros ya oxidados conocimientos de la lengua de Cicerón, podríamos traducir libremente como “la lucha por la ribera”.

UN PUNTO DE INICIO CONVENCIONAL: LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

El presente trabajo, partiendo de un breve repaso de la “rivalidad” que sobre el agua se ha manifestado en la legislación española, pretende poner de manifiesto los nuevos cauces apuntados por la doctrina para su superación. Me remonto para ello a la Constitución española de 1978 (en lo sucesivo, CE) y comento brevemente las contradicciones en que, a mi juicio, incurre la jurisprudencia constitucional en la que se ha venido perfilado el régimen de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El hecho de empezar por nuestro Texto Magno no implica, sin embargo, insinuar que los conflictos sobre el agua comiencen en 1978³. Pero considero indudable que con la vigente Constitución se producen dos circunstancias que contribuyen a agravarlos. En primer lugar, el re-

conocimiento de un Estado descentralizado supondrá la aparición de nuevos entes territoriales – las Comunidades Autónomas – con atribuciones propias sobre la materia. Pero, en segundo término, estos entes no gozan precisamente del entorno jurídico más diáfano a la hora de ejercer sus respectivos ámbitos competenciales, por las confusas reglas que al respecto se contienen en los artículos 148 y 149 CE.

Con estos débiles mimbres se aprobó la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, con la que se deroga la hasta entonces vigente Ley de 13 de junio de 1879. La nueva Ley procedió en su artículo 2 a la demanialización de nuestro dominio público hidráulico, atribuyéndose al Estado su titularidad pero reconociendo al mismo tiempo, en sus Disposiciones Transitorias, un confuso y timorato régimen de conservación de derechos adquiridos sobre los denominados “aprovechamientos privados”, que está llamado a regir, como mínimo, más allá del primer tercio del presente siglo, si el legislador futuro no lo remedia.

Este régimen transitorio, al que destacados autores imputan una buena parte de los conflictos hoy existentes en materia de aguas subterráneas⁴, pudo tener su sentido en 1985, pero cada vez resulta menos justificado en un momento como el presente, en el que es el enfoque medioambiental de la gestión del agua el que se está imponiendo, particularmente desde la incorporación a nuestro ordenamiento patrio de la denominada Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas

En palabras de DELGADO PIQUERAS⁵, si bien “*La Ley de Aguas de 1985 supuso una profunda reforma que abrió grandes esperanzas...veinte años después, pocas expectativas se han cumplido...*”. Pues bien, siendo este sentimiento unánime en la doctrina más autorizada, parece claro que no bastan ya meros retoques a la citada norma sino que deberá promulgarse una nueva Ley en la que – si se me permite la expresión por lo que tiene de superadora de los postulados de la física clásica –, se acabe consumando el necesario “salto cuántico”, en relación con las instituciones del agua⁶.

Después de la publicación de las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional de 16 y 17 de marzo de 2011 (en las que se declara la inconstitucionalidad, respectivamente, del artículo 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía y del artículo 75.1 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León), lo que antes era para mí una simple convicción personal se convierte ahora

en una verdad incontestable: la aprobación de una nueva ley estatal de aguas es la única vía sensata para reconducir las, por otra parte, legítimas aspiraciones que tienen las Comunidades Autónomas de ampliar sus facultades de gestión en las políticas hidráulicas. Y con la misma evidencia puede afirmarse que han quedado radicalmente desacreditados los intentos de algunas Comunidades Autónomas de tomar imposibles atajos para modificar el régimen constitucional de distribución de competencias entre ellas y el Estado.

Estos denominados “Estatutos de Autonomía de tercera generación”, que intentaron ser la solución para las dificultades de encaje constitucional manifestadas por algunas Comunidades Autónomas históricas, lejos de resolver tal problema, se han mostrado como elemento catalizador de unos descontentos todavía más generalizados, ante el efecto de emulación protagonizado por otros entes autonómicos que nunca habían manifestado similares pretensiones pero que, como es lógico, tampoco iban a quedarse atrás en unos procesos de modificación estatutaria que, aparentemente, implicaban para ellos una profundización de su nivel de autogobierno.

En materia de aguas, las citadas SSTC de 16 y 17 de marzo de 2011, ponen un punto de cordura a esa aparente “subasta de cuencas” con la que cada Comunidad Autónoma pretendía convertirse en colegisladora junto al Estado sobre cursos fluviales concretos, intentando presentar los Estatutos de Autonomía como normas subordinadas exclusivamente a la Constitución con aptitud, por ello, de modificar la legislación sustantiva de aguas estatal.

Afortunadamente, las anteriores sentencias han puesto coto a este intento al advertir que, por mucho que los Estatutos de Autonomía puedan hacer precisiones sobre el alcance de las competencias estatales reconocidas en el artículo 149.1 CE, las normas estatutarias tienen dos límites: que, desde el punto de vista positivo, esta “precisión” se haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas correlacionadas con las estatales; y, desde el punto de vista negativo, que no se impida el despliegue completo de las funciones propias de la competencia estatal, derivada de aquel artículo.

Con todo, la lógica y sensatez de este argumento, no impide, a mi juicio plantear un enjuiciamiento crítico sobre la doctrina que el Tribunal Constitucional ha emanado en materia de aguas y que tiene su fundamento en la STC 227/1998, de 29 de noviembre. El presente trabajo tiene precisamente por objeto señalar las contradicciones e incon-

sistencias en que incurrían, a mi modo de ver, tanto ésta como sucesivas sentencias, para intentar encontrar unas nuevas bases constitucionales que permitan a las Comunidades Autónomas un mayor protagonismo en las políticas sobre el agua. Todo ello, en el bien entendido de considerar como única vía constitucionalmente posible la modificación de la vigente legislación estatal sobre aguas.

LÍMITES IMPUESTOS A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. CONTRADICCIONES ARGUMENTALES.

A) EL PRINCIPIO DE “GESTIÓN POR CUENCAS”.

Como es sabido, el artículo 149.1.22ª CE, atribuye al Estado competencia exclusiva sobre *“La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma...”* lo que, “sensu contrario”, permitiría a las Comunidades Autónomas asumir competencias de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos sobre las aguas que no discurrieran más allá de sus respectivos ámbitos territoriales.

El “quid” de la cuestión era interpretar correctamente la expresión “aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma”, por oposición a las que se mantenían en los límites de éstas. Y aquí la Ley de Aguas de 1985 suscitó la polémica al identificar la expresión anterior con las “cuencas hidrográficas”, de modo que empezó a fraguarse la distinción entre “cuencas intercomunitarias”, que al extenderse por el territorio de varias Comunidades Autónomas debían ser gestionadas por el Estado, y las “cuencas intracomunitarias”, de competencia autonómica.

Así la Ley vino a consumir una interpretación del artículo 149.1.22 CE que, desde luego, no era la única imaginable. De hecho algunas Comunidades Autónomas hicieron ver que cabían otras posibilidades ya que, de admitirse tal identificación, y entendiendo por “cuenca” en el entonces artículo 14 de la Ley de 1985 *“...el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en*

un cauce principal único...”, resulta que las posibles competencias autonómicas sobre unas eventuales “cuencas intracomunitarias” serían prácticamente testimoniales, porque la mayor parte de las cuencas de España resultarían ser “intercomunitarias” con tal definición.

Por esta razón Comunidades Autónomas como el País Vasco, en sus recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Aguas, propusieron otras soluciones menos drásticas, sugiriendo, por ejemplo, como “aguas de la Comunidad” las de aquellos cursos fluviales que discurriesen íntegramente por su territorio (aunque se integraran luego en una cuenca intercomunitaria) o, incluso, señalando que cada Comunidad Autónoma podría tener competencias sobre todo curso fluvial que muriese en ellas y desde que el mismo entrase en su territorio pues, en tal caso, la utilización que se hiciera del caudal, afectaría sólo a los intereses de esa Comunidad Autónoma.

Hay que advertir, además, que la estructuración de un reparto competencial sobre el concepto de “cuenca”, tal y como habían sido éstas definidas en la Ley 29/1985, dejaba en el aire las atribuciones sobre las aguas subterráneas, a las que resultaba extraño el concepto de “fluencia hacia el mar”; o, incluso, sobre las denominadas “cuencas endorreicas” que – sean “intra” o “inter” comunitarias – reciben este nombre por no desembocar en mar alguno⁷.

Pero, sin embargo, el Tribunal Constitucional aceptó el sistema propuesto por la ley estatal. En su STC 227/1988, de 29 de noviembre, recordó a las Comunidades Autónomas que éstas no podían pretender la inconstitucionalidad de dicha norma porque el modelo asumido por ésta no fuese el único posible respecto de los preceptos constitucionales, ya que la relación entre la Constitución y la Ley no puede equipararse a la que se da entre Ley y Reglamento. Utilizando los términos de la sentencia “...la función de legislar no puede entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria...” (F.J. 7º).

En este caso, el legislador da por buena la interpretación legal a la vista de que “...La expresión “aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma” es un concepto constitucional cuyo significado debe desentrañarse atendiendo a criterios lógicos, técnicos y de experiencia. Desde el punto de vista de la lógica de la gestión administrativa no parece lo más razona-

ble compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes en atención a los confines geográficos de cada Comunidad Autónoma, pues es evidente que los usos y aprovechamientos que se realicen en el territorio de una de ellas condicionan las posibilidades de utilización de los caudales de los mismos cauces, principales y accesorios, cuando atraviesan el de otras Comunidades Autónomas...".

Y para cerrar todas las posibilidades alternativas de gestión planteadas por el País Vasco, advierte asimismo que "...Este condicionamiento, por lo demás, no sólo se produce aguas arriba en perjuicio de los territorios por los que una corriente desemboca en el mar, sino también aguas abajo, en posible perjuicio de los territorios por donde nace o por donde transcurre, ya que la concesión de caudales implica en todo caso el respeto a los derechos preexistentes, de manera que los aprovechamientos concedidos en el tramo inferior o final de un curso pueden impedir o menoscabar las facultades de utilización de las aguas en tramos superiores..." (F.J. 15º).

De este modo, el Tribunal Constitucional incurre en una contradicción evidente pues, a pesar de que acaba negando que las posibilidades alternativas de gestión planteadas por las Comunidades Autónomas pudieran ser más razonables que las que se deducían del concepto de "cuenca hidrográfica", con anterioridad en el F.J. 13º, había reconocido que "...del conjunto de las normas del bloque de la constitucionalidad aplicables en materia de aguas puede extraerse más de una interpretación, sin forzar los conceptos empleados por tales normas y dentro siempre de los límites constitucionales...".

A la vista de la coexistencia de las argumentaciones anteriores causa perplejidad que para el Tribunal Constitucional puedan estar dentro de la Constitución interpretaciones que luego él mismo descarta por no razonables o ilógicas. Tampoco en realidad sabremos nunca cuál de ellas podrían considerarse tales pues "disparando con pólvora del Rey", después de esta afirmación, el Alto Tribunal se esconde bajo un parapeto inexpugnable por su condición de legislador negativo advirtiendo que "...la misión de este Tribunal no consiste en señalar en abstracto cuál de entre las constitucionalmente posibles resulta la más oportuna, adecuada o conveniente...". Pero, como es lógico, este doble lenguaje será una puerta entornada por la que, en el futuro, las Comunidades Autónomas tratarán de hacer aflorar sus legítimas aspiraciones de conseguir una mayor corresponsabilidad en la gestión del agua.

Pues bien, a partir de este resquicio, Estatutos de Autonomía como el de Andalucía, en la modificación operada por la Ley Orgánica

2/2007, de 19 de marzo, incluyó un artículo 51 cuyo tenor literal es el siguiente:

“La Comunidad Autónoma de Andalucía ostenta competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio y no afectan a otra Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la planificación general del ciclo hidrológico, de las normas básicas sobre protección del medio ambiente, de las obras públicas hidráulicas de interés general y de lo previsto en el artículo 149.1.22ª de la Constitución”.

En parecido sentido, el artículo 75.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, tal como fue redactado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, disponía:

“Dada la relevancia que la Cuenca del Duero tiene como elemento configurador del territorio de Castilla y León, la Comunidad Autónoma asumirá competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas de la cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla-León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma”.

Obsérvese que, de las redacciones anteriores, la expresión “cuenca hidrográfica” no pasa de ser un simple concepto retórico porque, lo que en realidad implican los citados preceptos, es la superación del principio de gestión por cuencas para intentar engarzar directamente con la expresión del artículo 149.1.22ª CE (“aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma”), pasando por encima de la legislación sustantiva de aguas estatal. Y todo ello con el argumento de que es perfectamente legítimo que el Estatuto, como norma subordinada exclusivamente a la Constitución, pueda enmendar la plana a dicho legislador estatal siempre que se mantenga en los límites del citado art. 149.1.22ª CE – que no se considera vulnerado con dichas redacciones –. Y en el caso concreto de Castilla y León, con el peregrino argumento adicional de la Abogacía del Estado de que, en realidad, el art. 75.1 de dicho Estatuto, al emplear el verbo en futuro (“...*la Comunidad Autónoma asumirá competencias...*”) en realidad no estaba operando traspaso competencial alguno.

Con buen criterio, a mi juicio, el Tribunal Constitucional en sus SSTC de 16 y 17 de marzo de 2011 desmonta ambos argumentos, si bien hay que decir que el de la Abogacía del Estado le resulta tan inane que lo despacha rápidamente en los párrafos finales de la última de las sentencias.

Por el contrario, la mayor parte de la Fundamentación Jurídica de ambas sentencias se dedica a interpretar el alcance de la competencia estatal exclusiva derivada del art. 149.1.22ª CE y, en lo que ahora nos interesa, en argumentar la razón por la que el Alto Tribunal considera imposible que el Estatuto de Autonomía pueda ignorar la regulación del legislador sustantivo estatal.

Con argumentos que parecen de estricta lógica, en el FJ 4º de la Sentencia de 17 de marzo de 2011, reconoce el Tribunal que, en efecto, los Estatutos de Autonomía pueden realizar su función atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma y, con la consiguiente delimitación que ha de operar, incidir indirectamente en el alcance de las propias competencias estatales. Ahora bien, los magistrados hacen una importante precisión que me parece nuclear. Y es la de que: *“...el Estatuto de Autonomía, por ser norma de eficacia territorial limitada, si en ocasiones hubiere de realizar alguna precisión sobre el alcance de las materias de competencia estatal, lo haga para favorecer la mayor concreción de las competencias autonómicas que se correlacionan con ella y que, el hacerlo, no impida el despliegue completo de las funciones propias de competencia estatal regulada en el art. 149.1 CE...”*.

En efecto, puesto que la Ley de Aguas ha de tener un alcance estatal, si se permitiera una modificación estatutaria (que forzosamente, habrá de tener un alcance territorial no tan amplio), podría ocurrir que la adopción de modelos de gestión diferentes, al capricho de las Comunidades Autónomas, hicieran inviable un sistema común. Y lo que se predica del régimen de las “aguas” es también predicable, por ejemplo, de la inclusión de modelos de financiación diferenciados en los que, con más claridad puede evidenciarse que la suma de las partes puede ser superior al todo. Por eso insisto en que considero impecable el razonamiento que en este sentido desarrolla el Alto Tribunal.

Lo que ya me parece más discutible es que, de este argumento (del que sólo se puede inferir que es al legislador estatal a quien le incumbe definir el modelo único de gestión del agua), se deduzca asimismo que *“...aunque el criterio de cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del art. 149.1.22ª CE, sí ha de declararse que no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes”* (párrafo 1º del FJ. 6º de la Sentencia de 17 de marzo de 2011).

De manera errónea, a mi juicio, la sentencia confunde “fragmentar la gestión de las aguas intercomunitarias” con “no gestionar de forma

homogénea esos intereses supracomunitarios” (expresión que utiliza dos párrafos más delante de ese mismo FJ. 6º, citando, a su vez, el FJ. 15ª de la STC 227/1988).

En otras palabras: el hecho de que la futura ley estatal de aguas permita a cada Comunidad Autónoma asumir competencias de gestión de cursos fluviales concretos (es decir, que se permita “fragmentar la gestión”), no significa necesariamente que esa gestión no pueda llegar a ser homogénea en las cuencas intercomunitarias, siempre y cuando el Estado mantenga en su ámbito competencial las facultades de planificación y de supervisión general de dichas actividades de gestión, adoptando, en caso contrario, las medidas correctoras que el aseguramiento de esa gestión homogénea llevase aparejadas. Esta es, a mi juicio, una de las contradicciones de la jurisprudencia constitucional que debiera ser convenientemente salvada.

B) LA EXTENSIÓN DE LAS COMPETENCIAS ESTATALES POR SU TITULARIDAD DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO.

Aparte de la necesidad de “gestión por cuencas” a la que nos hemos referido en el epígrafe anterior, la Ley de Aguas de 1985 contenía otra disposición conflictiva que también exigió la atención de la STC 227/1998. Se trataba del artículo 2 de la Ley de Aguas, donde el Estado demanializaba el dominio público hidráulico, asumiendo la titularidad sobre el mismo. Pues bien, aun aceptando que el principio de competencias de gestión por cuencas fuese correcto en los términos planteados por la ley estatal, las Comunidades Autónomas no comprendían la razón de que tuviera que ser el Estado el titular del dominio público hidráulico.

Cuando a través de sus Estatutos de Autonomía muchas ya habían asumido competencias sobre las “aguas que discurrían íntegramente por su territorio” – en expresión del artículo 149.1.22ª CE – alegaban que, en estos casos, la potestad de declararlas demaniales les correspondía exclusivamente a ellas. Dicho de otro modo, aunque se pudiera aceptar la potestad del legislador estatal para declarar demaniales las aguas continentales, el Estado no podría nunca atribuirse la titularidad de las denominadas “aguas intracomunitarias⁸”, para las que dicho artículo 149.1.22ª CE y sus respectivos Estatutos de Autonomía otorgaban a las Comunidades Autónomas competencias propias. En estos casos, separar titularidad dominical y competencias sobre aprovechamiento parecía a los entes autonómicos totalmente artificioso por ser aquella instrumento de éstas.

El razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional en la misma sentencia 227/1988 para convencer a las Comunidades Autónomas de que esto era así, se fundamentó en una peculiar interpretación del artículo 132.2 CE, según el cual *“Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental”*.

En la expresión anteriormente subrayada parece que el Estado tuviera una absoluta potestad de “demanializar” y, en consecuencia, atribuirse por Ley aquellos bienes que considere necesarios. Si eso fuera así, las Comunidades Autónomas tendrían poco que hacer ante un artículo como el 2 de la Ley 29/1985 antes citado. El Tribunal Constitucional, sin embargo, matiza esta posibilidad. En primer lugar, advierte que este artículo no tiene por objeto distribución competencial alguna entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por lo tanto no puede interpretarse en el sentido de que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado (F.J. 14º).

Esta afirmación es, por otra parte, evidente: las diversas Administraciones Públicas, con arreglo a sus normas de patrimonio específicas, pueden afectar singularmente bienes y derechos a un uso general o a un servicio público. La consecuencia de esta afectación es, en palabras del artículo 65 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, *“... su consiguiente integración en el dominio público”*. De modo que si una Comunidad Autónoma o un Ente Local realizan esta afectación, el bien sobre el que recae no sólo se integra en el “dominio público”, sino que su titularidad corresponderá a la Comunidad Autónoma o al Ente Local que han materializado la afectación.

Para el Tribunal Constitucional, por tanto, la correcta lectura del artículo 132.2 CE es la de servir simplemente como pauta interpretativa del tipo de bienes cuya demanialización corresponde, en todo caso y en exclusiva, al Estado, mediante una Ley. Y por la enumeración del tipo de bienes a los que alude el precepto, aunque ésta no tenga carácter taxativo (de ahí la expresión: *“...los que determine la ley y, en todo caso...”*), se infiere, sin embargo, que se está aludiendo exclusivamente a categorías genéricas de bienes de los pertenecientes al “demanio natural”. La conclusión, por tanto, es que resultaba perfectamente acorde con la CE que en el artículo 2 de la Ley de Aguas,

el legislador estatal incorporase al dominio público del Estado aguas, cuencas y cauces, sin perjuicio, empero, de las competencias que los artículos 148 y 149 permiten ejercer sobre los mismos a las Comunidades Autónomas.

En flagrante contradicción consigo mismo, el Alto Tribunal afirma simultáneamente que “...no cabe servirse de esa misma concepción (es decir, la titularidad demanial de las aguas) para sostener, sin más, que al Estado corresponden una serie de potestades exclusivas sobre las aguas públicas en concepto de dueño de las mismas...” (primer párrafo del F.J. 15º STC 227/1988) y que “...Por lo demás, si el Estado ha asumido la titularidad de las aguas continentales públicas, es lógico que haya de corresponderle también la potestad de protección del demanio hídrico, con el fin de asegurar la integridad de aquella titularidad sobre todos los bienes que lo componen, en aplicación y desarrollo de los principios establecidos en el artículo 132.1 CE...” (final del párrafo 6º del F.J. 18º STC 227/1988).

Obviamente resulta un contrasentido lógico que se reconozca, por un lado, que la titularidad demanial de las aguas no permite al Estado atribuirse ninguna competencia, puesto que el artículo 132 CE no tiene por objeto distribución competencial alguna, y que inmediatamente – donde dije “digo”, digo “Diego” – esa misma titularidad demanial y tomando como fundamento el mismo artículo 132 CE, justifique la asignación al Estado de competencias exclusivas de protección del demanio – frente a las de “aprovechamiento del mismo” que sí podrían ser asumidas por las Comunidades Autónomas⁹.

Y como prueba de la relatividad conceptual de los anteriores postulados, pasaremos a demostrar en los siguientes epígrafes estas dos afirmaciones:

a. Que las Comunidades Autónomas, en determinadas condiciones, sí podían asumir competencias de protección del demanio hidráulico.

b. Que también el Estado acabó sirviéndose de su titularidad demanial sobre las aguas para asumir facultades al margen de los criterios de distribución competencial de los artículos 148 y 149 CE.

UNA LECTURA ALTERNATIVA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

A) LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PODÍAN ASUMIR COMPETENCIAS DE PROTECCIÓN DEL DEMANIO EN VIRTUD DE OTROS TÍTULOS COMPETENCIALES PROPIOS.

La STC 227/1988, aunque genéricamente admitía que sobre el agua cabría el ejercicio de otras competencias de las Comunidades Autónomas, no había perfilado debidamente cuáles fueran éstas, al plantearse desde la óptica unilateral de las posibles extralimitaciones en que una Ley estatal, como la de Aguas, podría haber incurrido respecto de las competencias autonómicas. Por eso, los F.J. 1º y siguientes de la citada sentencia son un simple repaso de títulos competenciales estatales del artículo 149 CE del que se derivaron tres pronunciamientos distintos:

a. Confirmación de la constitucionalidad de aquellos preceptos en los que el Estado se atenía estrictamente a títulos competenciales exclusivos como, por ejemplo, los que establecían los aspectos básicos de la planificación hidrológica (aplicables también a las cuencas intracomunitarias en virtud de la competencia estatal exclusiva del art. 149.1.13º CE, sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica); o la regulación de los aspectos mínimos aplicables a las concesiones administrativas sobre el dominio público hidráulico (amparados en la competencia estatal exclusiva sobre regulación de la legislación básica sobre las mismas prevista en el nº 18 del artículo 149.1 CE).

b. Confirmación condicionada de la constitucionalidad de determinados preceptos si se interpretaban en el sentido propuesto por el Tribunal Constitucional. Singular interés tiene en este caso la reversión de las obras construidas para la explotación de los aprovechamientos hidráulicos. A pesar de que el mismo Abogado del Estado argumentó y aceptó que la titularidad del demanio no prejuzgaba el reconocimiento de las competencias autonómicas, pretendía, sin embargo, justificar la constitucionalidad del artículo 51.4 de la entonces Ley 29/1985 – que extendía imperativamente la reversión de todas las obras hidráulicas a favor del Estado – precisamente en la condición de titular del mismo de dicho dominio público.

c. Declaración de inconstitucionalidad de preceptos de la Ley de Aguas en los que claramente se había producido una invasión de competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Fue este el caso de las competencias de “autoorganización” reconocidas en el artículo 148.1.1ª CE, frente a la regulación, prevista en el artículo 16 de la Ley 29/1985, de la figura de un delegado del Gobierno que había de integrarse en la Administración hidráulica de las CCAA para asegurar la comunicación entre éstas y el Estado.

Pero, al margen de algunas referencias aisladas, en la STC 227/1988 se echaban en falta alusiones más concretas desde la perspectiva del título competencial compartido entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre “medio ambiente”, que podrían haber supuesto una lectura sustancialmente distinta de las relaciones entre ambos entes y, en concreto, de una visión mucho más generosa de las potestades que reclamaban las Comunidades Autónomas. En efecto, no se entiende muy bien – salvo por la antigüedad temporal de la sentencia y la inexistencia en esos momentos de una “conciencia ecologista” suficientemente desarrollada – que siendo el agua un “recurso natural”, las competencias sobre la misma no hubiesen girado más en torno al artículo 45.2 CE, según el cual *“Los poderes públicos (y, por tanto, no sólo el Estado) velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”*.

Es claro, ciertamente, que tampoco el artículo 45 CE es un precepto atributivo de competencias, pero sí lo es el artículo 149.1.23ª CE, cuando atribuye en exclusiva al Estado la *“Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección...”*.

Recordemos que según había dicho el F.J. 18º STC 227/1998: *“...si el Estado ha asumido la titularidad de las aguas continentales públicas, es lógico que haya de corresponderle también la potestad de protección del demanio hídrico, con el fin de asegurar la integridad de aquella titularidad sobre todos los bienes que lo componen, en aplicación y desarrollo de los principios establecidos en el artículo 132.1 CE”*.

Pues bien, una consideración de esta naturaleza estaba detrás de las alegaciones que el Abogado del Estado utilizó para atacar la inconstitucionalidad de preceptos de la Ley 1/1992, de 7 de mayo, de pesca fluvial de Castilla-La Mancha o de la Ley Foral del Parlamento de

Navarra 2/1993, de 5 de marzo, de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y sus Hábitats. Estas normas contemplaban toda una serie de medidas orientadas a la protección de la fauna y la vegetación acuícolas amparadas en el título competencial autonómico exclusivo de “pesca fluvial” (art. 148.1.11ª CE), o en el compartido de protección del medio ambiente (art. 149.1.23º CE).

Obsérvese que si, en efecto, al Estado, como titular del dominio hidráulico, le corresponde dictar normas sobre su protección, difícil encaje podrían tener los preceptos de aquellas disposiciones que obligaban, por ejemplo, a obtener autorización de la Comunidad Autónoma para eliminar o modificar la vegetación de zonas de protección de los cursos fluviales o para realizar maniobras o actividades que supusieran alteración del medio ambiente en los citados lugares. El dilema planteado en las leyes antes citadas era el siguiente: si toda norma de protección del demanio hidráulico tuviera que corresponder a su titular (o sea, al Estado), ¿dónde quedarían las competencias medioambientales autonómicas para el establecimiento de “normas adicionales de protección”, cuando éstas se proyectaran sobre el agua?.

Pues bien, el propio Tribunal Constitucional hubo de precisar su anterior doctrina en las SSTC 15/1998, de 22 de enero ó 166/2000, de 15 de junio señalando que *“...la atribución de una competencia sobre un ámbito físico determinado no impide necesariamente que se ejerzan otras competencias en ese espacio, siempre que ambas tengan distinto objeto jurídico, y que el ejercicio de las competencias autonómicas no interfieran o perturben el ejercicio de las estatales, por lo que, frecuentemente resultará imprescindible el establecimiento de mecanismos de colaboración que permitan la necesaria coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas implicadas. En definitiva, la concurrencia no puede resolverse en términos de exclusión, sino que ha de acudirse a un expediente de acomodación e integración de los títulos competenciales – estatal y autonómico – que convergen sobre un mismo espacio y que, por ello mismo, están llamados a coexistir”* (F.J. 3º STC 15/1998, de 22 de enero, reproduciendo jurisprudencia anterior).

La anterior consideración tiene un calado mucho mayor del que parece pues si, en algún caso, los mecanismos de colaboración recogidos en la Ley estatal de aguas pudieran ser inadecuados para permitir la necesaria coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas, dicha ley podría acabar siendo cuestionada en su validez y eficacia con trascendencia constitucional. Es más, el hecho mismo de que estos conflictos se hayan suscitado podría ser una buena prueba de que dicha

Ley debiera ser cambiada para articular mejor las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en lo sucesivo.

Pero, además, en esta misma línea de compaginar las competencias sobre aguas del Estado y las de protección del medio ambiente de las CCAA, será interesante ver a qué pronunciamiento llega el Tribunal Constitucional ante lo que parece ser un conflicto competencial cuyo conocimiento se le avecina y en este caso protagonizado por el Tribunal Supremo. Me refiero a los límites de la posibilidad que tienen las Comunidades Autónomas de exigir evaluaciones de impacto ambiental respecto de los trasvases hídricos entre cuencas.

A mi juicio que esta atribución es coherente con el orden constitucional de competencias me parece que se desprende del propio tenor literal del artículo 4.1 del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, cuando dispone que: *“A efectos de lo establecido en esta Ley y, en su caso, en la legislación de las comunidades autónomas, el Ministerio de Medio Ambiente será órgano ambiental en relación con los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración General del Estado”*.

De tal precepto deduzco claramente que la legislación estatal admite la posibilidad de que las Comunidades Autónomas puedan imponer EIA para proyectos que, en principio no fueran susceptibles de aquélla según la legislación básica. Esto es lógico teniendo en cuenta la indiscutible competencia autonómica para aprobar “normas de protección adicional” sobre el Medio Ambiente. La única precisión es que, entonces, si el órgano sustantivo resulta ser el Estatal, nunca podrán las legislaciones autonómicas imponer que sea su propio órgano ambiental quien realice la EIA, sino que será siempre competente el Ministerio de Medio Ambiente.

Pues bien, sorprendentemente la STS de 17 de septiembre de 2010 ha llegado a afirmar que la Ley 4/2007, de Evaluación de Impacto Ambiental en Castilla-La Mancha no puede imponer EIA en el caso de trasvases de cuencas intercomunitarias, interpretando así que la norma regional sólo resulta de aplicación en los trasvases de cuencas intracomunitarias.

Se trata, a mi juicio, de una sentencia enormemente perturbadora. Y no sólo porque desconoce los criterios constitucionales de distribución competencial entre el Estado y las CCAA sobre medio ambiente sino también, como me resulta más obvio, porque el Tribunal Supremo se arroga atribuciones de legislador negativo que sólo pueden correspon-

der al Tribunal Constitucional, pues advierte de que una ley autonómica “no” puede ser interpretada en un sentido en el que, literalmente, sería posible aplicarla y al que, además, la “ratio legis” parece estar dirigida (ya que en Castilla-La Mancha puede afirmarse que no existen cuencas intracomunitarias). De este modo el Tribunal Supremo, invadiendo competencias del Tribunal Constitucional, pretende derogar en la práctica una norma con rango de Ley.

En último término, me gustaría recordar que esta ensimismada política de “gestión por cuencas” patrocinada por el Tribunal Constitucional y que contagia su celo defensor al Tribunal Supremo, podría haberse visto ya superada por la introducción de criterios medioambientales con la Directiva 2000/60/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Si bien es cierto, como afirma DELGADO PIQUERAS, que esta Directiva no tenía como objeto inmediato regular la gestión de los recursos hídricos¹⁰, me parece incuestionable que se acabará produciendo este efecto, ante la exigencia por la misma a los Estados de nuevas estructuras organizativas como las “demarcaciones hidrográficas” que han de suponer un nuevo y más integrado enfoque frente a la contaminación de las aguas, con importantes repercusiones en el terreno de la planificación hidrológica, como lo demuestra el recientemente publicado Real Decreto 29/2011, de 14 de enero, por el que se modifican el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero y el Real Decreto 650/1987.

B) EL ESTADO ACABÓ ASUMIENDO COMPETENCIAS POR SU EXCLUSIVA TITULARIDAD DEL “DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO”.

Aunque haya sido bendecida por el Tribunal Constitucional la existencia de un “dominio público hidráulico” la primera pregunta que deberíamos hacernos es si realmente el sistema de relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas imponía necesariamente este concepto.

De hecho, si pecáramos de puristas, podríamos cuestionar incluso que el agua “stricto sensu” sea un bien susceptible de apropiación y, por tanto, de titularidad dominical, tanto pública como privada. Ya lo intuía así el gran jefe Seattle, cuando en 1854 Franklin Pierce, el entonces Presidente de los Estados Unidos, le formuló la propuesta de comprar gran parte de sus tierras a cambio de garantizarles un cómoda vida en

las “reservas”. El asombro de aquel jefe sioux era comprensible al inicio de su carta de respuesta:

¿Cómo se puede comprar o vender el cielo o el calor de la tierra?.

Esta idea nos parece extraña.

Si no somos dueños de la frescura del aire ni del brillo del agua,

¿cómo es posible comprarlos?.

En efecto, de hacer caso a Heráclito, citado al parecer erróneamente por Platón en el “Cratilo”¹¹, “no se puede entrar dos veces en el mismo río”. Porque si definimos el río como una “corriente de agua”, aunque volviéramos a situarnos en el mismo punto del cauce veríamos discurrir por él un agua distinta. No podríamos ser, por tanto, “dueños del agua” sino, como mucho, “dueños del cauce por donde aquélla discurre”. Incluso algún autor italiano, para evitar la paradoja, señala que en lugar de “titularidad dominical del agua” habría que hablar de la “titularidad de los intereses que se mueven en su entorno”¹².

Llama, por tanto, la atención que en el artículo 132.2 CE se incluyan en la categoría del dominio público (en este caso sí inequívocamente estatal) algunos “bienes” como el “mar territorial”, en el que también podrían caber idénticos argumentos sobre sus dificultades posesorias. A mi juicio, sin embargo, este precepto se encuentra demasiado influido por la confusión entre “soberanía estatal” y “dominio público estatal”¹³.

La “soberanía estatal”, en efecto, se proyecta en la zona marítimo terrestre, el mar territorial, los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental de manera distinta a como lo hace, a efectos del derecho interno, el concepto de “dominio público”. Las potestades que se reconocen sobre aquéllos “bienes” a los Estados se encuentran regidas por el derecho internacional – en concreto, por el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, abierto a la firma en 1982, en Montego Bay – y su ejercicio, por tanto, delimitado por dicho Convenio, tiene por objeto deslindar las potestades soberanas que cada Estado ribereño tiene en relación con otros Estados.

Esta racionalización jurídica de la soberanía internacional, sin embargo, no debe identificarse con la “propiedad” de los objetos materiales sobre los que recae. En mi opinión, cuando el artículo 132.2 CE reconoce el carácter de “bienes de dominio público estatal” a la zona

marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental, no está queriendo decir, por tanto, que estos bienes tengan que proclamarse formalmente como demaniales del Estado por una ley estatal, sino que es la Ley del Estado español la que ha materializar en ellos las potestades internacionalmente reconocidas a nuestro país, por tratarse de objetos propios de su soberanía.

Pero, en segundo lugar, aunque admitiéramos que es precisa la categoría del “dominio público hidráulico” y que una Ley estatal es la única legitimada para proclamar esta categoría, no hay razón alguna para inferir de este hecho que su titularidad tenga que atribuirse al Estado (excepción hecha de aquellos que específicamente el artículo 132.2 CE “parece querer” que lo sean)¹⁴. Esta afirmación, en términos filosóficos, constituye lo que se denomina un “entimema”, es decir, un silogismo abreviado en el que por sobrentenderse una de las premisas sólo disponemos de un “antecedente” (“*sólo el Estado puede crear categorías genéricas de bienes demaniales*”) y una “consecuencia” (“*la atribución del demanio hidráulico corresponde al Estado*”).

El problema en este caso es que la premisa menor aquí soslayada (“*la ley estatal demanializadora sólo puede atribuir titularidades demaniales al Estado*”) resulta ser falsa. De hecho, en la misma categoría de este “demanio natural” se encuentran, por ejemplo, las vías pecuarias. Éstas, en el artículo 2 de la Ley estatal 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, se definen en su naturaleza jurídica como “*bienes de dominio público de las Comunidades Autónomas...*”, sin que este hecho tenga aparentemente repercusión alguna para que se cuestionen los principios de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que han de caracterizar a estos bienes públicos.

Creo en consecuencia que, si el Estado “inventa” y, además, se “atribuye” la titularidad del dominio público hidráulico, es sencillamente porque dicha titularidad le permite asumir competencias que, de otro modo, no tendría – o al menos no tendría con la misma amplitud – de circunscribirse a los títulos competenciales reconocidos en el artículo 149 CE.

De esta manera, por ejemplo, aunque el artículo 149.1.18^a CE otorgue al Estado competencias exclusivas para emanar legislación básica sobre concesiones administrativas, a aquél no le basta con esa mera atribución que se mantendría exclusivamente en el ámbito normativo. Desde el punto de vista de la gestión, necesita asimismo un título más

intenso para justificar que la tramitación y resolución de todas aquellas concesiones sobre aprovechamientos privados en las denominadas “cuencas intercomunitarias” también a él le incumben. Y para ello, es obvio que sin la existencia de un “dominio público hidráulico”, aunque el agua no sea un bien fácilmente aprehensible, no tendría sentido la propia figura jurídica de la concesión; por otra parte, de atribuir la titularidad de dicho dominio a las Comunidades Autónomas, tendrían que ser éstas las que tramitaran y resolvieran las correspondientes solicitudes en cada uno de sus territorios, lo que, aparentemente, podría estar en contradicción con el principio de “unidad de gestión”, que resulta ser el dogma fundamental de nuestra actual política de aguas.

PROPUESTAS PARA UN CAMBIO DE PERSPECTIVA.

A mi juicio, la realidad actual nos demuestra que es impensable desarrollar con una mínima coherencia unas políticas sobre el agua prescindiendo (o situando en segundo término) la connotación medioambiental de las mismas. Como se ha demostrado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de mayo de 2009, que condenó a España por la no designación de las autoridades competentes para determinadas demarcaciones hidrográficas impuestas por la Directiva 2000/60/CE, a las instituciones europeas les traen sin cuidado los problemas que el Estado español pueda tener, a consecuencia de su descentralización política, para no cumplir las previsiones de aquélla. El principio de “primacía” de que goza el derecho comunitario significa que éste se impondrá en todo caso, sin que puedan impedirlo nuestros problemas internos de articulación competencial.

En este sentido, quizá deberíamos darnos cuenta de que la Directiva 2000/60/CE ha configurado un marco normativo europeo de nuestro derecho de aguas sin necesidad de pronunciarse sobre la titularidad pública o privada de éstas. Citando al profesor EMBID IRUJO “...para la Directiva...es indiferente la calificación que los derechos nacionales realicen acerca de la propiedad del agua pues todos ellos están sometidos a la misma obligación de conseguir un buen estado (de las mismas)...”¹⁵.

Tampoco “cuelan” más para el derecho comunitario los intentos de confusión de las autoridades españolas pretendiendo asimilar nuestras viejas “cuencas hidrográficas” con la nueva categoría de “demarca-

ciones”, impuestas por la Directiva. De modo que esa vieja dicotomía entre “cuencas intercomunitarias” e “intracomunitarias” en la que seguimos fundamentando, a nivel interno, la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o los intentos de diferenciar el régimen jurídico de las aguas superficiales, subterráneas, fluviales, de transición o costeras, no serán ya argumento válido ante la Unión Europea si en esta gestión, exclusiva o compartida, no se garantizan o aseguran los niveles de calidad que las aguas deben tener, contempladas en su conjunto.

Parece, claro, por tanto, que ha de repensarse el papel que ha de tener en estas cuestiones nuestro moderno derecho público de aguas. Hoy ya no es ni suficiente ni prevalente trazar líneas divisorias para garantizar compartimentos competenciales estancos entre el Estado y las Comunidades Autónomas que eviten los conflictos, sino que se nos pide una intervención pública eficaz, ante la necesidad de asegurar la calidad del agua, entendida como recurso natural imprescindible para el desarrollo de la vida humana, animal y vegetal y, por ende, del desarrollo económico y la conservación del medio ambiente.

Este objetivo, a mi juicio, sólo puede lograrse si los operadores públicos en liza (léase, Estado y Comunidades Autónomas), llegando a superar la estrechez de miras actual, conscientes de que ambos están condenados a entenderse, avanzan en la senda de la necesaria colaboración y cooperación mutuas, reconociéndose lealmente sus respectivos ámbitos de actuación.

Puedo comprender –pero no justificar– que ante la cicatería con la que el Estado pretende amordazar las capacidades de gestión de las Comunidades Autónomas, éstas hayan intentado la vía de las modificaciones estatutarias para “introducir con calzador” las competencias que son conscientes que deberían tener en materia de aguas. Y que las que no han conseguido ver aprobados sus Proyectos, estén ahora empeñadas en tramitar, por vía “extra estatutaria”, aquellas atribuciones que creían poder conseguir con sus proyectos fallidos.

Hago la precisión de que “creían poder conseguir” porque, desde el punto de vista jurídico, los preceptos de los denominados Estatutos de tercera generación, son absolutamente inanes. Como no podría ser de otra manera, para salvaguardar su constitucionalidad – a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la que se ha hecho antes sucinta referencia – aquellos preceptos que pareciera que dan alguna atribución a las Comunidades Autónomas, terminan siempre utilizando

la cláusula “en los términos previstos en la legislación de aguas estatal” u otra similar, con lo que acaban siendo ineficaces en tanto dicha legislación estatal no se vea modificada.

Pues bien, tras la publicación de las SSTC de 16 y 17 de marzo de 2011, se ha puesto de manifiesto que la única solución para que las Comunidades Autónomas accedan en la práctica a sus legítimas aspiraciones de corresponsabilidad en la gestión del agua, pasa por la derogación del actual Texto Refundido de la Ley de Aguas y la aprobación de una nueva legislación estatal que relativice incluso pronunciamientos anteriores del Tribunal Constitucional (cuya contradicción ya hemos puesto de manifiesto en estas páginas).

Como ya he dicho, el sistema actualmente vigente en la legislación sobre el agua, respaldado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, interpreta las competencias exclusivas del Estado previstas en el artículo 149.1.22^a CE en un sentido compartimental. Por expresarlo de una manera gráfica, es como si el Estado dijera a las Comunidades Autónomas: “no me toques mis cuencas intercomunitarias y yo no tocaré las tuyas intracomunitarias, de modo que ambos asumimos, por separado y de forma plena, nuestras competencias normativas y de gestión”. Con la salvedad de que, en este reparto, el Estado se queda “con la parte del león”, pues la generalidad de las cuencas de nuestra geografía “entran en su saco”.

En cambio, Europa está dirigiendo inequívocos mandatos a España de que, cualquiera que sea el régimen de gestión del agua que se imponga en nuestro país, las instituciones de la Unión van a exigirnos, por encima de todo, resultados: la consecución de unos importantes niveles de calidad de las aguas, tanto superficiales como subterráneas.

Desde esta perspectiva, el agua ha de ser vista como “recurso natural” y, por tanto, quien ha de velar por su “utilización racional”, en los términos previstos en el artículo 45.2 CE no es sólo el Estado sino los “poderes públicos” en general. Si se acepta este planteamiento, por tanto, la expresión “aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma” en la que se fundamentan las atribuciones del Estado, podría ser reformulada desde la perspectiva del artículo 149.1.23^a CE, donde se distribuyen las competencias medioambientales entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Así, “de lege ferenda” tendrían que seguir en sede estatal aquellas atribuciones no sólo normativas sino también ejecutivas o de gestión en las que el interés general aconseje unificar la autoridad decisoria. Por

tanto, respecto de las cuencas intercomunitarias nadie podría negar al Estado sus competencias sobre planificación general, la decisión sobre los trasvases o el otorgamiento de aprovechamientos particulares sobre las aguas.

En cambio, dejaría de estar justificada la asunción estatal de aquellas otras competencias puramente gestoras, cuyo ejercicio por las Comunidades Autónomas no tuviera virtualidad de alterar la coherencia global de las grandes políticas estatales.

En efecto, ¿se cuestiona de algún modo la unidad de las decisiones hidráulicas si se llegase a permitir a las Comunidades Autónomas que, a través de sus cuerpos propios de guardería forestal, realizaran labores de inspección y vigilancia de las cuencas intercomunitarias?. ¿Es más razonable a estos efectos que exista duplicidad de cuerpos de inspección entre éstas y las Confederaciones Hidrográficas?. En cualquier caso ¿tienen éstas Confederaciones más capacidad para vigilar miles de kilómetros de cursos fluviales que los entes regionales de custodiar las riberas de aquellos ríos que discurren por su territorio?.

Si partimos de una adecuada planificación estatal en la que se concreten con claridad los objetivos a conseguir y las acciones encaminadas a ello, parece que las Comunidades Autónomas podrían tener una mayor capacidad operativa que las actualmente esclerotizadas e inoperantes Confederaciones Hidrográficas. Y lo que afirmo de la potestad inspectora me parece perfectamente extensible a la potestad sancionadora de las infracciones que se cometan en sus respectivos territorios o, incluso, de la posibilidad de controlar el régimen de vertidos a las aguas.

Paralelamente, la introducción de este “enfoque ambiental” habría de ir ligado a la idea de fomentar la participación económico-social en las Juntas de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas, a fin de garantizar que las importantes decisiones que éstas han de tomar se vean respaldadas por el cuerpo social al que han de aplicarse y en el que, en definitiva, han de producir sus efectos.

No quisiera terminar este trabajo, forzosamente genérico por la complejidad de los asuntos de que se tratan, sin hacerles una última confesión personal. Cuando cada año participo impartiendo cursos de preparación de los agentes medioambientales de la Comunidad Autónoma a cuya función pública pertenezco, siempre me entristece comprobar el desconcierto de estos profesionales y su afán de que, aquellos que gozamos de formación jurídica, les precisemos muy bien hasta dónde

pueden ellos actuar o perseguir las infracciones que se produzcan en relación con el dominio público hidráulico.

Pues bien, debo reconocerles que, ante esas preguntas, siempre suelo poner “cara de póker” e, inevitablemente, por la inseguridad de un sistema que no se ha construido con la debida lógica, siento la tentación de aconsejarles que persigan al infractor hasta que éste se adentre en los 100 metros que conforman el dominio público hidráulico de las cuencas intercomunitarias. Pero nunca acabo dando esta respuesta porque estoy íntimamente convencido de que, a partir de ese momento, perdería el respeto de mi distinguida audiencia.

NOTAS

1 Reyes 10: 1-13.

2 Este libro se atribuye a un sacerdote de Axum, de nombre Isaac, escrito en la lengua denominada “gue´ez”, que aún se utiliza en la liturgia y los cantos religiosos. Según Javier Reverte sería el equivalente a la Iliada y la Odisea para los griegos (ver: REVERTE, J: “*Dios, el Diablo y la Aventura*”. Plaza y Janés, 2001, págs 107 y ss).

3 Véanse, al respecto, las consideraciones que hace MELGAREJO MORENO: “*El trasvase Tajo-Segura, en el centro de la tormenta política de la transición*”. Áreas nº 17. 1997.

4 EMBID IRUJO, A: “*Los conflictos sobre las aguas subterráneas*” en la obra colectiva “*Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*”. CGPJ, 2007. Págs: 27-36.

5 DELGADO PIQUERAS, F: “*La gestión del agua en Castilla-La Mancha*”. CES de C-M, 2006. Págs. 51 y 52.

6 En efecto, frente a los postulados de Leibnitz o Newton de que “la naturaleza no da saltos”, parece que hoy, desde la física cuántica, se ven las cosas de otro modo, de modo que un electrón puede pasar de un nivel de energía a otro de modo instantáneo.

7 Ya veremos que precisamente la inexistencia de una visión “generalista” en el concepto de “cuena” será precisamente el gran “caballo de batalla” frente a la Unión Europea cuando ésta en su Directiva 2000/60/CE obligue a los Estados miembros a implantar “demarcaciones hidrográficas”.

8 Es decir, la de las aguas que discurran íntegramente por su territorio, frente a las “aguas intercomunitarias”, que discurrirían por el territorio de varias CCAA.

9 Esta misma idea sigue latente en el FJ. 21º de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, al enjuiciar la constitucionalidad del artículo 17 del Estatuto de Autonomía de Valencia en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, en el que literalmente se reconoce el derecho de los valencianos y valencianas “...a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad...”, o al “...derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias...”. En esta sentencia se observa el elemento añadido de que, en flagrante contradicción consigo mismo, el Alto Tribunal se permite una sentencia interpretativa “malgré la lettre”, al aceptar la constitucionalidad de tal precepto por no consagrar realmente un verdadero derecho sino un mandato dirigido a los poderes públicos autonómicos valencianos.

10 DELGADO PIQUERAS, F: “*Op. cit.*”. Pág. 65.

11 Según DIELS-KRANZ, en “*Fragmente del Vorsokratiker*”, 22 B12 la cita literal sería: “*En el mismo río entramos y no entramos, pues somos y no somos los mismos*”.

12 LUGARESI, N: “*Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela e di gestione*”. Citado por EMBID IRUJO, A: “*Op. Cit.*”. Pág. 21, nota 16.

13 Efectivamente, la expresión “mar territorial” se utiliza, a efectos de establecer la soberanía de los Estados en el artículo 2 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, cuya anchura el artículo 3 fija en 12 millas marinas, medidas a partir de las líneas de base determinadas conforme a lo dispuesto por dicha convención. Aparte del “mar territorial”, el artículo 33 del Convenio admite una “zona contigua” al mar territorial que no puede ir más allá de las 24 millas marinas en la que al Estado ribereño se le reconocen determinadas potestades de control.

A su vez, la “zona económica exclusiva” (artículos 55 y 56) es un área situada más allá del mar territorial y adyacente a éste donde el Es-

tado ribereño tiene facultades de explotación, exploración, conservación y administración de los recursos naturales (de ahí que el artículo 132.2 CE aluda a los “recursos naturales de la zona económica”). Esta zona no se extenderá más allá de las 200 millas marinas (art. 57).

Por último, la “plataforma continental” (art. 76) comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación de su territorio hasta el borde exterior del margen continental o bien hasta una distancia de 200 millas marinas (si el borde exterior no alcanzase esta distancia). Según el art. 77 es también claro que el concepto tiene relación con el ejercicio de los derechos de soberanía, en los términos previstos por la Convención.

14 En el FJ 14º de la STC 227/1988 se dice literalmente que: *“La Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio natural formen parte del dominio público del Estado”*.

15 EMBID IRUJO, A: “Op. cit”. Pág. 23.

DONACIÓN DE ÓRGANOS DE ANENCÉFALOS: UNA VISIÓN SEGÚN EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL

*Adriano Sant'Ana Pedra**

Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo – PUC/SP, Máster en Derechos y Garantías Constitucionales Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória – FDV, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória – FDV (pregrado, postgrado y maestría), Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo – EMES, Procurador Federal de Abogacía General de la Unión (Brasil).

SUMARIO

1. Introducción; 2. El bioderecho constitucional y la bioética; 3. Disposición de órganos en vida y disposición de órganos *post mortem*; 4. Disposición de órganos de anencéfalos; 5. Conclusión; 6. Referencias bibliográficas.

RESUMEN

A partir de los principios de la bioética, son analizadas cuestiones ético-jurídicas envolviendo los trasplantes de órganos y tejidos de un anencéfalo. Se distingue la posibilidad de la disposición de órganos en vida y la extracción de órganos del cadáver. Se sustenta que el debate de éstas cuestiones sea hecho a la luz del bioderecho constitucional.

PALABRAS-CLAVES

Anencefalia; bioética; derechos fundamentales; trasplante de órganos.

I. INTRODUCCIÓN

El progreso que la medicina viene sufriendo, ha ampliado las oportunidades de éxito en la realización de trasplantes de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, haciendo que esto sea visto como un importante repertorio, lo que nos lleva inevitablemente a una serie de cuestiones ético-jurídicas envolviendo este tema. Una de éstas cuestiones, la cual vamos a analizar aquí, habla con respecto a la posibilidad de un anencéfalo ser donador de órganos, tejidos y otras partes de su cuerpo.

En Brasil, el Consejo Federal de Medicina aprobó la Resolución CFM nº 1.752, del 08 de septiembre de 2004, donde se dispuso acerca de la “autorización ética del uso de órganos y/o tejidos de anencéfalos para trasplante, mediante autorización previa de los padres”. Establece el artículo 1º de la referida resolución que “una vez autorizado formalmente por los padres, el médico podrá realizar el trasplante de órganos y/o tejidos del anencéfalo, después de su nacimiento”.

La citada Resolución del Consejo Federal de Medicina autoriza la realización del trasplante de cualquier órgano o tejido, teniendo como donador un ser humano que aún mantiene signos vitales, siendo que el ordenamiento jurídico brasileiro da tal permiso solamente cuando es posible preservar la vida y la integridad física del donador.

Las situaciones que involucran a los anencéfalos también son discutidas en otros países, como en Chile, donde Ángela Vivanco Martínez escribe que, “al carecer de gran parte del cerebro, la situación de los niños anencefálicos ha dado lugar a una discusión acerca de si pueden ser considerados o no como personas titulares de derechos”¹.

Este estudio tratará ésta cuestión a la luz de los postulados de la bioética, siendo necesario analizar la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, mientras tal conducta esté examinada a la luz de los valores y principios morales. La posibilidad de la utilización de los órganos, tejidos u otras partes del cuerpo de un anencéfalo será analizada a partir del sistema jurídico que regula los trasplantes, bajo la óptica del bioderecho constitucional.

2. EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL Y LA BIOÉTICA

Maria Helena Diniz conceptúa el bioderecho como el “estudio jurídico que, teniendo como fuente inmediata la bioética y la biogenética, tiene como objeto principal la vida”². Maria García³ perfecciona éste concepto, apuntando además, que el bioderecho es el conjunto de normas jurídicas que tienen como principios informadores la dignidad de la persona humana y la protección de la vida, además del equilibrio ecológico. El bioderecho constitucional encontrará abrigo en el artículo 5º de la Constitución brasileña, y deberá servir de matriz para las normas jurídicas atinentes al trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano.

José Alfredo de Oliveira Baracho define, entonces, *bioconstitución* como el

conjunto de normas (principios y reglas) formales o materialmente constitucionales, que tienen como objeto las acciones u omisiones del Estado o de entidades privadas, con base en la tutela de la vida, en la identidad y integridad de las personas, en la salud del ser humano actual o futuro, tomando en cuenta también sus relaciones con la biomedicina⁴.

Lo que se nos presenta con las normas jurídicas que disponen acerca del trasplante de órganos, es un dilema entre las garantías individuales de todo ser humano, tales como la libertad, la dignidad de la persona humana, la indisponibilidad de la vida y de la salud y la autoafirmación, delante del poder del Estado, en busca de intereses colectivos, de procurar órganos y tejidos.

La Constitución brasileña dispone que debe ser facilitada “la remoción de órganos, tejidos y substancias humanas para fines de trasplante, pesquisa y tratamiento, bien como la recolección, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, siendo prohibido todo tipo de comercialización” (artículo 199, §4º). No obstante, es preciso indagar hasta que punto puede el Estado, bajo la égida del poder a él atribuido en función del cumplimiento de una función social, interferir en la esfera íntima de los individuos y requerir, a él o a su familia, órganos, tejidos y partes de sus cuerpos para fines de trasplante.

De allí la necesidad de una respuesta ética a las situaciones oriundas de la ciencia en el ámbito de la salud, lo que se producirá a través de la bioética. “La bioética deberá ser un estudio deontológico, que pro-

porcione directrices morales para la actuación humana ante los dilemas levantados por la biomedicina”⁵. Las leyes éticas, como expone Goffredo Telles Junior, se caracterizan por ser imperativas.

Precisamente por ser enunciativas e imperativas del deber, son leyes éticas, aunque son integrantes de una orden normativa, son verdaderas normas. Ellas son, de hecho, mandamientos de normalización del comportamiento. Determina lo que debe ser hecho en consonancia con un sistema de concepciones dominantes⁶.

Las normas que componen el ordenamiento jurídico pueden asumir dos configuraciones básicas: reglas y principios. Robert Alexy formuló fecunda teoría distinguiendo precisamente las reglas de los principios. Las reglas son normas que son o no son cumplidas. Así si la regla es válida, tenemos que hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. En ese sentido, la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. Robert Alexy sostiene que el punto decisivo para la distinción entre principios y reglas es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esa forma, los principios constituyen *mandatos de optimización*. Segundo Robert Alexy, “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida del debido cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”⁷.

La bioética se pauta en cuatro principios básicos, que constituyen racionalizaciones abstractas de valores que derivan de la interpretación de la naturaleza humana y de las necesidades individuales. Ellos son los principios de la *autonomía* y de la *beneficencia*, de carácter teleológico, y los principios de la *no-maleficencia* y de la *justicia*, de carácter deontológico.

El *principio de la autonomía* impone que se debe respetar la voluntad, los valores morales y las creencias de cada persona, denotando que todos deben ser responsables por sus actos. De esa forma, el profesional de la salud debe respetar la voluntad del paciente, o la de su representante, considerándolo capaz de ejercer sus opciones. Siendo así, la disposición de órganos debe transcurrir dentro de un contexto de consentimiento libre y conocido. El Derecho debe proteger a aquel que

no tuviere autonomía suficiente para tomar decisiones, sea por coacción o deficiencia mental, por ejemplo.

El *principio de la beneficencia* indica la obligatoriedad del profesional de la salud y del investigador, de promover primeramente el bien del paciente, buscando atender su bienestar, maximizando los beneficios, no causando daños, y minimizando posibles riesgos. En el juramento de Hipócrates⁸, el principio de la beneficencia es el hilo conductor; el profesional de la salud solamente puede utilizar el tratamiento para el bien del paciente, y nunca para causarle mal o promover la injusticia.

El *principio de la no-maleficencia* es un desdoblamiento del principio de la beneficencia, porque contiene la obligación de no causar daño intencional y por derivar de la máxima de la ética médica *primum non nocere*.

El *principio de la justicia* indica una obligación que garantice una distribución justa, equitativa y universal de los bienes y servicios (beneficios) de la salud⁹, además de una relación ecuánime en los riesgos y encargos.

Además de estos principios cardinales de la bioética, José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰ afirma que existen principios generales de protección del cuerpo humano que deben ser observados, siendo ellos la primacía de la persona, la dignidad de la persona, el respeto del ser humano delante de la comercialización de su vida, la inviolabilidad del cuerpo humano y su integridad, la necesidad terapéutica (consentimiento y límites), la integridad de la especie humana, la extra-patrimonialidad del cuerpo humano, la no remuneración del donador, el anonimato, la esterilización, la voluntad de procreación, la asistencia médica a la procreación, y la protección del embrión humano.

Merece ser destacado el *principio de la dignidad de la persona humana*, que es el fundamento del Estado Democrático de Derecho (artículo 1º, III, de la Constitución brasileña), y la esencia de todo el ordenamiento jurídico.

Fábio Konder Comparato explica que la dignidad de la persona humana “es el fundamento de toda vida ética, de ese fundamento, la raíz más profunda deviene, lógicamente, de las normas universales del comportamiento, las cuales representan la expresión de esa dignidad en todos los tiempos y lugares y tienen por objetivo su preservación.”¹¹.

El *principio de la dignidad de la persona humana*, según Paulo Bonavides, fundamenta “la totalidad de los derechos humanos positivos como derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-constitucional”¹². Según José Joaquim Gomes Canotilho, la dignidad de la persona humana como base de la República, significa el reconocimiento del individuo “como límite y fundamento del dominio político de la República. En este sentido, la República es una organización política que sirve al hombre y no el hombre que sirve a los aparatos político-organizativos”¹³.

Conforme enseña María García, “la dignidad de la persona humana corresponde a la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”¹⁴. De allí la necesidad de la imposición de los límites de la ciencia, reconociéndose que el respeto al ser humano sólo se alcanza si observamos la dignidad humana. La ciencia debe estar al servicio del ser humano para que su vida sea cada vez más digna de ser vivida.

3. DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS EN VIDA Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS *POST MORTEM*

El ordenamiento jurídico brasileiro permite el trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano tanto entre vivos como después de la muerte del donador.

Tratándose de la disposición de órganos en vida, la preocupación primordial es preservar la vida y la integridad física del donador. José Alfonso da Silva registra que “agredir el cuerpo humano es un modo de agredir la vida, pues ésta se realiza en aquello. La integridad físico-corporal constituye, por lo tanto, un bien vital y revela un derecho fundamental del individuo”¹⁵.

De ésta forma, es prohibido el trasplante cuando se refiere a partes vitales, en razón del derecho a la vida y a la integridad física¹⁶. Siendo así, es posible la donación de órganos dobles, como los riñones, o que se regeneran, como el hígado, no comprometiendo las funciones vitales.

El artículo 13 del Código Civil brasileño, con el propósito de proteger la integridad física de la persona, prohíbe cualquier acto de disposición *inter vivos* que pueda venir a lesionarla.

Art. 13. Salvo por exigencia médica, es prohibido el acto de disposición del propio cuerpo, cuando implique disminución permanente de la integridad física, o contrariar a las buenas costumbres.

Parágrafo único. El acto previsto en éste artículo será admitido para fines de trasplante, en la forma establecida en ley especial.

Como bien destaca Maria Helena Diniz, “la donación de órganos, tejidos y partes del propio cuerpo para trasplante *inter vivos* es una decisión exclusiva de la persona. Nada hay que pueda imponer a alguien donar, en vida, sus órganos favoreciendo a otra”¹⁷.

Y para evitar que haya comercio de órganos y otras partes del cuerpo humano, la ley brasileña (artículo 9º, de la Ley nº 9.434/1997, con redacción dada por la Ley nº 10.211/2001) dispone que es permitida a la persona jurídicamente capaz, disponer gratuitamente de sus tejidos, órganos y partes del propio cuerpo vivo, para fines terapéuticos o para trasplantes en cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, inclusive. Si la donación fuera para cualquier otra persona, solamente podrá suceder a través de autorización judicial, para cohibir la práctica del comercio.

Son exigidos además, autonomía y consentimiento libre y declarado del donador, sin el cual la disposición de órganos en vida no podrá ocurrir.

Para ilustrar la necesidad de información y del amplio consentimiento del donador, Maria de Fátima Freire de Sá¹⁸ trae el triste caso de una criatura de cinco años de edad, con insuficiencia renal regresiva, que no se adaptaba a la hemodiálisis. El equipo médico, considerando la posibilidad del trasplante renal, realizó análisis de histocompatibilidad en los parientes próximos, verificando que el padre, por sus características anatómicas y circulatorias, era la persona indicada para la donación. En consulta realizada tan sólo en su presencia, el padre se decidió por la no donación de su riñón, alegando que sentía miedo de la cirugía, el pronóstico era incierto, había la posibilidad de la obtención de un riñón de un donador cadáver, etc. Conforme a lo solicitado por el padre, que no quería que los motivos reales de su decisión fuesen revelados, el

médico afirmó su imposibilidad de donación de un riñón “por razones médicas”.

También debe traerse el caso de un joven con síndrome de Down con 22 años de edad, único pariente de su padre en condiciones de donarle un riñón que le salvaría la vida. Quedó demostrado que el joven tenía menor expectativa de vida, estaría mucho más sujeto a complicaciones y a infecciones, debido al bajo índice de defensa inmunológica, con riesgo quirúrgico aumentado en comparación a las personas en general. Debe ser resaltado que el joven no podía transmitir consentimiento voluntario, libremente expreso, exactamente por las condiciones mentales y físicas, no pudiendo conocer jamás los riesgos que tenía que enfrentar. Al verificar el cuadro de hecho, la decisión del juez fue en el sentido de no acoger el pedido de la madre del joven, aún y cuando ésta argumentase que “la negación sería lo mismo que decretarse la muerte del padre del requerido, con el consentimiento de la justicia”¹⁹.

En la transferencia de órganos entre personas vivas, el acto es realizado *intuitu personae*, o sea, entre donador y receptor individualizado, pero siempre de forma gratuita. Existe así una sutil diferencia entre el acto de donación entre vivos y *post mortem*: en éste, parte de la doctrina sustenta recurrir a la transferencia de los tejidos, órganos y partes del cuerpo humano retirados del cadáver para el Estado²⁰, mientras que en aquel, no hay esa transmisión.

Pasemos entonces a la disposición de órganos *post mortem*.

A pesar de que la persona civil acaba con la muerte, conforme al artículo 6º del Código Civil brasileño, el derecho ²¹de la persona se prolonga después de la vida. El cuerpo humano después de la muerte es una cosa, pero una cosa *extra commercium*. El derecho de la persona y la dignidad humana deben orientarse a la donación *post mortem* de órganos y tejidos, que solamente puede ocurrir con fines altruistas. En ese sentido es obra de Adriano De Cupis:

Si la persona no existe después de la muerte, ni aún siendo cadáver deja de ser considerado por parte del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, entretanto, que, no pudiendo ser objeto de derechos privados patrimoniales, debe clasificarse entre las cosas *extra commercium*. No siendo la persona, mientras está viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo tampoco el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el sello y

el residuo de la persona viva. La comerciabilidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana²².

Los diversos ordenamientos jurídicos del mundo han dado tratamiento diverso a las normas que regulan la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, siendo posible clasificar este conjunto de normas en tres modelos: un sistema de *manifestación obligatoria*, un sistema de *consentimiento presumido*, y un sistema de *consentimiento*.

Cuando se adopta la *manifestación obligatoria*, todos los ciudadanos, mientras sean capaces, deben formalmente optar por la donación o no de sus órganos. Este sistema exige una declaración expresa por parte del individuo, basado en una estructura binaria de consentimiento u oposición, sin que haya una presunción positiva o negativa, cabiendo al legislador disciplinar los efectos jurídicos resultantes del silencio.

Otros países adoptan el sistema de *consentimiento presumido* o sistema de *oposición* o sistema de *disentimiento* (*opting out system*), que parte del principio de que todo individuo es donador de órganos. Se divide en *sistema fuerte* y *sistema frágil*. El primer sistema posibilita al médico la extracción de todo órgano de cualquier cadáver, tal como ocurre en Austria, en Dinamarca, en Polonia, en Suiza y en Francia. El segundo sistema posibilita que el médico retire los órganos apenas de aquellas personas que no declararan oposición a tal procedimiento. Es lo que ocurre en Finlandia, en Grecia, en Italia, en Noruega, en España, en Suecia, y ocurrió en Brasil desde 1997 a 2001, bajo la égida de la antigua redacción del artículo 4º de la Ley nº 9.434/1997, que establecía:

Art. 4º Salvo manifestación de voluntad en contrario, en los términos de ésta Ley, se presume autorizada la donación de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano, para finalidad de trasplantes o terapéutica post mortem.

Tal dispositivo, que promovió la estatización del cuerpo humano, recibió diversas críticas, por ofender a la intimidad, la dignidad de la persona humana, y la capacidad de autodeterminación, por una intervención exagerada del Estado en la esfera privada, por discriminar a los no-donadores, y por despreciar completamente la realidad brasilera, donde la falta de información de la población es un factor que impide la manifestación consciente de la voluntad, no existiendo allí ningún altruismo o sentimiento de solidaridad humana.

Brasil entonces pasó a adoptar el sistema de *consentimiento (opting in system)*, que exige la concordancia expresa del donador o de su familia. En ese sentido, la nueva redacción del artículo 4º de la Ley nº 9.434/1997, dada por la Ley nº 10.211/2001, dispone:

Art. 4º La retirada de tejidos, órganos y partes del cuerpo de personas fallecidas con fines de trasplantes u otra finalidad terapéutica, dependerá de la autorización del cónyuge o pariente, mayor de edad, cumpliéndose con la línea sucesoria recta o colateral, hasta el segundo grado inclusive, firmada bajo documento suscrito por dos testigos presentes ante la verificación de la muerte.

Además de Brasil, este sistema también es adoptado en México, en Inglaterra, en los Países Bajos, en los Estados Unidos y en Turquía, y parece ser el sistema más acertado para tal situación.

4. DISPOSICIÓN DE ORGANOS DE ANENCÉFALOS

Tal como fue visto, en Brasil es posible la disposición de órganos *post mortem* y la disposición de órganos en vida. En ese sentido, la discusión gira en torno de la posibilidad de aplicarse al anencéfalo las normas que rigen la disposición de órganos y tejidos *post mortem* o las normas que rigen la disposición en vida.

El anencéfalo puede ser un embrión, feto o recién nacido que, por malformación congénita, no posee sus hemisferios cerebrales, pero que tiene una parte del tronco encefálico que mantiene sus funciones vitales, lo que permite que pueda nacer con vida, llegando a fallecer horas, días o semanas después.

De allí que precisamos identificar a partir de qué momento la vida humana comienza y debe ser protegida por el Derecho.

El Pacto de San José de Costa Rica, del cual Brasil es signatario, establece en su artículo 4º que “1. Toda persona tiene el derecho de que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En Brasil, aunque, el pronunciamiento del Supremo

Tribunal Federal sea diferente, el Superior Tribunal de Justicia decidió que, de acuerdo con el artículo 5º, §3º, de la Constitución brasilera,

la Convención continúa en vigor, con fuerza de enmienda constitucional. La regla emanada por el dispositivo en comento, es clara en el sentido de que los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos en los cuales Brasil sea parte deben ser asimilados por la orden jurídica del país como normas de jerarquía constitucional; (...) El Pacto de San José de Costa Rica fue rescatado por la nueva disposición constitucional (art. 5º, §3º), la cual posee eficacia retroactiva²³.

Este pronunciamiento también es confirmado por Ángela Vivanco Martínez, para quien “es lógico concebir que los derechos esenciales reconocidos en un tratado tengan rango constitucional”²⁴.

Se puede afirmar que el ordenamiento jurídico brasilero considera que la vida humana comienza y debe ser protegida desde la concepción. En tal sentido es el magisterio de Maria García, para quien “la vida se inicia con la concepción y el art. 5º de la Constitución brasileña, garantizando la inviolabilidad del derecho a la vida, va a extenderla hasta ese momento específico de la formación de la persona”²⁵.

Este también es el pronunciamiento de Paulo Otero, para quien la garantía de inviolabilidad de la vida humana impone al Poder Público el deber de preservar el derecho a la vida antes y después del nacimiento, lo que debe ser reforzado tanto más frágil fuera esa manifestación de vida humana o más insuficiente o débil fuera su titular. De allí que deben ser abandonados los argumentos de aquellos que afirman que los anencéfalos no podrán tener vida relacional, y que su propia vida biológica será reducida. Segundo Paulo Otero²⁶:

Es que la Constitución no se limita a reconocer el derecho *de la* vida, como expresión de la conservación de una vida ya nacida, incluye también la garantía de un derecho *a la* vida, traducido en el desarrollo de todas las manifestaciones de la vida humana, incluyendo el derecho al nacimiento.

Maria Helena Diniz²⁷ da a conocer que en 1987 una señora grávida por medio de inseminación artificial, a fin de que el feto fuese utilizado como donador de tejido nervioso para tratamiento de su padre, afectado por la dolencia de Parkinson. Esta situación caracteriza una afrenta a la dignidad del hijo como ser humano, reduciéndolo a la condición de medio, e ignorando que el ser humano es un fin en sí mismo, lo

que torna ilícita su instrumentación a simple medio de algo o de alguna cosa. De allí el imperativo práctico puesto por Kant: “Actúe de tal suerte que consideres la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como simple medio”²⁸. No se puede olvidar que el Derecho existe en función de la persona y para propiciar su desarrollo.

De allí entendemos el porqué es equivocada la autorización para utilizar un anencéfalo vivo como donador de órganos, tanto por razones técnicas como por razones éticas. Aún y cuando normalmente no se apliquen a los anencéfalos los criterios de muerte encefálica, esto no significa que no haya otro medio para verificar la cesación de su vida humana. Es oportuna la cita de Paulo Otero, que entiende que “cualquier eventual duda debería ser resuelta jurídicamente a través del principio *in dubio pro vitae*”²⁹.

Según María Helena Diniz, para que haya trasplante de órganos vitales de anencéfalo “será imprescindible aguardar su muerte o la cesación completa de sus funciones cerebrales”³⁰. Más aún afirma Maria Helena Diniz:

El anencéfalo es un ser humano tanto como un hombre que sufra una grave lesión en los hemisferios cerebrales o perdido parte de su cerebro en un accidente automovilístico o en una intervención quirúrgica para extirpación de un tumor maligno, perdiendo la capacidad de cualquier contacto con el mundo exterior, pero susceptible de regular su homeóstasis, en virtud de la persistencia del funcionamiento adecuado del tronco cerebral. Si así fuere se deberá respetar como persona humana, no hiriéndose su dignidad. (...) El bebé anencéfalo solamente podrá ser donador de órganos y tejidos si llena los criterios legales de la muerte cerebral, o sea, cesación completa del tronco cerebral, que incluya el mesencéfalo, puente y bulbo raquídeo. Para tal proceso de donación, tendrá que ser de la iniciativa de los padres y no por solicitud de algún profesional de la salud. Sus órganos o sus tejidos, por tanto, no podrán ser retirados de su cuerpo mientras no estuviera legalmente muerto. Si no se puede disponer de los órganos de paciente terminal mientras no ocurra su muerte encefálica, tampoco es posible remover órgano o tejido de anencéfalo mientras la muerte cerebral no se configure o no quede comprobada³¹.

De ésta forma, no obstante que el trasplante traiga beneficios al receptor, no se puede admitir que esto venga a causar daños al donador que esté vivo, aunque éste donador sea un anencéfalo. Según la enseñanza de María García, “la dignidad de la persona humana puede ser entendida como la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como la autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”³². El anencéfalo no puede ser tratado como si fuese un banco o repositorio de órganos y tejidos para fines de trasplante, lo que afrontaría su dignidad.

5. CONCLUSIÓN

Al mismo tiempo en que se debe registrar la importancia de los trasplantes para salvar vidas, o para mejorar su calidad, también se debe cuidar por los derechos del donador, especialmente se éste fue anencéfalo. De esa forma, es necesario ponderar los derechos del donador y del receptor. Esto porque no se puede ser extremadamente *solidarista*, exigiendo la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano para aquel que de ellos precisa, pero tampoco se puede ser egoísticamente *individualista*.

Las cuestiones que involucran trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano se han tornado cada vez más complejas en la medida en que la ciencia evoluciona, y esto ha exigido el enfrentamiento de los problemas ético-jurídicos de allí devenidos. Se buscó analizar jurídicamente la posibilidad de que el anencéfalo sea donador de órganos, teniendo como fundamento el bioderecho constitucional, dado que todos los dilemas deben ser solucionados observándose el principio de la dignidad de la persona humana y los postulados de la bioética.

Se puede concluir entonces que, en Brasil, es inadmisiblemente cualquier trasplante de órganos de anencéfalo vivo. Si para el anencéfalo la muerte es una cuestión de tiempo, como, además, es para todos los seres humanos, se debe aguardar el momento de su muerte para la retirada de los órganos y tejidos. Y, en este caso, será necesaria la autorización de sus padres, de conformidad con las normas jurídicas que se aplican a las disposiciones de órganos *post mortem* anteriormente mencionadas.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 27. fev./2000, p. 6-7.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *O sino do Samuel*. a. III. n. 21. Belo Horizonte: UFMG, março 1997, p. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 6. n. 24. jul./set. 1998, p. 73-83.

GARCIA, Maria. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 105-113.

GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2007.

OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplantes de órgãos de anencéfalos. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, Rio de Janeiro: Padma, ano 9, v. 36, p. 255-267, out./dez. 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 15, n. 61, p. 07-24, out./dez. 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 399-437.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, tomo II.

VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, tomo I.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7.ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NOTAS

1 VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, tomo II, p. 274.

2 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 9.

3 GARCIA, Maria. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 105-113.

4 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano. *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos*. n. 27. fev./2000, p. 6-7.

5 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 15.

6 TELLES JUNIOR, Goffredo. *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 7. ed. rev. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 205.

7 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

8 “Se aplicarán los regímenes para el bien de los dolientes, según mi conocimiento y mi razón, y nunca para perjudicar o hacer el mal a quien quiera que sea. A nadie daré, remedio mortal para agradar, ni consejos que induzcan a la destrucción, consejo que la induzca a la destrucción. Tampoco suministraré a una señora presario abortivo. [...] En la casa donde yo fuere, entraré solamente por el bien del doliente, absteniéndome de cualquier mal voluntario o de toda seducción”.

9 Nos recuerda Daury Cesar Fabriz “que para ciertas dolencias la penicilina ofrece la cura, haciendo el bien al paciente. Sin embargo Gandhi dejó morir a su mujer, sin que le fuese aplicada la dosis posiblemente salvadora. Actuó según lo que le parecía derecho, y talvez haya creído que le hacía un bien. Pero...fue justo? [...] Tal perspectiva demuestra como el hacer justicia o la idea de justicia puede expresarse en su efectividad como algo cruel o inclusive despojarse de cualquier sentimiento humano”. Cf. FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 112.

10 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica. *O sino do Samuel*. a. III. n. 21. Belo Horizonte: UFMG, março 1997, p. 5.

11 COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 484.

12 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 10.

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 225.

14 GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 211.

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 199.

16 BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 79.

17 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 346.

18 SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 79-80.

19 SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo*: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 78-79.

20 SILVA, Rodrigo Pessoa Pereira da. *Doação de órgãos*: uma análise dos aspectos legais e sociais. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 429.

21

22 DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961, p. 93.

23 Superior Tribunal de Justicia. Primera Turma. Unanimidad. Recurso en *Habeas Corpus* n° 18.799-RS. Relator Ministro José Delgado.

24 VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela. *Curso de derecho constitucional*: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, tomo I, p. 434.

25 GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 6. n. 24. jul./set. 1998, p. 73.

26 OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 38.

27 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 359-360.

28 KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 105.

29 OTERO, Paulo. *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano*: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 41.

30 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 58.

31 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 351-352.

32 GARCIA, Maria. Biodireito constitucional: uma introdução. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. a. 11. n. 42. jan./mar. 2003, p. 112.

FEDERALISMO Y “STATE LAW” EN LOS ESTADOS UNIDOS: EL PAPEL DE “LA CONFERENCIA NACIONAL DE COMISIONADOS PARA UNIFORMAR LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS”.

Ana Valero Heredia

Profesora Contratada-Doctora de la UCLM

SUMARIO

I. EL PROBLEMA DEL PLURALISMO LEGISLATIVO EN USA.- 1.1. Notas sobre los principios de “separación de poderes” y “federalismo” en la Constitución norteamericana.- 1.2. Una breve mirada a los cambios producidos en la interpretación del principio federalista: “*Necessary and Proper Clause*”; “*Supremacy Clause*” and “*Commerce Clause*”.- 1.3. Consideraciones en torno al impacto de la organización política federal sobre el sistema legal norteamericano.- II. LA UNIFORMIDAD DE LAS LEYES ESTATALES: UN PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO A LA ACCIÓN FEDERAL QUE FORTALECE EL FEDERALISMO Y LA CALIDAD LEGISLATIVA.- 2.1. La necesidad de uniformar las leyes de los Estados y el surgimiento de “La Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad de las leyes estatales”.-2.2. Argumentos a favor del proceso de uniformidad de las leyes estatales frente a la acción federal.- 2.3. La Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales: composición, estructura y funcionamiento.- 2.4. Áreas del ordenamiento jurídico en las que los proyectos legislativos de la Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales han sido mayoritariamente adoptados por los Estados.

I. EL PROBLEMA DEL PLURALISMO LEGISLATIVO EN USA.

1.1. Notas sobre los principios de “separación de poderes” y “federalismo” en la Constitución norteamericana.

Es imposible entender el sistema legal de los Estados Unidos sin conocer la forma de organización política establecida por la Constitu-

ción norteamericana de 1789. A este respecto, cabe afirmar que los dos principios de dicha organización que de manera más directa han afectado y afectan al sistema legal norteamericano son los de “separación de poderes” y “federalismo”.

Como es sabido, el primero de ambos garantiza que ninguno de los tres brazos de la organización política –legislativo, ejecutivo o judicial- sobrepase los límites del rol que les viene constitucionalmente atribuido ni usurpe las competencias que pertenecen a los demás, existiendo un sistema de *checks and balances* que rige la relación entre ellos en el nivel federal y que limita su actuación independiente sin la concurrencia de los demás¹.

“Federalismo” en Estados Unidos significa que existen dos niveles de organización político-territorial en el país: el nivel federal y el estatal, lo que conlleva, al menos en su concepción original, la fragmentación del poder legislativo entre los órganos a quienes se atribuye la función legislativa en el primer y en el segundo nivel. Esto significa que existen cincuenta y un sistemas legales diferentes, el definido por la Constitución federal, y los cincuenta sistemas legales de los Estados federados².

Como es sabido, una de las labores principales de la Constitución de un Estado federal, y la norteamericana es un claro ejemplo de ello, es el establecimiento de los cánones de acuerdo a los cuales tiene lugar la distribución de competencias legislativas entre la Federación y los Estados miembros. En este sentido, las circunstancias históricas sobre las que el sistema norteamericano de distribución de competencias fue edificado tienen mucho que ver con las características que definen el diseño constitucional de su poder legislativo, o, más bien, de sus “poderes” legislativos: mientras el poder legislativo de los Estados es un poder de carácter “residual”, el de la Federación es un poder “delegado”.

Es conocido que la Constitución de los Estados Unidos de 1789 es el producto de un proceso político cuyo principal objetivo era el establecimiento de una fuerte unión entre los Estados soberanos surgidos tras la Guerra de Independencia entre las colonias americanas y el Imperio británico. Los Estados americanos existían antes de que la Constitución fuera promulgada, no fueron creados por ella, y disponían de sus propias constituciones y del ejercicio de poder político³. La cesión de parte de los poderes o competencias estatales a esa nueva entidad llamada Federación, creada por el texto constitucional, implicaba que las leyes promulgadas por aquélla, en el ámbito de las competencias cedidas, gozasen de un carácter supremo y directamente ejecutable en el

territorio de los Estados. Sin embargo, más allá del abanico de competencias transferidas a la Federación, los Estados permanecían soberanos. A este respecto procede reproducir las palabras de James Madison en un pasaje de los *Federalist Papers*:

*“In the latter, the local or municipal authorities form distinct and independent portions of the supremacy, no more subject, within their respective spheres, to the general authority, than the general authority is subject to them, within its own sphere. In this relation, then, the proposed government cannot be deemed a national one; since its jurisdiction extends to certain enumerated objects only, and leaves to the several States a residuary and inviolable sovereignty over all other objects”*⁴.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, este pasaje de Madison expresa muy claramente que la Federación no es, en general, superior a los Estados y que sólo lo es en la medida en que ejercita competencias propias, más allá de las cuales, los Estados son “superiores”⁵.

El poder legislativo del Congreso federal “deriva” pues, fundamentalmente, del poder legislativo de los Estados en la medida en que sólo dispone de aquéllas competencias que le han sido delegadas por estos últimos. Esta concepción del carácter limitado de la autoridad legislativa federal fue reafirmada en la Décima Enmienda de la Constitución estadounidense, la cual proclama:

“The Powers not delegated to the United States by the Constitution nor prohibited by it to the states, are reserved to the states, respectively, or to the people”.

Puede afirmarse que la Décima Enmienda resume los rasgos distintivos del sistema federal creado por la Constitución norteamericana. Efectivamente, del tenor literal de la misma se desprende que el Congreso Federal dispone sólo de “poderes legislativos delegados” y, como consecuencia de dicha limitación, implícita en la Constitución original, casi todo el derecho privado –contratos, instrumentos negociables, organizaciones comerciales, matrimonio y divorcio, por ejemplo- y la mayoría de las áreas del derecho penal, pertenecen al ámbito de regulación de los parlamentos estatales y, su interpretación, a los tribunales de los estados⁶.

Sin embargo, no puede prescindirse del hecho que el Artículo I, Sección Octava de la Constitución, cuando enumera los poderes cedidos a la Federación en sus dieciocho apartados⁷, incluye una cláusula residual cuya textura abierta ha permitido realizar una interpretación

expansiva del alcance del poder legislativo del Congreso federal lo que ha supuesto, en la práctica, una clara limitación del poder legislativo de los Estados. El citado artículo dispone que el Congreso tiene el poder,

“to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof”.

Esta cláusula, denominada *“Necessary and Proper Clause”*, junto a otras que se expondrán a continuación, ha permitido extender el poder legislativo federal mucho más allá de lo imaginado por los “padres” de la Constitución⁸.

1.2. Una breve mirada a los cambios producidos en la interpretación del principio federalista: *“Necessary and Proper Clause”*; *“Supremacy Clause”* and the *“Commerce Clause”*.

Puede afirmarse que en Norteamérica el federalismo tiene dos dimensiones, una “vertical” y otra “horizontal”. La primera describe la relación entre los sistemas federal y estatales de organización política; mientras que la segunda, también llamada “federalismo interestatal”, describe las relaciones entre los distintos Estados. Ambas dimensiones del principio federalista, vertical y horizontal, han cambiado considerablemente desde 1787 hasta la actualidad como consecuencia, aunque no sólo, de la interpretación que de ellas ha realizado el supremo intérprete de la Constitución. Puede decirse, con carácter general, que la historia del federalismo vertical es la historia del progresivo incremento del poder federal sobre el de los Estados; y la del federalismo horizontal, la historia de una constante disminución de la importancia jurídica de las fronteras estatales. A un estudio más detallado de los citados cambios y de sus consecuencias sobre el sistema legal norteamericano se dedican las siguientes páginas.

Por lo que respecta al llamado “federalismo vertical” cabe señalar, en primer lugar, que la originaria delimitación de competencias entre el poder federal y el de los Estados que se desprende del tenor literal del Artículo I, Sección Octava de la Constitución y de su Décima Enmienda, fue meridianamente descrita por James Madison:

“The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments

are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, peace, negotiation, and foreign commerce; with which last the power of taxation will, for the most part, be connected. The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State”⁹.

Sin embargo, un primer paso hacia una interpretación expansiva del poder federal la dio, ya en el año 1819, el conocido Juez Marshall mediante su interpretación hamiltoniana de la “*Necessary and Proper Clause*” en su pronunciamiento sobre el caso *McCulloch v. Maryland*¹⁰. Cláusula en virtud de la cual, el Congreso federal dispone de la competencia para dictar todas las leyes que puedan ser necesarias y apropiadas para llevar a cabo la ejecución de las facultades expresamente atribuidas al mismo por el Artículo I, Sección Octava, de la Constitución¹¹. El Juez Marshall rechazó la teoría, en virtud de la cual, los Estados Unidos continuaban siendo una Confederación de Estados soberanos y, los poderes nacionales, poderes meramente derivados de la soberanía de aquéllos. Por el contrario, sostuvo en la citada Sentencia, que la Constitución había sido ratificada a través de especiales convenciones y no por los aparatos ordinarios de los gobiernos estatales a través de sus facultades soberanas. En consecuencia, el pueblo, titular original de la soberanía, había dividido la misma entre el nivel federal y el nivel estatal de organización política y, en relación con los poderes expresamente enumerados en la Sección Octava del Artículo I, había otorgado al primero una completa autoridad soberana para dictar leyes. La supremacía de las leyes federales se hallaba, asimismo, confirmada por la *Supremacy Clause* del Artículo VI, Sección Segunda de la Constitución, según la cual, la Constitución Federal, los tratados y las leyes, incluidos los actos ejecutivos, administrativos y judiciales federales, tienen prevalencia frente al derecho estatal cuando ambos niveles normativos entren en conflicto. Mientras esto no suceda, la legislación estatal puede operar en las mismas áreas del ordenamiento y otorgar “otros” o “más” derechos a sus ciudadanos de aquéllos que les confieren la Constitución o la legislación federal¹².

Tras afirmar que las competencias legislativas enumeradas en la Sección Octava del Artículo I de la Constitución incorporaban el poder implícito de adoptar los medios apropiados para implementarlas, el Juez Marshall dispuso que la “*Necessary and Proper Clause*” reafirmaba el poder legislativo federal dado que el término “*necessary*” no significaba, ningún caso, “indispensable” sino simplemente “conveniente o útil”.

En segundo lugar, procede reseñar, asimismo, que la Guerra Civil y la consecuente aprobación de las llamadas “*Civil War Amendments*” también contribuyó a una notable transformación del concepto de federalismo que había prevalecido durante el siglo XVIII bajo los auspicios de la Constitución original¹³. Entre ellas destaca la Decimocuarta Enmienda, en virtud de la cual, ningún Estado:

“(...) shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

De acuerdo con el tenor literal de la citada Enmienda, el Congreso federal dispone del poder para hacer cumplir lo dispuesto en la misma a través de su propia legislación.

Como es sabido, en aplicación de la Decimocuarta Enmienda, durante los años cincuenta, los tribunales federales dictaron sentencias dirigidas a proteger judicialmente a las minorías y los derechos fundamentales en general: así se declaró ilegal la segregación racial; se creó un nuevo sistema de protección para la libertad de expresión, la libertad religiosa y otros derechos civiles; se intentó mejorar el sistema de enjuiciamiento criminal; se impuso el sistema de «un hombre, un voto» para corregir las delimitaciones incorrectas de distritos electorales; y se extendieron las prohibiciones de discriminación contra las mujeres y las minorías raciales.

Como acaba de afirmarse, casi todas estas decisiones se basaban en la aplicación de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, lo que implicaba relegar a un segundo plano la capacidad normativa de los Estados sobre materias que tradicionalmente habían sido consideradas de su competencia exclusiva.

La doctrina de la época no opuso resistencia a la citada jurisprudencia sobre la base de dos argumentos: por un lado, desde una perspectiva estrictamente política, se estimó que los gobiernos estatales o locales eran mucho menos progresistas e incapaces de actuar en favor del interés general que el gobierno federal; y, por otro, desde una perspectiva jurídica, se consideró que los pilares del federalismo no se veían amenazados por la ampliación de las competencias legislativas del Congreso federal dada la propia estructura política de los Estados Unidos que, como es sabido, prevé en la Constitución la representación basada en el territorio tanto para el Congreso federal como para el Colegio Electoral del Presidente, estando, asimismo, todos los Estados igualmente repre-

sentados en el Senado. Con ello se aseguraba que los intereses estatales y locales estuvieran efectivamente representados en el Congreso federal, siendo éste sensible a los valores del federalismo¹⁴.

Pero, quizá, la mayor expansión de las competencias legislativas del Congreso federal en detrimento de la autoridad de los Estados se ha producido en virtud de la aplicación de la “*Commerce Clause*” o “cláusula de comercio interestatal” prevista en el Artículo I, Sección 8, Cláusula Tercera de la Constitución:

“The Congress shall have Power (...) to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes”.

La expansión de los poderes del Congreso federal sobre la base de la presente cláusula ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde el período del *New Deal* hasta épocas muy recientes, la cual ha acuñado en diversas sentencias la doctrina según la cual las competencias legislativas corresponden al Congreso federal siempre y cuando el mismo tenga indicios racionales para concluir que la materia regulada puede afectar al comercio interestatal.

Bajo los auspicios de la citada doctrina, la Corte confirmó en distintos pronunciamientos la constitucionalidad de la regulación por parte del Congreso de muchas actividades locales que sólo indirectamente tenían que ver con el comercio desarrollado más allá de las fronteras estatales, llegando a afirmar que, incluso cuando la actividad comercial tenía lugar completamente dentro del territorio de un estado, correspondía al Congreso la facultad de regularla si el efecto de la misma podía ser considerado nacional. Así, en una serie de decisiones adoptadas a partir del año 1937, el Tribunal Supremo interpretó que la cláusula de comercio otorgaba al Congreso una autoridad normativa plena para regular la actividad económica¹⁵.

El *New Deal* también produjo la primera oleada de programas de asistencia social y bienestar a escala nacional, incluyendo todos los sistemas de seguridad social y cobertura de desempleo. La constitucionalidad de estos programas fue declarada por el Tribunal Supremo sobre la base de una interpretación expansiva del poder de gasto del Congreso federal, de su potestad tributaria y de su capacidad de regulación del comercio, rechazando, al tiempo, que tal ejercicio de la autoridad nacional violase los principios estructurales del federalismo protectores de la autonomía de los Estados¹⁶.

No se puede obviar, sin embargo, que en los últimos años algunos pronunciamientos de la Corte Suprema han introducido ciertos matices a esta doctrina prevalente, gracias a la cual, desde el año 1937 hasta el 95 no se había declarado la inconstitucionalidad de ninguna ley federal promulgada sobre la base de la “cláusula de comercio interestatal”. Así, en lo que algunos autores han dado en llamar “*New Federalism*”, se incluyen tres tipos de casos relacionados con la cláusula de comercio en los que la Corte, durante los años noventa, invalidó determinadas normas federales en orden a preservar la soberanía y la autoridad de los Estados y cuya doctrina puede resumirse en lo dispuesto en la sentencia promulgada en año 1995 en el caso *United States v. Lopez*, según la cual, el poder legislativo federal sólo puede regular actividades que tengan un efecto “sustancial” en el comercio interestatal¹⁷.

Sin embargo, dichos pronunciamientos en ningún caso restan prevalencia a una doctrina, la mayoritaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que interpreta expansivamente el alcance del poder legislativo federal en materia de comercio. Doctrina que ha sido más recientemente confirmada en una sentencia del año 2005, en el caso *Gonzales v. Raich*¹⁸.

1.3. Consideraciones en torno al impacto de la organización política federal sobre el sistema legal norteamericano.

Como se puso de manifiesto al inicio del presente epígrafe, la vigencia de los principios de separación de poderes y federalismo tiene como ventaja la “difusión” del poder entre los distintos componentes de la organización política, pero no se puede prescindir del hecho que también genera una enorme complejidad en el sistema legal. La principal causa de dicha complejidad deriva de la habitual concurrencia de competencias federales y estatales en la regulación de determinadas materias o sectores del ordenamiento jurídico.

Resulta evidente que en los Estados Unidos no puede hablarse del “derecho positivo” en general, como si sólo hubiera uno. There are more than fifty positive laws, including federal law and the laws of the states and territories. Hay más de cincuenta derechos positivos, incluyendo la legislación federal y las legislaciones de los Estados y territorios, y Moreover, *2136 preserving this multiplicity of overlapping but independent sovereign communities is one of the fundamental and enduring commitments of our constitutional order. [FN8] la preservación de la capacidad legislativa de tal multiplicidad de comunidades sobe-

ranas independientes constituye uno de los compromisos más relevantes del orden constitucional estadounidense. And this, in turn, entails a commitment to respect and preserve the separate laws through which each of these communities articulates its values and establishes its social order. Choice of law plays a critical role in this regard: by defining each sovereign's power to regulate vis-à-vis other sovereigns, it establishes the effective boundaries. Es necesario, por tanto, respetar y preservar la autonomía legislativa a través de la cual cada una de estas comunidades articula sus valores y establece su orden social.

Ya se ha señalado anteriormente que la idea original de Madison, que sostenía la existencia de una nítida separación entre las esferas de acción de los poderes federal y estatales, carece de apoyo en la evolución de la doctrina del supremo intérprete de la Constitución. Por el contrario, éste ha permitido una clara ampliación de las competencias del poder legislativo federal, el cual dispone de la facultad de regular ampliamente la mayoría de las actividades económicas y una gran parte de aquéllas que, aun no poseyendo tal carácter, producen efectos económicos. Al mismo tiempo, los Estados han mantenido su tradicional poder soberano para promulgar leyes aplicables a todas las personas y operaciones que se encuentren y se produzcan dentro de sus fronteras. Esto genera como resultado que dos soberanos distintos –el federal y el estatal– posean competencias legislativas concurrentes o incluso superpuestas sobre actividades desarrolladas en un mismo territorio geográfico.

Cuando el Congreso federal decide intervenir en un área tradicionalmente regulada por la legislación estatal, el resultado suele ser una combinación de la legislación federal y estatal sobre la misma materia¹⁹. Dicha combinación suele producirse por dos motivos: el primero, porque el Congreso considera que debe intervenir sobre problemas tradicionalmente estatales que han dejado de serlo para convertirse en nacionales²⁰; y, el segundo, cuando el Congreso estima que existe una clara necesidad de adoptar una norma nacional uniforme para algunas categorías de operaciones que los Estados han venido regulando durante años²¹.

Por el contrario, cuando el Congreso federal no se arroga el ejercicio de la acción legislativa sobre materias de competencia estatal, la soberanía de los Estados legitima la adopción de regímenes normativos diferentes sobre materias que pueden ser de interés común para todos ellos. Hoy en día la necesidad de uniformar la legislación de los Estados se extiende más allá de materias tradicionalmente ligadas a la actividad económica interestatal o a la libre circulación de personas, pero baste

por el momento señalar que tras la Guerra Civil, y como consecuencia de la ampliación de las fronteras nacionales, el comienzo de la industrialización y la adquisición de medios de transporte transnacionales, se hizo cada vez más imprescindible la adopción de un sistema legal nacional uniforme, común y predecible.

Existían y existen, en definitiva, dos vías para unificar los sistemas legales de los Estados: a) la primera sería la intervención del poder legislativo federal atribuyéndose la facultad de regular y, por tanto, unificar una determinada materia a nivel nacional. De esta forma, la legislación de los Estados puede ser “*preempted*” por el Congreso federal; y, b) en segundo lugar, la vía conocida con el nombre de “*Uniform State Laws*”, que procura la uniformidad de las leyes estatales a través de métodos respetuosos con la voluntad de los propios Estados. Esta segunda vía implica la creación de un instrumento a través del cual poder alcanzar voluntariamente acuerdos para desarrollar, y, en su caso, adoptar separadamente una legislación uniforme en importantes materias de interés común entre los Estados. Este fue el camino por el que se apostó a partir de 1891 con la creación de la llamada *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales*²².

Puede afirmarse, que esta segunda vía se configura como una alternativa a la actuación federal más acorde con uno de los principios básicos inherentes a todo sistema federal: la autonomía de los entes territoriales. Es más, se trata de una vía capaz de frenar la intromisión del poder federal en las competencias que corresponden legítimamente a los Estados. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que alcanzar la unidad respecto a las divergentes tradiciones legales de cincuenta poderes legislativos soberanos a través del consenso y la voluntad de todos ellos ha sido, y sigue siendo, una tarea de enorme dificultad a la par que trascendente.

II. LA UNIFORMIDAD DE LAS LEYES ESTATALES: UN PROCEDIMIENTO ALTERNATIVO A LA ACCIÓN FEDERAL QUE FORTALECE EL FEDERALISMO Y LA CALIDAD LEGISLATIVA.

2.1. La necesidad de uniformar las leyes de los Estados y el surgimiento de “La Conferencia Nacional de Comisionados para la Uniformidad de las leyes estatales”.

La ausencia de uniformidad legislativa entre los Estados que integran la Federación ha sido un problema presente en los Estados Unidos prácticamente desde sus primeros días como nación. De hecho, en una convención interestatal celebrada en el año 1786 se puso ya de manifiesto la conveniencia de uniformar el sistema legislativo en materia de comercio y, durante el primer año de existencia de la nación norteamericana, se realizaron algunos intentos frustrados de uniformización legislativa interestatal.

Con el desarrollo del transporte interestatal y las transacciones electrónicas, los Estados comenzaron a ser interdependientes económica y socialmente. La libertad de movimiento y de establecimiento de las personas y la libre circulación de mercancías, capitales, créditos y servicios requería de la unificación de muchas áreas del derecho entre los distintos estados. Así, ya en el año 1840, en una decisión de la Corte Suprema de Massachusetts, el Magistrado Lemuel Shaw promulgó la que parece ser la primera referencia judicial en materia de uniformidad de las leyes:

“Nothing is more important to a commercial community, than to have all questions relative to the rights and duties of holders, and all other parties to negotiable bills and notes, definitely settled. And it is greatly desirable, that throughout all of the States of the Union, which, too many purposes, constitute one extended commercial community, the rules upon this subject should be uniform”²³.

En el año 1888 se introdujo una propuesta en la cámara legislativa de Nueva York para crear una “comisión para la promoción de la uniformidad de la legislación en los Estados Unidos”²⁴ y, Shortly thereafter the American Bar Association passed a resolution recommending that each state adopt an act similar to that proposed in New York. [FN5] poco después, la Asociación de Abogados de Estados Unidos aprobó una resolución recomendando que cada Estado adoptara un acto similar al propuesto en Nueva York²⁵. In 1890 the New York legislature approved the proposal, and in 1892 the NCCUSL’s first meeting was held in Saratoga, New York. [FN6] En 1890, el legislador de Nueva York aprobó la propuesta, y en 1892 se celebró la primera reunión de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL), también llamada *The Uniform Law Commission* (ULC), formando parte de la misma

siete Estados -Delaware, Georgia, Massachusetts, Michigan, New York, New Jersey y Pennsylvania-²⁶. Pero la adscripción del resto de Estados de la Unión a la *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales* fue muy rápida y, en su siguiente reunión anual, el número de miembros había ascendido hasta la veintena. En la actualidad forman parte de la misma los cincuenta Estados federados y los distritos de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes²⁷.

La *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales* focalizó sus primeros esfuerzos en la promoción de la uniformidad de las leyes de comercio entre los Estados siendo su principal logro la redacción y aprobación del llamado "*Uniform Commercial Code*" en el año 1951, que fue promulgado por los cincuenta Estados más los Distritos de Columbia y las Islas Vírgenes en el año 1974. El Código Unificado de Comercio influyó de manera crucial en el desarrollo económico y en la mejora de las relaciones comerciales de y en los Estados Unidos²⁸.

Desde su creación, la *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales* ha elaborado y redactado cientos de proyectos legislativos uniformes en diferentes materias y sectores del ordenamiento jurídico y muchos de ellos han sido universal o mayormente promulgados por los Estados. Además, en ocasiones ha redactado proyectos normativos que no afectan directamente a las relaciones entre los Estados pero que afectan a problemas comunes a todos ellos o a su mayoría o, incluso, ha elaborado modelos normativos sobre materias en las que la legislación estatal puede ayudar a implementar tratados internacionales firmados por los Estados Unidos.

2.2. Argumentos a favor del proceso de uniformidad de las leyes estatales frente a la acción federal.

The expansion of the power of the federal government by Supreme Court decision commencing in 1942 with *Wickard v. Filburn* [FN20] De acuerdo con lo expuesto en los anteriores epígrafes, el Congreso federal carecía inicialmente de autoridad para promulgar leyes relativas a materias o áreas del derecho que implicasen a cada uno de los Estados en particular o a sus ciudadanos. Any nineteenth-century lawyer would have said that such matters as private tort claims, private contract, rules on bills of exchange, security interests, insurance, and a host of other matters were beyond the power of Congress. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, cualquier abogado del siglo XIX habría afirmado que asuntos tales como las reclamaciones de responsabilidad civil privada,

los contratos, la regulación de las letras de cambio, los seguros, etc, se hallaban fuera del alcance de regulación normativa del Congreso federal²⁹. If these matters were beyond the power of Congress, yet the states were to enact laws concerning them, there was obviously a place for a body to promote uniformity.

With cases like *Wickard, Perez v. United States*, [FN21]

Sin embargo, la doctrina de la Corte Suprema promulgada a partir del año 1942, plasmada, entre otros, en los casos *Wickard v. Filburn*³⁰, *Katzenbach c. McClung*³¹ o *Wickard Pérez v. Estados Unidos*³², permitió derribar las barreras constitucionales que negaban la competencia del Congreso sobre materias anteriormente reservadas por ley o por costumbre a los Estados. Así, existen múltiples ejemplos capaces de ilustrar la invasión por parte del Congreso de lo que tradicionalmente había sido considerado como el territorio normativo de los Estados: Of particular concern to the Commissioners must be cases such as the truth-in-lending law [FN23] destacan, entre otras, la Ley de Préstamo³³, en la que el Congreso empleó el texto de un proyecto de la NCCUSL, *The Uniform Consumer Credit Code*³⁴ o las normas federales en materia de crédito al consumo³⁵. *2101 and the Federal Reserve's Regulation CC [FN26] Hoy en día existen pocas dudas acerca del poder del Congreso para promulgar leyes que afecten a la responsabilidad civil en todos los Estados, or laws concerning insurance, or laws concerning the licensing and operation of a variety of other businesses. leyes en materia de seguros, o leyes relativas a la concesión de licencias y al funcionamiento de una gran variedad de negocios.

Siendo ésta una realidad, conviene señalar que no carecen de cierta lógica las voces que sostienen que cuando el Congreso Federal decide ejercer su poder de aprobar leyes federales para regular materias tradicionalmente correspondientes a los Estados, uniformando con ello su regulación en todo el territorio de la nación, desaparece la razón de ser de un procedimiento de uniformización de las leyes estatales basado en la voluntad de los Estados y, en consecuencia, la propia existencia de la *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales*. Efectivamente, hay autores que defienden que la acción federal es la solución más adecuada para garantizar la uniformidad y previsibilidad de las leyes a nivel nacional por gozar de una serie de ventajas frente a la vía que apuesta por la uniformidad de la legislación a través de la aprobación de leyes uniformes por los estados. El argumento es el siguiente: la imposición de una ley a los Estados por una autoridad superior permite la inmediatez en la aplicación de la misma en todo el país³⁶.

Sin embargo, cabe señalar que son múltiples los beneficios y ventajas derivados de una vía de actuación capaz de alcanzar los mismos objetivos pero a través de la iniciativa y el consenso entre los propios Estados y, a continuación, tratarán de exponerse con la mayor exhaustividad posible.

Examples of congressional encroachment on what had been formerly regarded as the territory of the states abound.

En primer lugar, procede señalar, aunque éste es un argumento obvio, que la *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales* debe su existencia a la propia estructura del sistema constitucional federal norteamericano: siHad the Constitution granted all legislative power to the federal Congress and none to the states, there never would have been a Conference of Commissioners on Uniform State Laws nor any need fo la Constitución estadounidense otorgara todo el poder legislativo al Congreso federal y no a los Estados, nunca habría existido la necesidad de crear una Conferencia de Comisionados sobre Leyes Uniformes. Initially the need for the Conference arose because Congress was constitutionally foreclosed from enacting laws concerning a number of matters thought to influence only a state or citizens of a particular state.

Además, -y éste es quizá el argumento de mayor peso-, cuando el legislador federal actúa impone una ley a los Estados que es uniforme en todos sus aspectos. En consecuencia, los Estados no tienen siquiera la facultad de realizar pequeñas variaciones a la legislación federal que les viene impuesta para adaptarla a sus particulares circunstancias ni para realizar posteriores cambios en caso de que ésta resultase inviable. La ley federal es inmediata pero inflexible.

Por el contrario, el proceso de uniformidad de la legislación estatal a través de la voluntad y cooperación de los Estados permite alcanzar el mismo objetivo de la “uniformidad” pero respetando la autonomía de éstos y, en definitiva, su soberanía. Así, la *Comisión para la Uniformidad de la Legislación Estatal* redacta proyectos legislativos que son ajustables a los procedimientos y a las prácticas de cada Estado, de modo que, si hay algún aspecto de la legislación propuesta que no se adapta a sus necesidades, éstos no están obligados a adoptarla en su conjunto, sino que pueden aprobar y promulgar sus principales previsiones y después modificarlas si las circunstancias cambian. La consecuencia es que, a través de este procedimiento, los Estados pueden adoptar una legislación armonizada con la de otros Estados para el beneficio de la movilidad de

su población y el desarrollo de sus intercambios comerciales sin perder el control de la misma y adecuándola a sus particulares intereses.

El tercer argumento a favor de la llamada uniformidad de las leyes estatales como procedimiento preferible a la acción federal radica en que, a través de ella, el texto legislativo es redactado por representantes de los Estados, los llamados “comisionados”. Éstos están familiarizados tanto con las fuentes de la legislación estatal de que la nueva ley procede como con el resto del ordenamiento estatal a la que esta última debe ajustarse. Además, los comisionados son expertos en la diversidad de las leyes estatales existentes y son conocedores de las virtudes o defectos de esas diferencias que, sin duda, influirán en las disposiciones de la nueva ley. En resumen, la uniformidad de las leyes estatales a través de la acción voluntaria de los Estados se configura como el procedimiento más adecuado para generar la integración deseada en el gran mosaico legal estadounidense frente a la imposición procedente de una regulación federal unilateral. First, getting choice of law onto the national agenda in Congress is unrealistic. A este respecto, vale la pena señalar que uno de los objetivos fundamentales de la NCCUSL es minimizar al máximo la intromisión federal en asuntos pertenecientes a los Estados y proporcionar a éstos una voz colectiva sobre cuestiones que requieren de la coordinación interestatal³⁷.

Pero las ventajas del procedimiento de uniformidad estatal no sólo radican en el llamado *making law*, esto es, en el proceso de elaboración consensuada de la ley y en la aprobación y promulgación de la misma que, como después se verá con detenimiento, corresponde a las Cámaras legislativas de los Estados. Además de ello, de acuerdo con el sistema federal de distribución de competencias, la promulgación de leyes estatales garantiza que la interpretación de la misma quede en manos de los órganos judiciales estatales. Does all of this mean that the Conference is merely a vestigial institution whose purpose has disappeared?. Como puso de manifiesto el Magistrado de la Corte Suprema Rehnquist en el año 1991:

“I think the real Genius of the Conference’s founding fathers, and the men and women who have succeeded them, was to create and maintain an organization which could deal with the need for nacional uniformity of laws without displacing the state courts. Congress can achieve nacional uniformity in a particular area of the law by passing a federal statute, but the dominant voice and the interpretation of such a statute is that of the federal courts. With a uniform law it is otherwise; the supreme courts of the states retain their authority as to

*what a state uniform law means, but they have every incentive to interpret it to conform to the holdings of other courts construing the same law*³⁸.

De este modo, -y aunque es cierto que con ello se corre el riesgo de que las cortes supremas de los Estados puedan llegar a interpretar de manera diferente los preceptos de una ley unificada en el ámbito de su jurisdicción, creando divergencias no deseables-, la promulgación de leyes uniformes por los poderes legislativos de los Estados miembros garantiza que la interpretación de la misma quede también dentro del radio de acción estatal, lo que reafirma, una vez más, el carácter federal del sistema.

Finalmente, cabría aducir un último argumento a favor del proceso de uniformidad estatal de las leyes, argumento que tiene que ver con la llamada “técnica legislativa” y con la “calidad de las leyes”. Y es que uno de los principales objetivos de la *Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales* radica en conseguir que las leyes de los Estados, además de uniformes, “sean claras, aporten seguridad jurídica, resulten más fáciles de encontrar, y estén en consonancia con una política sólida y moderna”³⁹. A este respecto conviene resaltar que es evidente que los actos normativos propuestos por la *Conferencia Nacional de Comisionados* son técnicamente notables pues sus integrantes, como a continuación se verá, son un grupo de élite cuya elección responde a su reconocido prestigio como juristas. Se trata de un grupo sofisticado interesado en la elaboración de leyes de calidad y ajeno a las dependencias políticas que genera el estar sometido a la reelección cada dos o cuatro años. Cabe afirmar, por tanto, que el producto normativo procedente de la Comisión es técnicamente superior al que pudiera derivar de cualquier cámara legislativa.

2.3. La Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales: composición, estructura y funcionamiento.

a) Objetivos y composición.

La Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales nació con el fin de proveer a los Estados de una legislación de carácter no partidista que aportase claridad y estabilidad a las áreas más críticas del derecho. Su objetivo principal es promover la uniformidad de las leyes estatales en todas aquellas materias en que la misma es deseable y practicable y, para conseguirlo, los “comisionados” participan en la redacción de proyectos legislativos que puedan ser uniformemente adoptados por

los diferentes Estados e impulsan su aprobación y promulgación por las Cámaras legislativas estatales. En términos generales, podría decirse que la labor que realiza la NCCUSL da soporte al propio sistema federal y facilita la libre circulación de personas y la libertad de establecimiento y circulación de mercancías y servicios mediante normas compatibles de un Estado a otro.

La Comisión para la Uniformidad de las Leyes estatales está integrada por comisionados de cada Estado -incluidos el Distrito de Columbia, Puerto Rico y las Islas Vírgenes de los EE.UU-. Asimismo, forma parte de la misma el principal funcionario administrativo de cada Agencia estatal con funciones legislativas. Estos comisionados son abogados cualificados en la práctica privada, estatal o federal, jueces, profesores de derecho y/o personal legislativo, que han sido previamente elegidos y designados por los gobiernos de los estados federados.

b) Procedimiento.

La Comisión para la Uniformidad de las Leyes estatales se reúne en sesión plenaria anualmente para tomar en consideración y decidir acerca de qué proyectos legislativos son asumibles y sobre los cuales vale la pena comenzar a trabajar. Con el fin de orientar al plenario, existe un Comité sobre el “ámbito y programa” que emite recomendaciones a partir de las labores de investigación que previamente realiza -entre las que pueden incluirse la audiencia a las partes interesadas- y que se encarga de informar a la Comisión acerca de cuáles son las materias en las que procedería redactar un proyecto legislativo uniforme.

Si la Comisión decide aceptar dichas recomendaciones, se designa un Comité especial encargado de preparar la redacción de un proyecto normativo que deberá ser discutido y considerado en cada una de sus secciones por el Pleno de la Comisión en un plazo normalmente no menor a dos años -correspondientes a las dos reuniones anuales de la misma- antes de decidir, a través del voto de los Estados, si procede la promulgación del proyecto como una ley de uniformidad. Cada Estado posee un voto y una ley no es promulgada a menos que la mayoría de los Estados representados en la reunión anual y, como mínimo veinte parlamentos legislativos, hayan aprobado el proyecto⁴⁰.

c) Criterios para la proposición o toma en consideración de un proyecto legislativo.

La proposición o toma en consideración de un proyecto legislativo por parte de la Comisión debe adecuarse a los siguientes criterios:

En primer lugar, la materia cuya regulación pretende ser unificada debe ser apropiada desde una perspectiva competencial. Esto es, debe tratarse de materias cuya regulación corresponde, en principio, a los Estados de acuerdo con la distribución de competencias realizada por la Constitución. Esto significa que si se trata de una materia que corresponde a la exclusiva jurisdicción del Congreso federal, no resulta adecuada para la redacción de un proyecto normativo sobre la misma ni su sucesiva adopción por los distintos Estados. Sin embargo, si se trata de una materia respecto de la que existe una competencia concurrente entre el Congreso federal y los Estados, y el primero no ha utilizado su facultad de “*pre-emption*”, la misma puede ser apropiada para su regulación por los Estados y, en consecuencia, para la actuación de la Comisión.

Todos los proyectos normativos redactados por la Comisión deben cumplir los siguientes requisitos:

a) Debe ser evidente que con su preparación y redacción se está dando un paso hacia la uniformidad de la legislación de los Estados o, al menos, hacia la minimización de su heterogeneidad.

b) Debe existir una razonable probabilidad de que el proyecto normativo, cuando sea aprobado, será aceptado y promulgado por un número sustancial de Estados o, al menos, de que su aprobación promoverá la uniformidad indirectamente.

c) El objeto del proyecto normativo debe ser tal que la uniformidad de las leyes por los distintos Estados vaya a producir beneficios significativos al interés general a través de la mejora de la ley (por ejemplo, facilitando las relaciones económicas, sociales y políticas interestatales, o respondiendo a una necesidad general común a distintos Estados de tal manera que la uniformidad de la legislación redunde en su mayor efectividad, eficiencia y claridad); o impidiendo desventajas significativas que puedan derivarse de la diversidad de las leyes estatales (por ejemplo, la tendencia de distintas leyes a inducir a error, causar perjuicios, inconvenientes u otra clase de efectos adversos sobre los ciudadanos de los Estados en sus actividades o relaciones en otros Estados o con los ciudadanos de otros Estados o en su libertad de movimiento entre los mismos).

Como señala el *Statement of Policy Establishing Criteria and Procedures for Designations and Considerations of Acts*⁴¹, los proyectos que cumplen con los siguientes criterios han gozado de la más amplia aceptación por parte de los Estados:

a) Los proyectos que facilitan las transacciones comerciales a través de las fronteras estatales, como el *Uniform Commercial Code*⁴²;

b) Los proyectos que evitan los conflictos entre Estados cuando las leyes de más de un Estado podrían aplicarse a una transacción o a un conjunto de ellas, como las siguientes: el *Uniform Act on Transfers to Minors*⁴³, el *Uniform Certification of Question of Law Act*⁴⁴, el *Uniform Child Custody Jurisdiction and enforcement Act*⁴⁵, el *Uniform Interstate Family Support Act*⁴⁶, y el *Uniform Attendance of Out of State Witnesses Act*⁴⁷;

c) Proyectos con pocas implicaciones interestatales pero concebidos y redactados para cubrir necesidades emergentes, para modernizar antiguos conceptos o para codificar el *Common Law*, como el *Uniform Acts on Simultaneous Death*⁴⁸, el *Limited Partnership*⁴⁹, el *Limited Liability Company*⁵⁰, el *Common Trust Fund*⁵¹, el *Principal and Income*⁵², y el *Fraudulent Transfer*⁵³.

d) Áreas del ordenamiento jurídico en las que los proyectos legislativos de la ULC han sido mayoritariamente adoptados por los Estados.

Por último conviene poner de relieve las principales áreas del ordenamiento jurídico en las que los proyectos legislativos de la Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales han tenido mayor aceptación entre los Estados.

a) *Commercial Law*: en esta área se incluyen algunos de los proyectos legislativos de la Comisión más exitosos e influyentes. Entre ellos destaca el ya citado *Uniform Commercial Code* (adoptado por todos los Estados)⁵⁴; el *Uniform Partnership Act* (adoptado por todos los Estados a excepción de Louisiana)⁵⁵; y el *Uniform Limited Partnership Act* (únicamente no adoptado, al igual que el anterior, por Louisiana)⁵⁶. Además, cabe mencionar algunos de los más tempranos proyectos adoptados por la mayoría de los Estados, que son el *Uniform Sales Act*⁵⁷ y el *Negotiable Instruments Act*⁵⁸.

b) *Family law*: el bagaje de la ULC en esta área del Derecho es dilatado en la medida en que el Congreso Federal no suele involucrarse en cuestiones relacionadas con el Derecho de familia. Entre los proyectos legislativos más relevantes destacan el *Uniform Reciprocal Enforcement of Support Act* (adoptado por todos los Estados)⁵⁹; el *Uniform Interstate Family Support Act* (adoptado por todos los Estados)⁶⁰; el *Uniform Child Custody Jurisdiction Act* (adoptado por todos los estados)⁶¹; y el *Uniform*

Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (adoptado por 48 Estados)⁶².

c) Por último, destaca el llamado *Probate and Trust law*: en esta área se han adoptado asimismo importantes proyectos legislativos entre los que destacan el *Uniform Probate Code* (adoptada en su totalidad únicamente por 18 Estados, pero determinadas partes del mismo han sido adoptadas por la mayoría de aquéllos)⁶³; el *Uniform Management of Institutional Funds Act* (adoptado por 49 Estados)⁶⁴; el *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act* (adoptado por 45 Estados)⁶⁵; el *Uniform Principal and Income Act* (adoptado por 40 Estados)⁶⁶; el *Uniform Prudent Investor Act* (adoptado por 44 Estados)⁶⁷; y el *Uniform Transfers to Minors Act* (adoptado por 50 Estados)⁶⁸.

A la vista de lo expuesto, procede concluir afirmando que la Comisión para la Uniformidad de las Leyes Estatales se configura como una organización peculiar del sistema federal de gobierno americano que ha contribuido, y contribuye, a mantener la independencia de los estados al mismo tiempo que garantiza un sistema jurídico uniforme para la nación.

NOTAS

1 El principio de separación de poderes fue acogido por los padres de la Constitución norteamericana de los escritos del Barón de Montesquieu y de John Locke, con los que los delegados de la Convención estaban familiarizados. Sin embargo, la instauración de un sistema de *check and balances* que debe regir la relación entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, permite afirmar que en los Estados Unidos lo que existe es, más que una estricta separación de poderes, una “difusión” del poder entre los distintos brazos de la organización política del país. A este respecto puede verse: W. BURNHAM: *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, Thomson, 2006, p. 9. Véase asimismo F. W. FRIENDLY y M. J. H. ELLIOT: *Frenos y contrapesos del poder. El ejemplo de los 200 años de la Constitución Americana*, Tesys, Barcelona, 1987.

2 Los rasgos que caracterizan el federalismo norteamericano pueden estudiarse en: L. M. FRIEDMAN: *American Law. An Introduction*, Nueva York, 1984, pp. 123-137; R. ROTUNDA: *Modern Constitutional*

Law, Sant Paul, Minn., pp. 58-212; G. GUNTER: *Constitutional Law*, Nueva York, 1991, pp. 66-310; y P. HAY y R. ROTUNDA: “The United States Federal System”, en *Studies in Comparative Law*, Ed. Mauro Cap-pelletti, 1982, todos ellos citados por. V. FERRERES COMELLA en: “Differences between the Spanish Autonomic System and the United States Federal System” en *Catalonia, Spain, Europe and Latin America: Re-gional Legal Systems and their Literature*, J. C. GÓDAN y B. D. REAMS, Jr., Buffalo, Nueva York, 1995, p. 53.

3 Los estados habían redactado y ratificado sus propias constitu-ciones tempranamente, de hecho, todos ellos lo habían hecho a finales de 1776.

4 *The Federalist Papers*, N.º. 39. Véase en: http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_39.html.

5 Véase en V. FERRERES COMELLA: “Justicia Constitucional, Democracia y Federalismo: una aproximación desde la teoría constitu-cional norteamericana”, *Autonomies: Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 21, 1996, p. 341.

6 A este respecto véase J. DAVIES: *Legislative Law and Process in a Nutshell*, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1975.

7 Algunos de los poderes enumerados parecen ciertamente tri-viales en la actualidad, por ejemplo, en la cláusula 37 el Congreso es habilitado para “establecer oficinas de correos y de carreteras”; otras seis cláusulas tienen que ver con el establecimiento y mantenimiento de las fuerzas armadas (11 a 16); y otro grupo de ellas está dedicado a cuestiones financieras como la recaudación de impuestos, préstamos y el acuñe de moneda (cláusulas 1, 2 y 5); el Congreso federal también tiene poderes en específicas áreas de política exterior, entre las que destaca el poder de declarar la guerra (cláusula 11).

8 Los padres de la Constitución reciben el nombre de “framers of the Constitution”. A este respecto puede consultarse W. BURNHAM: *Introduction to the Law and legal System of the U. S.*, op. cit., pp. 1 y ss.

9 *The Federalist Papers*, N.º. 45.

10 17 U.S. 316 (1819).

11 El Juez Marshall diseñó el siguiente test para evaluar cuándo una ley federal es necesaria y apropiada para ejecutar una competen-

cia federal tasada: “*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appopiate, which are plainly adapted to that end, which are no prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitucional*”. Dicho test sirvió de base para determinar la legitimidad constitucional de una interpretación expansiva del poder legislativo federal. Para un estudio en profundidad de esta sentencia consúltese R. E. LEVY: *The Power to Legislate: A Reference Guide to the United States Constitution*, Paeger Publishers, Westport, 2006, pp.20 y ss.

Véase asimismo un estudio de la más reciente jurisprudencia sobre esta cláusula en J. R. BECK: “The new Jurisprudence of the Necessary and Proper Clause”, *University Illinois Law Review*, (581), 2002. En este artículo el autor sostiene que la historia de esta Cláusula implica la aplicación de límites implícitos en el ámbito de aplicación material de los poderes federales pero no implícitas restricciones basadas en la soberanía de los Estados.

Cabe poner de manifiesto, asimismo, que en el año 1816 la Corte Suprema se había auto-atribuido, en su sentencia sobre el Caso *Martin v. Hunter’s Lesse* (14 U.S. 304 (1816)), la jurisdicción sobre la apelación de “todos” los casos relativos a cuestiones de derecho federal, con independencia de que éstos procedieran de las cortes federales inferiores o de los tribunales estatales. La Corte Suprema federal, proclamaba con esta sentencia su competencia para revisar la jurisprudencia de las cortes de justicia estatales.

12 El artículo VI, Sección Segunda de la Constitución, dispone que: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any state to the Contrary notwithstanding*”.

13 Se trata de las Enmiendas 13 (1865), 14 (1868) y 15 (1870). La primera ponía fin a la esclavitud y la última reconocía el derecho al voto a los nuevos ciudadanos. Véase al respecto T. MARSHALL: “Reflections of the Bicentennial of the United States Constitution”, *Harvard Law Review*, 1,2, 1987.

14 Véanse M. GRIDZINS, *The American System: New View of Government in the United States*, D. Elazar ed., 1966; WECHSLER, «The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection or the National Government», en *Federalism Mature and Emergent*, A. MacMahan ed., 1955. Jurisprudencia citada por R. B.

STEWART: “Principios estructurales de Derecho Constitucional y los valores del Federalismo: la experiencia de los Estados Unidos” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, pp. 55-75. Resulta de sumo interés asimismo R. W. BENNETT: *Taming the Electoral College*, Stanford University Press, California, 2006.

15 Una sentencia crucial fue la promulgada en el caso *Wickard v. Filburn*, 317 U. S. 111 (1942), que atribuyó al Congreso federal la facultad de regular la actividad económica que pudiera tener impacto en el comercio entre los Estados, lo cual ha permitido un incremento considerable de su capacidad para reglamentar cuestiones relacionadas con la banca a través del etiquetaje de productos.

También pueden verse las sentencias promulgadas en los casos *Heart of Atlanta Motel v. United States*, 379 U. S. 241 (1964) y *Katzenbach v. McClung*, 379 U. S. 294 (1964).

16 Véanse las sentencias promulgadas en los casos *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 v. s. 548 (1937) y *Helvering v. Davis*, 301 U. S. 619 (1937).

H. W. TOLL señala que es inherente a la estructura del Gobierno Americano que en general las leyes de los Estados no sean uniformes. De acuerdo con ello, afirma que “todo el mundo es consciente del hecho que sólo existe un área limitada de gobierno en la que en la que la administración nacional está dotada de toda autoridad por la Constitución, aunque la Corte Suprema la ha estirado mediante el elástico refuerzo de las cláusulas de *Public Welfare* y *Comerce Clause*. Pero, quizá, lo más importante es el hecho, sobre el que no siempre se cae en la cuenta, de que más allá de los límites de la citada área, cada estado tiene una autoridad tan absoluta como la que pueden tener Francia, México o Venezuela”. Véase en: “Uniform State Laws”, *Mountain Law Review*, Volúmen 26, N° 4, junio, 1954, p. 2.

17 *United States v. Lopez*, 514 U. S. 549 (1995), en la que la Corte Suprema revocó una ley penal federal que imponía sanciones a la posesión de armas de fuego dentro o en los entornos de las escuelas, rechazando los siguientes argumentos: las armas de fuego tienen un uso criminal que produce un impacto económico a consecuencia de los efectos desalentadores sobre los individuos para viajar a las áreas del país de alta criminalidad; b) además, la criminalidad en las escuelas impide el adecuado desarrollo del proceso educacional, lo que produce como resultado una “ciudadanía menos productiva”. La Corte sostuvo, en esta ocasión, que aceptar tales argumentos sería tanto como permitir

al Congreso legislar sobre toda criminalidad violenta y sobre todas las actividades relacionadas con ella, así como sobre cualquier actividad relacionada con la productividad económica de los ciudadanos, incluido el matrimonio y el divorcio. Esto podría conllevar, afirma la Corte, una infracción de los poderes tradicionales de los Estados. En sentido parecido puede verse el caso *United States v. Morrison*, 529 U. S. 598 (2000), en el que la Corte Suprema invalidó la “Ley Federal de Violencia contra las Mujeres” por ser una materia incluida en los tradicionales poderes de policía de los Estados. Un estudio exhaustivo del conjunto de pronunciamientos de la Corte Suprema en los que se invalidan normas federales para preservar la soberanía y autoridad de los Estados puede verse en R. E. LEVY: *The Power to Legislate*, op. cit., pp. 66 y ss.

18 Sentencia *Gonzales v. Raich*, 125 S. Ct. 2195, 2200 (2005). En el presente caso la Corte tuvo que pronunciarse acerca de si el Congreso federal era competente para prohibir el cultivo para consumo individual de marihuana medicinal. La Corte declaró la constitucionalidad de la ley federal prohibitiva, rechazando el argumento según el cual el uso medicinal de la marihuana no es una actividad económica o comercial. Un estudio exhaustivo de la sentencia puede verse en R. E. LEVY: *The Power to Legislate*, op. cit., pp. 67 y ss.

19 En virtud de lo dispuesto por la “cláusula de supremacía”, a la que se ha hecho mención *supra*, allí donde el Congreso ha decidido legislar y se produce un conflicto con la legislación estatal, esta última debe ceder ante la ley federal.

20 Un ejemplo de ello sería la adopción, a través de una norma federal, de ciertos estándares mínimos en apoyo de la acogida de menores, en el año 1970: véase 42 U. S. C. A, 651 y ss. Así, el Derecho de Familia ha sido tradicionalmente considerado como un área de competencia estatal, sin embargo, el Congreso federal ha intervenido en algunas áreas del mismo, especialmente en materia de asistencia a las familias necesitadas y para exigir el cumplimiento de las obligaciones hacia los menores. Véase al respecto W. BURNHAM: *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, op. cit., pp. 525 y ss.

21 Un ejemplo en este sentido lo encontramos en la adopción de la “Truth-in Lending Act” para uniformar las legislaciones estatales en materia de operaciones crediticias de los consumidores. Véase 15. U. S. C. A., 1601 y ss. Un estudio más específico sobre la materia puede verse en W. BURNHAM: *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, op. cit., pp. 564 y ss.

22 También conocida como *NCCUSL*, *NLC* o *Conferencia Nacional de Comisionados*.

23 *Staples v. Franklin Bank*, 42 Mass. (1 Met.) 43 (1840).

24 Hart, *The Movement for Uniform State Laws*, 23 CASE & COM. 646, 646-47 (1917).

25 *Report of the Committee on Uniform State Laws*, 13 A.B.A. REP. 336, 337 (1890).

26 Un estudio detallado del surgimiento y primeros cincuenta años de actividad de la Comisión puede verse en W. A. SCHNADER: *Fifty Years. National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, Philadelphia. Pa., 1940.

27 El año concreto de incorporación de cada uno de los estados de la Federación a la ULC puede consultarse en W. P. ARMSTRONG, Jr.: *A Centennial History of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, West Publishing Company, 1991, pp. 161 y ss.

28 R. A. STEIN: "Efforts to Ensure Uniform State Laws have Helped Uphold the Rule of Law", *ABA Journal*, Julio, 2002, p. 2.

29 J. J. WHITE: "Ex proprio vigore", *Michigan Law Review*, 1991, p. 6.

30 317 U.S. 111 (1942).

31 379 U.S. 294 (1964).

32 402 U.S. 146 (1971).

33 15 U.S.C. §§ 1601-1693r.

34 15 U.S.C. § 1633.

35 Sirva de ejemplo la llamada "Electronic Fund Transfer Act", 15 U.S.C.A. § 1693.

36 M. Gottesman: *Draining the Dismal Swamp: The Case for Federal Choice of Law Statutes*, 80 GEO. L.J. 1, 1991).

37 DUNHAM: *A History of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, 30 LAW & CONTEMP. PROBS. 233, 237 (1965).

38 Prólogo del libro de W. P. ARMSTRONG, JR.: *A century of service –a centennial history of the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, West Publishing Company, Chicago, 1991, 18-19.

39 F. H. MILLER: “The significance of the uniform laws process: why both politics and uniform laws should be local: perspectives of a former executive director”, *Ocklahoma City University Law Review*, 2002, p. 2.

40 Además, cada ley de uniformidad debe ser sometida a la consideración de la “American Bar Association”.

41 Aprobado el 13 de enero de 2001. Véase en *Uniform Law Commission, Reference Book*, 2008-2009, Chicago, Estados Unidos.

42 1951.

43 1983.

44 1995.

45 1997.

46 1992.

47 1931.

48 1940.

49 2001.

50 2006.

51 1938.

52 1997.

53 1984.

54 1951.

- 55 1914.
- 56 1916.
- 57 1906.
- 58 1881.
- 59 1950.
- 60 1992.
- 61 1969.
- 62 1997.
- 63 1969.
- 64 1972.
- 65 2006.
- 66 1997.
- 67 1992.
- 68 1986.

Dictámenes

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA RELATIVO A PROYECTO DE DECRETO DE AUTORIDAD DEL PROFESORADO EN CASTILLA-LA MANCHA.

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Informe propuesta.- El procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto que se somete a dictamen tiene origen en una propuesta, redactada con fecha 2 de octubre de 2012 por la Directora General de Organización, Calidad Educativa y Formación Profesional de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes, donde se hace una enumeración de varios precedentes normativos por los que considera conveniente y propone la redacción de un texto reglamentario, con rango de Decreto, para dar desarrollo a la Ley 3/2012, de 10 de mayo, de Autoridad del Profesorado.

Segundo. Resolución de inicio.- El día 16 de octubre ulterior el Consejero de Educación, Cultura y Deportes resolvió autorizar el inicio de los trámites conducentes a la elaboración y aprobación del citado proyecto de Decreto.

Tercero. Primer borrador del texto reglamentario.- Obra en el expediente, a continuación, un primer borrador del Decreto promovido, carente de fecha, que consta de un preámbulo, 12 artículos -encuadrados en tres capítulos-, una disposición adicional, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

Cuarto. Informe de los Servicios Jurídicos.- Con fecha 22 de octubre siguiente fue emitido informe por el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, en el que, tras analizar el procedimiento a desarrollar y el contenido de la futura norma, concluye informando favorablemente el texto redactado.

Quinto. Memoria justificativa.- Se integra seguidamente en el expediente una Memoria suscrita por la referida Directora General de Organización, Calidad Educativa y Formación Profesional, datada a 29 de octubre de 2012, en la que se exponen los objetivos perseguidos por la disposición proyectada, la conveniencia de su aprobación, así como

su incidencia en los aspectos jurídico, presupuestario y de simplificación administrativa.

Sexto. Sometimiento a la Mesa Sectorial de Educación.- Consta después en el expediente, mediante certificación expedida por su Secretario, que con fecha 18 de diciembre de 2012 el texto reglamentario proyectado fue sometido a consideración de la Mesa Sectorial de Educación.

Séptimo. Memoria económica.- Obra ulteriormente una Memoria de carácter económico, elaborada el día 13 de enero siguiente por la ya citada Directora General, donde se analiza la repercusión económica de las medidas de protección del profesorado contempladas en la norma reglamentaria proyectada, significando que su implantación comportaría un incremento del gasto público anual para el Presupuesto de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con incidencia sobre dos partidas, correspondientes al desarrollo de una campaña publicitaria -5.010.000 euros- y al coste de un seguro de cobertura de asistencia jurídica para los profesores de los centros docentes concertados -6.525.000 euros-.

Octavo. Dictamen del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha.- Con fecha 22 de enero de 2013 el Consejo Escolar de Castilla-La Mancha emitió su dictamen n.º 2/2013 -aprobado con 22 votos a favor, 6 en contra y una abstención-, sobre el texto reglamentario proyectado, efectuándose en él numerosas observaciones de detalle a su articulado.

Noveno. Segundo borrador.- Figura en el expediente, seguidamente, un segundo borrador del texto reglamentario proyectado, que mantiene la misma estructura compositiva de su versión precedente.

Décimo. Informe sobre impacto de género.- El 31 de enero posterior, la Secretaria General de la Consejería actuante emitió informe valorativo de las repercusiones del proyecto de Decreto desde el punto de vista del impacto de género, concluyendo que su contenido resulta positivo y pertinente desde la perspectiva señalada.

Undécimo. Informe del Gabinete Jurídico.- Figura en el expediente, a continuación, el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, datado igualmente a 31 de enero de 2013, en el que se analiza el texto del proyecto de Decreto en tramitación, informando favorablemente su contenido.

Duodécimo. Informe de la Secretaría General de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes.- También con fecha 31 de enero de 2013 fue emitido informe por parte de la Secretaria General de la Consejería promotora de la iniciativa, de signo favorable a la elevación del texto al Consejo de Gobierno.

Decimotercero. Informe de la Dirección General de Presupuestos y Fondos Comunitarios.- Seguidamente, fue emitido informe en relación con el Decreto proyectado por parte la Directora General de Presupuestos y Fondos Comunitarios de la Consejería de Hacienda, fechado a 6 de febrero siguiente, en el que, atendiendo a lo expresado en la Memoria económica emitida previamente, se concluye no haber inconveniente para informar favorablemente el texto proyectado.

Decimocuarto. Texto del proyecto de Decreto.- El expediente remitido para dictamen se completa con el texto definitivo del proyecto de Decreto sometido a dictamen, que se compone de un preámbulo, 12 artículos -integrados en tres capítulos-, una disposición adicional, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

En el preámbulo se recogen los principales motivos y referentes legales en los que se enmarca la iniciativa, haciendo singular mención a las previsiones de la referida Ley 3/2012, de 10 de mayo, de autoridad del profesorado en Castilla-La Mancha.

El capítulo I, relativo a “*Disposiciones Generales*”, consta de dos artículos: el 1, que se ocupa de determinar el objeto de la norma y su ámbito de aplicación, y el 2, sobre la finalidad de la disposición.

El capítulo II se denomina “*Régimen disciplinario en los centros educativos*” y consta de ocho artículos relativos a:

“*Marco normativo*” (artículo 3).

“*Conductas infractoras*” (artículo 4).

“*Conductas infractoras gravemente atentatorias*” (artículo 5).

“*Medidas educativas correctoras*” (artículo 6).

“*Eficacia y garantías procedimentales*” (artículo 7).

“*Prescripción*” (artículo 8).

“*Facultades del profesorado*” (artículo 9).

“*Graduación de la culpa, responsabilidad y reparación de daños*” (artículo 10).

El capítulo III se refiere a “*Medidas de apoyo al profesorado*”, atinentes a “*apoyo y asesoramiento administrativo*” (artículo 11) y “*asistencia jurídica al profesorado de los centros privados concertados*” (artículo 12).

La disposición adicional única trata sobre el plazo de adaptación de las normas de convivencia de los centros docentes.

La disposición derogatoria prevé la derogación genérica de cuantas normas de igual o inferior rango se opongan al contenido del Decreto.

Por último, las tres disposiciones finales incorporan previsiones sobre “*cláusula de supletoriedad*” (primera), “*desarrollo reglamentario*” (segunda) y “*entrada en vigor*” (tercera).

Decimoquinto. Toma en consideración por el Consejo de Gobierno.- Se acredita finalmente, por medio de certificación de su Secretaria adjunta, que en reunión de 7 de febrero de 2013 el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades acordó tomar en consideración el proyecto de Decreto de autoridad del profesorado en Castilla-La Mancha, así como su envío a este Consejo Consultivo para la emisión de dictamen.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 15 de febrero de 2013.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete a consideración de este Consejo el proyecto de Decreto “*de autoridad del profesorado en Castilla-La Mancha*”, lo que resulta acorde con el artículo 54.4 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-

La Mancha, según el cual este último órgano deberá ser consultado en relación con los *“Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones”*.

El contenido del proyecto de Decreto mencionado está abiertamente concebido como desarrollo normativo de las determinaciones legales contenidas en la Ley 3/2012, de 10 de mayo, de Autoridad del Profesorado de Castilla-La Mancha, sirviendo así al desarrollo reglamentario previsto con carácter general en la disposición final primera de la citada norma legal. Asimismo, visto el contenido del referido proyecto, este resulta especialmente vinculable a varias determinaciones concretas acogidas en los artículos 6.2, 7.5 y 8.c) de dicha Ley 3/2012, relativas a la asistencia jurídica prestada al profesorado de centros docentes privados concertados, a los criterios de homogeneización de las medidas correctoras aplicables al alumnado y demás miembros de la comunidad educativa, así como a la creación de una unidad administrativa para la atención, protección y asesoramiento del profesorado.

En consecuencia, procede emitir el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- En el ámbito de la Comunidad Autónoma el ejercicio de la potestad reglamentaria se regula por el artículo 36 de la referida Ley 11/2003, de 25 de septiembre, el cual la atribuye al Consejo de Gobierno, sin perjuicio de la facultad de sus miembros de dictar normas reglamentarias en el ámbito propio de sus competencias. En su apartado segundo, el citado artículo 36 establece que el ejercicio de dicha potestad *“requerirá que la iniciativa de la elaboración de la norma reglamentaria sea autorizada por el Presidente o Consejero competente en razón de la materia, para lo que se elevará memoria comprensiva de los objetivos, medios necesarios, conveniencia e incidencia de la norma que se pretende aprobar”*, añadiéndose en el apartado tercero que *“en la elaboración de la norma se recabarán los informes y dictámenes que resulten preceptivos, así como cuantos estudios se estimen convenientes. Cuando la disposición afecte a derechos o intereses legítimos de los ciudadanos se someterá a información pública de forma directa o a través de las asociaciones u organizaciones que los representen, excepto que se justifique de forma suficiente la improcedencia o inconveniencia de dicho trámite. Se entenderá cumplido el trámite de información pública cuando las asociaciones y organizaciones representativas hayan participado en la*

elaboración de la norma a través de los órganos Consultivos de la Administración Regional”.

El contraste de las actuaciones practicadas en el curso del procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto, que fueron descritas en los antecedentes, con las determinaciones del artículo 36 previamente transcritas permite validar el conjunto de la tramitación efectuada, cabiendo precisar respecto al trámite de información pública exigido por el apartado 3 del indicado artículo, que en el presente supuesto este debe entenderse cumplimentado con el sometimiento del proyecto de Decreto al Pleno del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, órgano colegiado de carácter consultivo y de asesoramiento del Gobierno Regional, así como de participación de la sociedad castellano manchega en la programación general de la enseñanza en los niveles anteriores a la Universidad, donde se canaliza la representación de los sectores sociales y estamentos más ligados a la actividad educativa, dándose con ello cumplimiento a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación de Castilla-La Mancha, que determina los supuestos de obligada consulta al órgano citado.

El expediente dispone de un índice numerado de los documentos que lo conforman, los cuales han sido correctamente foliados y ordenados de modo cronológico.

En consecuencia, puede concluirse que en el procedimiento sustanciado para la elaboración del proyecto de Decreto se ha dado cumplimiento a los trámites formales exigidos legalmente.

III

Marco normativo.- El marco normativo en el que se inserta la norma reglamentaria sometida a dictamen viene configurado, primeramente, por los mismos precedentes ya aludidos en el dictamen 30/2012, de 29 febrero, emitido por este Consejo con motivo de la tramitación del anteproyecto de Ley de Autoridad del Profesorado, luego aprobada como Ley 3/2012, de 10 de mayo.

Siguiendo el mismo hilo expositivo de dicho dictamen, procede señalar que el derecho a la educación es un derecho fundamental de los reconocidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución (artículo 27), lo que implica, tanto la reserva de su desarrollo a la Ley Orgánica (artículo 81.1), como la incidencia de la

competencia que el artículo 149.1.1^a atribuye al Estado para regular *“las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”*. Además, el artículo 149.1.30^a atribuye al Estado competencia para la *“regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”*.

En ejecución de estas previsiones constitucionales, el Estado aprobó sucesivas leyes orgánicas en el campo de la educación no universitaria, de las que actualmente se encuentran vigentes la Ley Orgánica 1/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE); la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones Profesionales y de la Formación Profesional; y la Ley 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). A los efectos de la norma sometida a dictamen interesa destacar que la LODE establece en su artículo 4.2, epígrafe f), que corresponde a los padres, entre otras obligaciones, la de respetar y hacer respetar *“[...] la autoridad y las indicaciones u orientaciones educativas del profesorado”*, y en el artículo 6.4, incluye, entre los deberes básicos de los alumnos, los de *“Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado”* y *“respetar las normas de organización, convivencia y disciplina del centro educativo”*. Por su parte, la LOE dispone en su artículo 104.1 que las Administraciones educativas velarán *“porque el profesorado reciba el trato, la consideración y el respeto acordes con la importancia social de su tarea”*, añadiendo su apartado 2 que *“las Administraciones educativas prestarán una atención prioritaria a la mejora de las condiciones en que el profesorado realiza su trabajo y al estímulo de una creciente consideración y reconocimiento social de la función docente”*. Asimismo, cabe indicar que el artículo 105 de la LOE encomienda a las Administraciones educativas, *“respecto del profesorado de los centros públicos, adoptar las medidas oportunas para garantizar la debida protección y asistencia jurídica, así como la cobertura de la responsabilidad civil, en relación con los hechos que se deriven de su ejercicio profesional”*.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico autonómico de Castilla-La Mancha, hay que partir del artículo 37.1 de su Estatuto de Autonomía, donde se señala que *“corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen y sin perjuicio de las facultades*

que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía”. Ostentando, por tanto, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha competencia en materia educativa en los términos que se acaban de indicar, y encontrándose en el pleno ejercicio de tales competencias en virtud del Real Decreto 1844/1999, de 3 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en materia de enseñanza no universitaria, puede afirmarse que la misma tiene competencia para regular la educación y, en particular aspectos concernientes a la consideración y reconocimiento social de la función docente, en el marco de la regulación que ofrecen las normas básicas mencionadas anteriormente. En ejercicio de esta competencia la Comunidad Autónoma ha aprobado numerosas normas legales y reglamentarias en materia de educación no universitaria con incidencia sobre el ámbito concreto de regulación del proyecto sometido a Dictamen.

Así, cabe referirse, en primer lugar, a la Ley 7/2010, de 20 de julio, de Educación de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 5 incorpora como uno de los ejes básicos del sistema educativo el “reconocimiento social y de su autoridad y la exigencia profesional del profesorado” [...]; el artículo 11 incluye, entre los deberes del alumnado “la colaboración con el profesorado, respetando su autoridad”; el artículo 16, apartado 3, dispone que “El Consejo de Gobierno regulará los supuestos, las condiciones y el alcance de la autoridad del profesorado en el ejercicio de sus funciones”; el apartado 16.4 dispone a su vez que “La Consejería competente en materia de educación comunicará a la fiscalía correspondiente las actuaciones contra el profesorado que, en su caso, pudieran constituir un supuesto de atentado contra la autoridad pública en el ejercicio de sus funciones”. Asimismo, el artículo 20 preceptúa que “La Consejería competente en materia de educación prestará una atención prioritaria a la mejora de las condiciones laborales del profesorado y establecerá planes de trabajo para lograr una creciente consideración y reconocimiento social de la función docente”, y el artículo 21 dispone que la citada Consejería podrá adoptar, respecto al profesorado de los centros públicos, entre otras medidas: “h) La debida protección y asistencia jurídica, así como la cobertura de la responsabilidad civil, en relación con los hechos que se deriven de su ejercicio profesional”.

Es igualmente preciso introducir ahora una referencia al contenido de la ya mencionada Ley 3/2012, de 10 de mayo, que de manera específica ha regulado en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha la “autoridad del profesorado”, destacando de la misma varios de sus preceptos, reproducidos textualmente a continuación, por su singular conexión con el contenido del proyecto de Decreto:

- “Artículo 6. Asistencia jurídica y cobertura de responsabilidad civil.- [] 1. La Consejería con competencias en materia de educación proporcionará asistencia jurídica al profesorado que preste servicios en los centros educativos públicos dependientes de esta en los términos establecidos en la Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. [] 2. Esta asistencia se prestará al profesorado de los centros privados concertados en los términos en que se desarrolle reglamentariamente. [] 3. La asistencia jurídica consistirá en la representación y defensa en juicio, cualesquiera que sean el órgano y el orden de la jurisdicción”.

- “Artículo 7. Responsabilidad y reparación de daños [] [...] 3. En los casos de agresión física o moral al profesor o profesora causada por el/la alumno/a o personas con ellos relacionadas, se deberá reparar el daño moral causado mediante la petición de excusas y el reconocimiento de la responsabilidad de los actos. La concreción de las medidas educativas correctoras o disciplinarias se efectuará por resolución de la persona titular de la dirección del centro educativo público y por la titularidad del centro en el caso de centros privados concertados, en el marco de lo que dispongan las normas de convivencia, funcionamiento y organización de los centros, teniendo en cuenta las circunstancias personales, familiares o sociales, la edad del alumno o alumna, la naturaleza de los hechos y con una especial consideración a las agresiones que se produzcan en los centros de educación especial, debido a las características del alumnado de estos centros. [] [...] 5. La Consejería con competencias en materia de educación establecerá la homogenización [sic] de las medidas educativas correctoras o disciplinarias para que todos los centros, ante la misma falta o hecho, tengan la misma respuesta”.

- “Artículo 8. Protección y Reconocimiento [] La Consejería con competencias en materia de educación adoptará las medidas de protección y reconocimiento siguientes: [] [...] c) Crear una unidad administrativa con las funciones de atención, protección, asesoramiento y apoyo al profesorado en todos los conflictos surgidos en el aula o centro educativo y en las actividades complementarias y extraescolares. [] [...]”.

Por último, debe significarse que, entre las numerosas disposiciones reglamentarias que el Gobierno de Castilla-La Mancha ha aprobado con anterioridad, guarda una especial relación con el objeto del proyecto sometido a dictamen, el Decreto 3/2008, de 8 de enero, de Convivencia Escolar, cuyo objeto principal es establecer el marco general por el que los centros docentes no universitarios públicos y privados concertados, en el ejercicio de su autonomía pedagógica y organizativa, han de regular la convivencia escolar, así como la articulación de un conjunto de actuaciones y medidas para su promoción y mejora.

IV

Observación de carácter esencial.- Pasando finalmente al examen del texto reglamentario que se somete a consulta, cabe efectuar una observación, relativa al ámbito de aplicación de la norma y su potencial incidencia sobre los centros privados no concertados, que debe ser conceptuada como de carácter esencial, por las razones que seguidamente se exponen.

El artículo 4.1 del proyecto de Decreto, que inicia la regulación de las conductas contrarias a la disciplina objeto de tratamiento, recoge en su último inciso un elemento definitorio de la materia que remite al ámbito de aplicación señalado en el artículo 1 de la Ley 3/2012, de 10 de mayo, en cuyo apartado 4 se establece: *“Esta ley será de aplicación al profesorado de los centros docentes educativos públicos comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y dependiente de la Consejería con competencias en materia de educación y de las administraciones locales y al profesorado de los centros privados de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha que impartan alguna de las enseñanzas enumeradas en el apartado 2”*. Así, como el artículo 1 del proyecto de Decreto, cuando identifica su objeto y ámbito de aplicación, se refiere genéricamente al desarrollo de la citada Ley 3/2012, de 10 de mayo, es viable interpretar que las previsiones del capítulo II del texto proyectado pretenden ser aplicadas a los centros docentes privados no concertados, toda vez que no hay elementos excluyentes que muevan a entender lo contrario, ni en la Ley de referencia, ni en el proyecto de Decreto ahora analizado.

Sin embargo, el principal referente legal existente en la LOE sobre el alcance de las competencias de las Administraciones educativas en orden a la conformación de un marco general definitorio del contenido de los proyectos educativos y, dentro de ellos, de los correspondientes *“planes de convivencia”*, se encuentra en su artículo 121.3, con circunscripción de las atribuciones conferidas en ese orden a los centros públicos y privados concertados. En ese sentido, señala el referido precepto: *“Corresponde a las Administraciones educativas establecer el marco general que permita a los centros públicos y privados concertados elaborar sus proyectos educativos, que deberán hacerse públicos con objeto de facilitar su conocimiento por el conjunto de la comunidad educativa [...]”*. Tal restricción material se coherente claramente con la proclamada autonomía de actuación de los centros docentes privados no concertados, plasmada en el artículo 25 de la LODE, donde se indica sobre este tipo de centros: *“Dentro de las*

disposiciones de la presente Ley y normas que la desarrollan, los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente, elaborar el proyecto educativo, organizar la jornada en función de las necesidades sociales y educativas de sus alumnos, ampliar el horario lectivo de áreas o materias, determinar el procedimiento de admisión de alumnos, establecer las normas de convivencia y definir su régimen económico”.

Dado el carácter básico de los referidos preceptos legales, resultan de aplicación en todo el territorio español y la normativa autonómica no puede contener estipulaciones contrarias a los mismos. Por añadidura, resultan coherentes con este planteamiento las previsiones delimitadoras del ámbito de aplicación del vigente Decreto 3/2008, de 8 de enero, de Convivencia Escolar en Castilla-La Mancha, toda vez que el artículo 1.2 de dicha disposición reglamentaria determina su ámbito de aplicación estableciendo que dicho Decreto es de aplicación solo a los centros docentes públicos y “*privados concertados*” no universitarios de la Comunidad Autónoma.

En consecuencia, en opinión de este Consejo, debería esclarecerse con la necesaria precisión el ámbito de aplicación del Decreto proyectado, especialmente en relación con la operatividad de las pautas homogeneizadoras de índole disciplinaria, a fin de clarificar que los criterios y preceptos acogidos en el capítulo II del texto proyectado no son de obligada aplicación en las normas de convivencia establecidas por los centros privados no concertados, como tampoco lo pueden ser las reglas atributivas de competencia o sobre impugnabilidad de las decisiones previstas en el artículo 6.5, párrafo segundo, del texto reglamentario proyectado, en relación con la imposición de las medidas correctoras tratadas en el apartado 4 anterior. Conviene aclarar que esta inaplicabilidad de forma imperativa solo es predicable de los mencionados aspectos, y es por ello que el citado dictamen 30/2012, de 29 febrero, emitido por este Consejo con motivo de la tramitación del anteproyecto de Ley de Autoridad del Profesorado, se pronunció favorablemente a la aplicación del mismo a centros privados no concertados, a diferencia de lo que ahora se señala respecto a los referidos concretos apartados del proyecto de Decreto. No obstante, todo ello es compatible con la posibilidad de que los centros privados no concertados asuman voluntariamente un régimen disciplinario como el previsto en el Decreto, bien a iniciativa propia, bien en el marco de posibles convenios de colaboración con la Consejería competente, que pueden contemplar el compromiso de establecer ese régimen, así como otros aspectos de la regulación contenida en el Decreto, y cuya celebración puede preverse en el mismo.

V

Observaciones de carácter no esencial.- Asimismo, cabe efectuar algunas otras observaciones de orden conceptual, de técnica y sistemática normativa o sobre simples extremos de redacción, que de ser atendidas redundarían en beneficio de la norma:

1. Sobre el rango de la norma.-

El principal objeto de la norma proyectada -o “*finalidad*”, como con visión parcial e insistencia innecesaria señala su artículo 2- es el establecimiento de unos criterios de homogeneización tendentes a lograr cierta uniformidad de tratamiento en la definición de las conductas contrarias a la disciplina escolar -atentatorias a la autoridad del profesorado- y en sus mecanismos de corrección, a lo que se dedica el capítulo II del proyecto de Decreto, que comprende 8 de sus 12 artículos.

El examen del artículo 7.5 de la tan citada Ley 3/2012, de 10 de mayo, anteriormente transcrito, revela que este proceso de homogeneización se ha encomendado expresamente a “*la Consejería con competencias en materia de educación*”. De tal modo, tomando este precepto en su estricta literalidad, la aprobación del proyecto de Decreto generaría la impresión de que el Consejo de Gobierno está ejerciendo, impropia- mente, unas funciones que le han sido atribuidas por norma legal y directamente a uno de sus miembros. Esto podría entenderse así, salvo que se considere que el proceso de homogeneización previsto en la Ley no queda agotado con el presente texto reglamentario, sino que ha de venir seguido de un desarrollo ulterior llevado a cabo mediante Orden de la referida Consejería.

2. Preámbulo.-

Como viene recomendando habitualmente este Consejo, con- vendría completar su contenido expositivo, relativo a los motivos, fun- damentos y referentes normativos de la disposición proyectada, con la integración de un párrafo que haga mención al título competencial au- tonómico ejercido mediante la presente manifestación de la potestad reglamentaria, que es el plasmado en el artículo 37.1 del Estatuto de Autonomía de la Región.

En tal sentido, cabe citar como ejemplo el párrafo cuarto del preámbulo del citado Decreto 3/2008, de 8 de enero, de Convivencia

Escolar en Castilla-La Mancha, donde sí se insertó una explicación de esa índole.

3. Articulación de medidas de **conciliación** entre el texto reglamentario proyectado y el **régimen disciplinario** contenido en el título III del citado Decreto 3/2008, de 8 de enero.

Obviando ahora las dudas ya tratadas en la consideración IV, sobre la eventual falta de coincidencia de sus ámbitos de aplicación -ligada a la potencial incidencia del Decreto proyectado sobre los centros privados no concertados-, existe un paralelismo tangible entre los listados de conductas contrarias y medidas correctoras incluidos en el citado Decreto 3/2008, de 8 de enero -artículos 22 al 30-, y los reseñados en el actual proyecto de Decreto -capítulo II-, siendo distinguibles, en ambos casos, dos diferentes rangos de gravedad en la clasificación de los comportamientos objeto de reprensión, que vienen a corresponderse, consecuentemente, con dos tipos de medidas correctoras de menor o mayor intensidad.

El principal elemento definitorio de las conductas contrarias que son enunciadas en los artículos 4 y 5 del proyecto de Decreto -llamadas conductas infractoras-, es su singular focalización en el profesorado como sujeto pasivo de las mismas, en tanto que las conductas reprobables definidas por el Decreto 3/2008, de 8 de enero, tienen un ámbito de operatividad más amplio que abarca a toda la comunidad educativa. De tal modo, es inevitable que la mayoría de los “*tipos infractores*” definidos en el proyecto de Decreto encuentren también encaje en las previsiones del referido Decreto 3/2008, de 8 de enero, dependiendo de su encuadramiento en uno o en otro bloque que puedan ser castigadas con medidas correctoras de diferente gravedad, así como otras circunstancias relativas al órgano competente para su adopción, la tramitación aplicable, su eventual impugnabilidad ante el Consejo Escolar, etc.

Se vendría así a construir una suerte de subsistema disciplinario, específicamente orientado a la protección del profesorado, pero que no desplaza ni sustituye al actualmente instaurado por el Decreto 3/2008, de 8 de enero, sino que pretende coexistir con él considerándolo supletorio pero recurriendo al mismo, por causas diversas no bien determinadas, cuando ello pudiera resultar pertinente -véanse los artículos 6.1, 6.1.d), 6.2.e), 10.1 o la disposición final primera del texto proyectado-.

Como ejemplo de las disfunciones que puede provocar esta atípica y compleja convivencia de bloques disciplinarios basta ver que la comisión de faltas de puntualidad o asistencia por parte de los alumnos,

que actualmente ya son conductas contrarias a las normas generales de convivencia, pasarían a conceptuarse, también y siempre, como atentatorias a la autoridad del profesorado, por lo que dichas conductas serían incardinables simultáneamente, tanto en el artículo 22 del Decreto 3/2008, de 8 de enero, como en el artículo 4.2.a) del proyecto de Decreto, con diferentes consecuencias en uno u otro caso. Las incertidumbres que provoca este tipo de duplicidades se une, a su vez, a la problemática interpretativa que genera el uso de disposiciones derogatorias genéricas -siempre reprobable-, como la incluida en el proyecto de Decreto.

Otro ejemplo de disfuncionalidad generado por la enmarañada coexistencia de estos dos sistemas disciplinarios puede verse en relación con las conductas consistentes en la causación de deterioros de material. El Decreto 3/2008, de 8 de enero, ya contempla dos supuestos de esta naturaleza en los artículos 22.f) y 23.f), aplicables ambos a perjuicios causados a cualquier miembro de la comunidad educativa, que difieren entre sí por la distinta gravedad del daño. Sin embargo, el proyecto de Decreto, que solo contempla estos supuestos de deterioro en relación con las pertenencias o material facilitado por el profesorado, los incluye en el apartado relativo a las conductas de menor gravedad -artículo 4.2.d)-, de tal modo que los casos de “*deterioro grave*” de material del profesorado podrían tener un tratamiento diferenciado, castigado con mayor rigor, si fueran objeto de las medidas disciplinarias previstas en el artículo 26 del tan citado Decreto 3/2008, de 8 de enero, en relación con los hechos contemplados en su artículo 23.f), dependiendo la aplicabilidad de uno u otro sistema de la subjetiva consideración que merezca la gravedad del deterioro. Un criterio de especialidad conduciría a aplicar las previsiones del Decreto actualmente en proyecto, pero sería conveniente examinar si, en este caso, se desea el efecto de una respuesta más liviana a esas conductas.

Estos dos ejemplos ponen de relieve la conveniencia de un examen detallado de cada una de las conductas consideradas contrarias a la autoridad del profesorado por el proyecto de Decreto, y de las medidas aplicables a las mismas, en relación con las correspondientes conductas y medidas previstas en el Decreto 3/2008, de 8 de enero. El cotejo de los comportamientos contrarios a la disciplina escolar incluidos en uno y otro texto reglamentario, permite establecer las siguientes correspondencias entre unos y otros, que posiblemente requieran de específicas medidas o respuestas para solventar eventuales contradicciones, efectos no previstos o dudas aplicativas:

| Artículos del Proyecto de Decreto | Artículos del Decreto 3/2008 | Comentario y recomendación |
|--|------------------------------|---|
| 4.2.a) (Faltas puntualidad y asistencia) | 22.a) | Coincidencia global de la conducta. Posible derogación expresa (véase texto) |
| 4.2.a) (Resto de conductas) | 22.c) y 22 d) | Coincidencia global, pero con consecuencias eventualmente diferentes |
| 4.2.b) | 22.b) | Coincidencia parcial que se resuelve mediante aplicación del principio de especialidad. |
| 4.2.c) | Sin correspondencia | |
| 4.2.d) | 22.f y 23.f) | Coincidencia parcial con posibles efectos diferentes. Conviene revisar las consecuencias (véase texto). |
| 5.a) | 22.e) y 23.a) | Coincidencia parcial con posibles efectos diferentes. Conviene revisar las consecuencias y especificar si se mantiene la aplicación del 22.e) del Decreto de 2008 para conductas menos graves. |
| 5.b) | 23.h) | Coincidencia parcial que se resuelve mediante aplicación del principio de especialidad. |
| 5.c) | 23.c) | Coincidencia parcial. Se resuelve aplicando el principio de especialidad. |
| 5.d) | 23.b y 23.d) | Coincidencia parcial. Respecto al 23.b) se resolvería mediante principio de especialidad que supondría aplicar el actual Decreto, sin embargo respecto al 23.d) ese mismo principio podría eventualmente implicar la aplicación del Decreto de 2008 si prevalece la implicación de género, sexual, religiosa, racial o xenófoba. Se recomienda explicitar criterio de aplicación. |
| 5.e) | 23.e) | Coincidencia parcial, se resuelve fácilmente con criterio de especialidad. |
| 5.f) | 23.c) | Coincidencia parcial, se puede resolver con principio de especialidad pues la conducta del proyecto de Decreto es más específica. |
| 5.g) | 23.g) | Coincidencia parcial, puede resolverse aplicando criterio de especialidad. |
| 5.h) | 23.i) | Esta correspondencia no plantea problema pues cada apartado es aplicable al propio listado de conductas. |

En virtud de todo lo anterior, sería conveniente eliminar las incertidumbres provocadas por la pretendida coexistencia de estos dos regímenes disciplinarios, que presentan amplias áreas de confluencia, recurriendo a algún procedimiento de refundición que integre de forma

sistemática el contenido de ambos bloques o, en su defecto, elaborando una tabla de derogaciones expresas que evite cualquier incertidumbre sobre lo que se mantiene vigente y lo que no. Por esta razón, debe reputarse improcedente la disposición declarativa de supletoriedad del Decreto 3/2008, de 8 de enero, contenida en la disposición final primera del proyecto de Decreto, toda vez que los preceptos de aquel se mantendrán en vigor y serán de aplicación directa en tanto conserven un campo de operatividad no enteramente ocupado por las normas del nuevo Decreto y perderán su vigencia en caso contrario, siendo la identificación de estos espacios el objetivo propio a procurar mediante la elaboración de una tabla de derogaciones, cuya inclusión se aconseja. Igualmente sería conveniente incorporar una cláusula general que establezca el principio de especialidad, según el cual a las conductas que aparentemente fueran susceptibles de encajar en las previsiones generales del Decreto 3/2008, de 8 de enero, o en las más específicas de la normativa actualmente en proyecto, se les aplicarán exclusivamente las medidas previstas en esta última.

4. Artículos 4 y 5. **Conductas contrarias** a la autoridad del profesorado.-

De los defectos de redacción observados en el texto proyectado merece una referencia singular la dicción dada a los dos párrafos introductorios de los dos listados de conductas infractoras, que aparecen acogidos en sus artículos 4.2 y 5. Estos párrafos, de tenor casi idéntico, señalan que las normas de convivencia, organización y funcionamiento de los centros y de las aulas contemplarán las conductas a las que se refiere el apartado 1 del artículo 4 -las contrarias a dichas normas que menoscaben la autoridad del profesorado- “[...] *como infracciones que atentan contra la autoridad del profesorado y, especialmente, las siguientes:* [] a) [...]”, y “[...] *como infracciones que atentan **gravemente** a la autoridad del profesorado y, especialmente, las siguientes:* [] a) [...]”. La interpretación de cada uno de los párrafos separadamente y en su literalidad lleva al entendimiento de que cualquier conducta atentatoria de la autoridad del profesorado -a las que indistintamente se refiere el artículo 4.1-, al margen de su gravedad, puede quedar residenciada en ambos grupos de conductas infractoras.

Siendo el objeto de estos confusos preceptos establecer dos listados -no cerrados- de comportamientos contrarios a las normas de convivencia de los centros, desde la perspectiva de su afectación a la autoridad del profesorado, mediante su integración en dos categorías distintas delimitadas por su mayor o menor gravedad, el párrafo introductorio

de cada uno de esos dos listados debería indicar que las normas de convivencia de los centros contemplarán, cuando menos, como conductas atentatorias de la autoridad del profesorado -en el primer listado- o gravemente atentatorias de la autoridad del profesorado -en el segundo-, las enumeradas seguidamente en cada caso; es decir, las relacionadas en los artículos 4.2 y 5 del texto proyectado, respectivamente.

Asimismo, resulta recomendable en relación con el contenido de estos dos artículos y, en general, de todo el articulado, evitar el uso de términos sugerentes del establecimiento y regulación de un régimen sancionador de naturaleza administrativa, eludiendo vocablos como “*infracción*”, “*sanción*” u otras expresiones derivadas; ya que, concebido el sistema disciplinario de esa manera, las carencias legales serían evidentes, comenzando por la inobservancia de los principios de legalidad y tipicidad. Véase cómo, por ejemplo, el tan citado Decreto 3/2008, de 8 de enero, soslaya el uso de esta clase de términos, recurriendo a otros más adecuados referentes a “*conductas contrarias*”, “*conductas gravemente perjudiciales*” o a “*medidas correctoras*” de una y otra clase de conductas.

5. Artículo 8. **Prescripción.**-

En el apartado 3.b) de dicho artículo, que remite a lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 6, la mención al apartado 3 tiene que ser errónea. El significado del precepto parece querer aludir a las medidas educativas correctoras contempladas en el artículo 6, apartado 4.

6. Artículo 12. **Asistencia jurídica al profesorado de los centros privados concertados.**-

El apartado 3 de este artículo dispone que “*una vez producida la conducta atentatoria contra la autoridad del profesorado, la dirección del centro docente privado concertado solicitará la asistencia jurídica mediante escrito dirigido al titular de la Dirección General competente [...]*”. Ahora bien, como dicho precepto no viene acompañado de ningún condicionante orientado a la modulación de la medida en función de la gravedad de las conductas producidas o del deseo de los afectados de recibir la asistencia objeto de regulación, parece inapropiado el carácter imperativo con el que literalmente se configura la intervención de la dirección del centro, en petición de asistencia, pues esa demanda de servicio debe concebirse, lógicamente, como una posibilidad vinculada a la voluntad del profesional implicado o del centro potencialmente receptores de asistencia.

7. **Extremos de redacción.**- Por último, se recomienda efectuar un repaso general del texto sometido a dictamen, a fin de corregir algu-

nas deficiencias gramaticales o tipográficas, como las que, a modo de ejemplo, se señalan seguidamente:

a) En el artículo 3.1 se dice “*homogenización*” en lugar de “*homogeneización*”.

b) En el artículo 5.a) la forma verbal “*suponga*” debería utilizarse en plural para concordar en número con el sustantivo “*actos*”.

c) Para mejorar la comprensión del artículo 6, apartado 1, párrafo introductorio, convendría agregar en la segunda línea el adjetivo “*correctoras*” tras al sustantivo “*medidas*”.

d) En el artículo 6.2, epígrafe a), segunda línea, se ha duplicado erróneamente la preposición “*de*”.

e) El artículo 11.3 debe ser revisado y reformulado, ya que en su segunda línea contiene un error de sintaxis que dificulta su inteligibilidad.

f) En cuanto a la posibilidad de uso del género gramatical masculino con sentido genérico que engloba a individuos de ambos sexos, se recomienda seguir las indicaciones la Real Academia Española de la Lengua, evitando especificaciones innecesarias que, por lo demás, son utilizadas solo en algunas ocasiones en el proyecto (por ejemplo, sí en el artículo 6.5 pero no en el 5.a).

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

Que tenidas en cuenta las observaciones formuladas en el presente dictamen, señalando como esencial la efectuada en la consideración IV, puede V. E. elevar al Consejo de Gobierno, para su aprobación, el proyecto de Decreto de autoridad del profesorado en Castilla-La Mancha.

Toledo, 13 de marzo de 2013

**DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO
CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA
RELATIVO A REVISIÓN DE OFICIO
TRAMITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE
BOROX (TOLEDO), EN RELACIÓN A LA
ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA
DE CONSTRUCCIÓN DE UN EDIFICIO CON
DESTINO A CENTRO DE EMPRESAS EN LA
LOCALIDAD Y LOS ACTOS POSTERIORES
DERIVADOS DE LA MISMA, TALES COMO
CERTIFICACIONES, PAGOS REALIZADOS
POR DIVERSAS VÍAS, APROBACIÓN DE
FACTURAS, SUPLEMENTO DE CRÉDITO,
RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y RECEPCIÓN
DE LA OBRA.**

RESULTA DE LOS ANTECEDENTES

Primero. Encargo y ejecución de las obras.- El Ayuntamiento consultante acompaña la documentación obrante en el archivo municipal en relación a la obra de construcción de edificio para Centro de Empresas, cuya ejecución fue encargada verbalmente a la entidad X, conforme al proyecto técnico redactado el 21 de marzo de 2006, cuyo presupuesto ascendía a 6.290.284,89 euros.

Dicha entidad realizó los trabajos constructivos entre 2006 y 2008, girando sucesivas certificaciones de obra que fueron abonadas por la Corporación hasta la cantidad de 5.722.391,28 euros.

Puesta en conocimiento de la Corporación por el Director Facultativo la finalización de la obra y previo informe favorable de la Arquitecta Técnica municipal, con fecha 20 de febrero de 2009 se levantó acta de recepción definitiva de las obras, significando el Ayuntamiento en la misma que *“recibe la obra terminada y a su satisfacción”*, iniciando desde ese momento el deber de conservación y mantenimiento de la misma.

Desde esa fecha el Ayuntamiento ha destinado el edificio al uso público para el que fue construido.

Segundo. Informe del Secretario Municipal.- A instancia de lo ordenado por el Alcalde de Borox, el Secretario de la Corporación emitió informe con fecha 7 de noviembre de 2012, en el que tras destacar los antecedentes más relevantes del contrato de obra de construcción de Centro de Empresas en la localidad, significaba que *“Se ha adjudicado la obra [...] a una empresa privada, sin procedimiento de licitación de ningún tipo, concurriendo por ende una omisión total y absoluta del procedimiento administrativo de contratación, incurriéndose en vicio de nulidad de pleno derecho. [...] [] No existen acuerdos municipales, ni informes de secretaría, ni informes de intervención, ni pliegos de condiciones, ni publicaciones, ni tan siquiera existe contrato. Ni consignación presupuestaria”*.

Añadía que *“el hecho de que exista una ausencia total de procedimiento -no fue tramitado expediente alguno de adjudicación de obras- provoca que a esa causa de nulidad primigenia se añadan otras que también concurren. Así al no haber consignación presupuestaria y al no haberse acordado por órgano competente la realización del gasto, concurrirían también las causas de nulidad enunciadas en los apartados b) y g) del artículo 62.1 de [la Ley 30/1992, de 26 de noviembre], la primera de ellas en relación con los artículos 21.1.ñ) y 22.2.n) de la Ley de Bases de Régimen Local [...] por los que se asignan al Pleno de la Corporación las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto y también la autorización y disposición de gastos plurianuales y la última en relación con el artículo 173.5 de la Ley de Haciendas Locales, que establece que no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”*.

Continuaba expresando que *“la nulidad de la adjudicación realizada [...] conlleva la nulidad de todos los actos administrativos posteriores. Certificaciones [] Pagos realizados por diversas vías (transferencias, cheques y compensaciones y pagos en especie). [] Acuerdos de la Junta de Gobierno Local de aprobación de facturas. [] Suplemento de crédito. [] Reconocimiento de deuda. [] Recepción de obra”*.

Incidía en que *“se ha adjudicado una obra a una empresa privada, sin ningún tipo de procedimiento, y se han pagado a dicha entidad ya casi 6 millones de euros con una omisión de la legalidad”*.

Tras reflejar el sentido y alcance de la potestad revisora, citaba la legislación aplicable y describía el procedimiento a seguir para proceder a acordar la declaración de nulidad. En cuanto a los efectos derivados de

ésta aducía el artículo 65 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -vigente en la fecha en que se adjudicó el contrato-, señalando que *“teniendo en cuenta que estamos hablando de una obra de casi 7 millones de euros, sobre la que no ha tenido ningún tipo de control técnico de precios y mediciones de la obra, resulta obvio que aunque esté ejecutada no puede imponerse necesariamente su abono al adjudicatario. Para evitar que no haya enriquecimiento injusto para ninguna de las partes y por si no fuera posible la restitución de las cosas, se ha efectuado tasación por la entidad M, a los efectos de comprobar y cotejar el presupuesto de contrata del Proyecto de obra, resultando un valor de 4.234.714,27 euros que será el que se utilice como referencia para fijar la indemnización en el caso de que proceda”*.

Proseguía manifestando que no serán de aplicación a la revisión en este caso los límites previstos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pues la mercantil que ha realizado las obras *“se trata de una empresa de reconocido prestigio en la zona, que evidentemente debiera conocer como se adjudica una obra de este tipo. Señalar que se ha constatado de manera documental la inexistencia de [...] control jurídico, económico y técnico”*.

Finalizaba expresando que sería oportuno tramitar el expediente revisorio.

Tercero. Comisión Informativa de Cuentas y Hacienda.- El mencionado informe fue sometido al conocimiento de la Comisión Informativa de Cuentas y Hacienda del Ayuntamiento de Borox, órgano que en sesión celebrada el 9 de noviembre de 2012 acordó por unanimidad aprobar la procedencia de la revisión de oficio.

Cuarto. Incoación del expediente revisorio.- A la vista de los antecedentes citados, en sesión celebrada el 12 de noviembre siguiente el Pleno de la Corporación acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio del acto tácito de adjudicación del contrato de obras de construcción del Centro de Empresas al estimar que concurría la causa prevista en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haber existido una *“ausencia total de procedimiento”*; y las previstas en el artículo 62.1.b) y g) *“al no haber consignación presupuestaria y al no haberse acordado por órgano competente la realización del gasto”*, en relación la primera con los artículos 21.1.ñ) y 22.2.n) de la Ley de Bases de Régimen Local y la segunda en relación con el 173.5 de la Ley de Haciendas Locales.

Asimismo la revisión iniciada afectaría a actos posteriores (certificaciones, pagos realizados por diversas vías, acuerdos de la Junta de Gobierno Local de aprobación de facturas, suplemento de crédito, reconocimiento de deuda y recepción de obra) en los que concurren los mismos motivos de nulidad.

Designaba como instructor del procedimiento a un concejal de la Corporación y como Secretaria a una funcionaria municipal.

De dicho acuerdo ha quedado constancia en el expediente mediante certificación expedida por el Secretario Municipal con el visto bueno del Alcalde el 22 de noviembre posterior.

Consta en el expediente que dicho acuerdo fue notificado a los designados instructor y secretaria, quienes aceptaron expresamente sus funciones mediante sendas declaraciones suscritas el 23 de noviembre.

Quinto. Trámite de audiencia.- Por escrito de 22 de noviembre de 2012 el Alcalde otorgó trámite de audiencia a la entidad X, concediéndole un plazo de quince días para examinar el expediente y formular alegaciones.

Tal notificación fue recibida por la destinataria el 29 de noviembre posterior, según se acredita en el expediente con el recibí suscrito en la notificación.

Consta además que el 5 de diciembre siguiente se entregó copia del expediente completo a un representante de la empresa adjudicataria.

Sexto. Información pública.- De modo paralelo el inicio del expediente de revisión de oficio se hizo público un anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia n.º 282 de 10 de diciembre de 2012, sometiendo el expediente a información pública por plazo de veinte días, dentro del cual cualquier interesado podría examinar la documentación integrada en el mismo y manifestar cuanto a su derecho conviniera.

Séptimo. Alegaciones.- Con fecha 18 de diciembre de 2012 un representante de la empresa X presentó escrito de alegaciones en el que comenzaba expresando, como observación previa, la situación de litispendencia existente al haber interpuesto esa empresa previamente a la iniciación del expediente de revisión de oficio un recurso contencioso-administrativo en reclamación de la cantidad adeudada por el Ayuntamiento en relación al citado contrato, *“pretendiéndose por el Ayuntamiento*

de Borox con el expediente instado [...] dejar vacío de contenido el objeto del procedimiento judicial”. Reseñaba además que previamente al inicio de este expediente se había declarado la caducidad de otro inicial coexistiendo dos expedientes de revisión sobre un mismo objeto y que el Secretario se había extralimitado en su informe yendo más allá de lo pedido por el Alcalde en su solicitud.

En relación a la cuestión de fondo manifestaba que el edificio se construye sobre un solar municipal siendo el promotor de las obras el Ayuntamiento que es quien encarga la redacción del proyecto técnico y quien adjudica la obra. La entidad ejecutó el edificio completo aportando tanto materiales como mano de obra. Las obras fueron totalmente ejecutadas y concluidas conforme al proyecto. El Ayuntamiento viene utilizando el edificio para lo que aprobó en su día una ordenanza específica, suscribiendo en la actualidad con los usuarios contratos de arrendamiento. Afirmaba, de este modo, que *“Nunca ni por la anterior ni por la actual Corporación se ha cuestionado la obra ni su ejecución; nunca se ha manifestado y/o alegado la existencia de eventuales deficiencias y/o carencias en lo ejecutado”*. El Ayuntamiento *“conoce y reconoce la existencia del contrato, su objeto, precio y plazo de ejecución, reconociendo asimismo que la obra está perfectamente ejecutada y es plenamente idónea. [] En definitiva, X ejecutó totalmente la obra encargada con arreglo a la cantidad y calidad encomendada. Única y exclusivamente ha certificado y facturado lo ejecutado con arreglo al precio que le fue aceptado, pretendiendo única y exclusivamente percibir el importe que le corresponde. [] [...] La pretensión del Ayuntamiento de declarar nulo el contrato y los actos posteriores transcurridos sobradamente cuatro años desde la finalización del edificio excede de cualquier facultad revisoria lícita para, con una más que cuestionable buena fe, representar un ultraje al elemental derecho que tiene [la entidad] de percibir el importe de la obra ejecutada para el Ayuntamiento siendo claro, de otro lado, que este expediente única y exclusivamente tiene la firme voluntad de convertir al Ayuntamiento incumplidor en un aparente cumplidor y garante de la ley”*.

Señalaba que era al Ayuntamiento a quien le correspondía velar por el cumplimiento de los requisitos aplicables a cada procedimiento administrativo, siendo la empresa totalmente desconocedora de las actuaciones, trámites y gestiones que debe realizar la Administración para iniciar, encomendar y ejecutar una construcción.

Proseguía manifestando que el Ayuntamiento ha abonado hasta la fecha 5.713.650,17 euros -cantidad que difiere en 8.741,11 euros de la reconocida por la Corporación- y tras detallar las certificaciones emitidas y las facturas expedidas afirmaba que le adeudaba 1.040.535,52

euros procedentes del pago de las facturas 156/07 -abonada parcialmente-, 157/07 y del importe neto de las modificaciones solicitadas por la Corporación. Se oponía a la nueva valoración aportada por el Ayuntamiento, pues la misma se confrontaba con el proyecto redactado en su día, no con la obra realmente ejecutada.

Manténía la aplicación de los límites de la revisión pues se pretende *“anular un acto transcurrido ampliamente el tiempo de ejecución, terminación y entrega del edificio, pacíficamente disfrutado por el Ayuntamiento”*.

Añadía que *“el abono de la obra ejecutada y no abonada es imprescindible, pues de lo contrario se produciría un palmario enriquecimiento injusto del Ayuntamiento quien ha visto aumentado su patrimonio con un edificio que está disfrutando y rentabilizando, en tanto que X ha visto disminuido su patrimonio al emplear su capital humano, técnico y materiales en ejecutar una obra a plena satisfacción del Ayuntamiento que no ha cobrado, máxime cuando cualquier eventual nulidad que pudiese existir es única y exclusivamente por causa imputable al propio Ayuntamiento”*.

Refería además que *“La obra ya se terminó totalmente en el año 2008 y el Ayuntamiento viene disfrutando de ella adeudando la cantidad de 1.040.535,52 euros, cantidad que se corresponde con trabajo realizado por X y aceptado por el Ayuntamiento IVA incluido. [...] El impago de la cantidad adeudada ha comprometido seriamente la propia viabilidad de la empresa y por vinculación al resto de las sociedades que componen el grupo empresarial [...] habiéndose obligado a esta empresa a refianciar posiciones con entidades financieras”*. Significaba que se debe ejercitar por la Administración la acción de regreso contra los que tomaron decisiones que no son conformes al ordenamiento jurídico, contra quienes contribuyeron a la creación del acto, autorizaron e intervinieron pagos y recepcionaron las obras ejecutadas, actos que se dice ahora que son nulos.

Concluía solicitando que se acordara no declarar la nulidad de los actos mencionados y se procediera a abonar a la entidad 1.040.535,52 euros en concepto de obra ejecutada y pendiente de pago junto con los intereses y los daños y perjuicios causados.

Subsidiariamente y en el supuesto de que se acordara la nulidad, que se reconociera el derecho de la entidad a percibir dicha suma.

Acompañaba a su escrito de alegaciones diversa documentación en relación a las obras y al inmueble construido.

Octavo. Resultado del trámite de audiencia.- Se incorpora a continuación al expediente el certificado expedido el 21 de diciembre de 2012 por el Secretario Municipal, con el visto bueno del Alcalde, en el que acredita que el anuncio se expuso al público durante veinte días a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia y que tras el otorgamiento del trámite de audiencia únicamente se presentaron las alegaciones citadas en el antecedente anterior.

Noveno. Informe sobre las alegaciones efectuadas.- Se integra seguidamente un informe emitido con el membrete de N fechado el 18 de enero de 2013 y carente de firma, en el que se examinaban las alegaciones formuladas por la adjudicataria y se concluía proponiendo la desestimación de las mismas, declarando que el importe realmente abonado por la Corporación ascendía a 5.722.391,28 euros.

En cuanto al fondo señalaba que *“es evidente que el Ayuntamiento viene utilizando el edificio, pero eso no otorga validez a la multitud de irregularidades cometidas [...] La obra se contrató a dedo, con una omisión total y absoluta del procedimiento administrativo. Y el proyecto de la misma también. No se siguió ninguno de los trámites previstos legalmente. A ello se añade la nulidad de los actos administrativos posteriores [...] y] una evidente falta de control en las obras por parte del Ayuntamiento”*.

Añadía que *“la ilegalidad es de tal tamaño que no puede hacerse otra cosa que declarar la nulidad de todas y cada una de las actuaciones municipales realizadas. La depuración del tema económico no deja de ser una consecuencia que [...] no debe perjudicar los intereses de las partes, ni los de X ni los del Ayuntamiento, no puede haber enriquecimiento injusto para ninguna de las partes pero es evidente que el coste debe superar el filtro de una tasación seria y una vez realizada la misma es evidente que no ha superado dicho filtro”*.

En relación a la aplicación de los límites a la revisión de oficio significaba que *“si el Ayuntamiento ha pagado ya 5.722.391,28 euros es evidente que la revisión que se plantea no puede ser nunca contraria a la equidad y a la buena fe. Se ha pagado mucho más de lo que la obra cuesta según la tasación realizada”*.

Décimo. Propuesta de resolución.- A la vista de todo lo actuado, con fecha 21 de enero de 2013 el instructor suscribió propuesta de resolución en el sentido de declarar nulos de pleno derecho tanto la adjudicación del contrato, como los actos posteriores del mismo por las causas invocadas desde el inicio del expediente.

Como efectos derivados de dicha declaración de nulidad señalaba que *“entendiendo que la restitución recíproca no es posible porque el edificio está construido sobre un terreno dotacional, se plantea la devolución de su valor. De esta forma, el Ayuntamiento debe abonar a X el valor de la obra que se calcula al momento inicial de los pactos (año 2006) según la tasación efectuada por la mercantil M, esto es (4.234.714,27 euros) a lo que debe añadirse el importe de los proyectos (216.470,76 euros), el importe de los modificados (307.130,96 euros) y descontar el importe de los abonos (-46.528,79 euros) y el importe del beneficio industrial (-184.064,66 euros) de lo que resulta un valor total de 4.527.722,54 euros y X tendrá que devolver al Ayuntamiento los 5.722.391,28 euros cobrados. De esta forma resulta un saldo resultante a favor del Ayuntamiento de Borox de 1.194.668,74 euros”*.

Añadía que no procede fijar indemnización alguna por daños y perjuicios ya que la entidad es copartícipe de los vicios del contrato y además no se acreditan los perjuicios alegados ni tampoco se evalúan económicamente.

Undécimo. Suspensión del plazo de resolución del procedimiento.- Para proseguir el procedimiento el Alcalde acordó con fecha de 22 de enero siguiente solicitar el dictamen del Consejo Consultivo a través de la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas, así como suspender el plazo de resolución por el tiempo que mediara entre dicha petición y la emisión del dictamen, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

De dicha resolución se dio traslado en la misma fecha al representante de la entidad ejecutora de las obras, sin que conste el acuse de recibo acreditativo de la recepción de la notificación por el destinatario.

En tal estado de tramitación V. E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 8 de febrero de 2013.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Se somete a la consideración del Consejo Consultivo el expediente de revisión de oficio tramitado por el Ayun-

tamiento de Borox (Toledo) en relación a la adjudicación del contrato de obra de construcción de un edificio con destino a Centro de Empresas en la localidad y los actos posteriores derivados de la misma tales como certificaciones, pagos realizados por diversas vías, aprobación de facturas, suplemento de crédito, reconocimiento de deuda y recepción de la obra.

El artículo 64.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -en adelante TRLCAP-, norma aplicable al contrato dada la fecha de su adjudicación tácita, determina que *“La declaración de nulidad de los contratos por las causas expresadas en el artículo 62 podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, de conformidad con los requisitos y plazos establecidos en el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

El artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone, en su apartado primero, que *“las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1”* de la misma.

El citado precepto debe ser puesto en conexión con el artículo 57 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, el cual establece que las Corporaciones Locales de la Región solicitarán el dictamen del Consejo Consultivo, a través de la Consejería de Administraciones Públicas, cuando preceptivamente venga establecido en las leyes.

En aplicación de los preceptos mencionados, se emite el presente dictamen con carácter preceptivo y habilitante.

Se aduce por la parte contratista, en contra de la sustanciación de la revisión de oficio, la situación de litispendencia existente pues la empresa ha presentado ante la jurisdicción contencioso-administrativa un recurso requiriendo al Ayuntamiento el abono de las cantidades que afirma le son adeudadas.

El Consejo de Estado ha manifestado en su dictamen 350/2005, de 7 de abril, que *“El criterio de que la existencia de un recurso contencioso-administrativo impide el ejercicio de la potestad de revisión de oficio requiere como presupuesto la existencia de una situación jurídica de litispendencia. La litispendencia, en sentido técnico, aparece como una situación procesal vinculada a la noción de cosa juzgada, que requiere la existencia de un proceso abierto con identidad de pretensiones por las partes, de fundamentos jurídicos, de objeto y, no cabe olvidarlo, de partes. [...] [] En otros términos, la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo no impide el ejercicio de la potestad de revisión de oficio, lo hace la existencia de una situación de litispendencia”*.

En el presente caso es posible apreciar la compatibilidad entre el procedimiento revisorio iniciado y el proceso contencioso-administrativo pendiente dado que no existe identidad en el objeto de ambos, ya que el primero tiene como finalidad declarar la nulidad de la adjudicación y los actos posteriores a la misma derivados de la relación contractual, y el segundo se dirige al requerimiento de abono de cantidades adeudadas por la Corporación a la empresa en pago de trabajos realizados en la ejecución de la prestación.

Procede, pues, entrar a dictaminar sobre la revisión de oficio de la adjudicación y actos posteriores del contrato planteada por el Ayuntamiento de Borox en los términos propuestos por él, comenzando con el análisis de los aspectos procedimentales que derivan del expediente sustanciado.

II

Examen del procedimiento tramitado.- En lo que se refiere al ámbito local en el que se desenvuelve esta contratación, debe significarse que el artículo 4.1.g) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LBRL), dispone que corresponde a los municipios, en su calidad de Administraciones públicas de carácter territorial y dentro de la esfera de sus competencias, la potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos, reiterándose la atribución de tal potestad en similar precepto del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

El régimen jurídico aplicable al instituto revisorio en el ámbito local queda reflejado en el artículo 53 de la LBRL que establece que *“las Corporaciones Locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con*

el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”, reiterándose la remisión a dicha legislación en el artículo 218 del mencionado Real Decreto 2568/1986.

A la vista de tal remisión habrá que atender, en el examen de la tramitación del procedimiento seguido en el presente expediente, al contenido de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en concreto, a lo dispuesto en su artículo 102, referente a *“Revisión de disposiciones y actos nulos”*.

A tal regulación remite igualmente el artículo 64.1 del TRLCAP al determinar el procedimiento para la declaración de nulidad de los contratos.

El citado precepto no contempla un procedimiento específico a seguir para la sustanciación de los expedientes de declaración de nulidad, limitándose a señalar la preceptividad del dictamen previo favorable del órgano consultivo que corresponda.

Por ello habrán de entenderse aplicables las normas generales recogidas en el Título VI de la indicada Ley, denominado *“De las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos”*, con la especialidad de que será preceptivo y habilitante el dictamen del órgano consultivo, pudiendo señalarse como trámites comunes para proceder a la revisión de oficio de los actos administrativos, tal como se ha señalado en reiteradas ocasiones, el acuerdo de iniciación del procedimiento dictado por órgano competente, el nombramiento de instructor, la sustanciación de actuaciones que se consideren precisas para la debida instrucción del procedimiento, tales como la apertura de un periodo de alegaciones, la práctica de pruebas que resulten pertinentes para acreditar los hechos relevantes en la decisión del mismo y los informes que se estimen necesarios, la audiencia a los afectados y la propuesta de resolución como paso previo a la emisión del dictamen del Consejo Consultivo y a la formulación de la resolución pertinente.

Examinado el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Borox, se observa que el mismo comienza con el acuerdo de incoación adoptado por el Pleno a la vista del informe jurídico emitido por el Secretario municipal y del acuerdo de la Comisión Informativa de Cuentas y Hacienda, recogiendo en el mismo como causa principal de la nulidad que pretende hacerse valer la prevista en el artículo 62.1.e) del aludido cuerpo legal, citando además de modo secundario las previstas en los apartados b) y g) de dicho precepto, en relación la primera con

los artículos 21.1.ñ) y 22.2.n) de la Ley de Bases de Régimen Local y la segunda con el artículo 173.5 de la Ley de Haciendas Locales.

En dicho acuerdo se ha designado instructor del procedimiento a un Concejal de la Corporación, a quien se encomienda la realización de las actuaciones necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. En auxilio de tales tareas se ha designado además como Secretaria del procedimiento a una funcionaria municipal. Ambos han impulsado el procedimiento en todos sus trámites.

De dicho acuerdo se ha dado traslado a la empresa que recibió del Ayuntamiento el encargo y ejecutó las obras otorgándole, conforme a lo previsto en el artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, trámite de audiencia a fin de que pudiera formular alegaciones y presentar cuantos documentos estimara convenientes a su derecho. Dentro de dicho plazo un representante de la aludida mercantil presentó alegaciones oponiéndose a la revisión planteada por la Corporación.

Asimismo, se sometió el acuerdo de inicio del expediente a información pública publicándose el correspondiente anuncio en el tablón de edictos municipal y en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo, sin que se hayan formulado alegaciones.

Emitido informe a instancia del Ayuntamiento por un despacho de abogados sobre las alegaciones planteadas, el Pleno examinó el mismo y aprobó formalmente la propuesta de resolución exigida en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el sentido de declarar nulas la adjudicación tácita del contrato y las actuaciones posteriores vinculadas al mismo, declarando como efectos de dicha nulidad el abono por el contratista al Ayuntamiento de la suma de 1.194.668,74 euros.

El expediente ha sido sometido finalmente al dictamen del órgano consultivo, procediendo de modo previo el Alcalde a suspender la tramitación iniciada en tanto no es emitido el mismo, en base a lo previsto en el artículo 42.5.c) de dicho cuerpo legal. Tal circunstancia ha sido comunicada a la entidad mercantil interesada, si bien no se acompaña a la documentación remitida a este órgano consultivo el acuse de recibo que acredite la recepción de la notificación.

De lo anteriormente expuesto es preciso concluir afirmando que se ha dado cumplimiento a los trámites esenciales de procedimiento procediendo acometer el examen del fondo del asunto, no sin antes plasmar los presupuestos que caracterizan el instituto revisorio y los límites que

le son aplicables, así como el significado, alcance y fundamento de las causas de nulidad invocadas por el Ayuntamiento.

III

Fundamentos jurídicos y jurisprudenciales de la nulidad de pleno derecho y significado de las causas invocadas.- La nulidad absoluta, radical o de pleno derecho constituye el grado máximo de invalidez de los actos administrativos que contempla el ordenamiento jurídico, reservándose para aquellos supuestos en que la legalidad se ha visto transgredida de manera grave, de modo que únicamente puede ser declarada en situaciones excepcionales que han de ser apreciadas con suma cautela y prudencia, sin que pueda ser objeto de interpretación extensiva (así lo ha venido manifestando el Tribunal Supremo, entre otras muchas en sus Sentencias de 17 de junio de 1987, RJ 6497; de 13 de octubre 1988, RJ 7977; de 10 de mayo 1989, RJ 3812; de 22 de marzo de 1991, RJ 2250; de 5 de diciembre de 1995, RJ 9936; de 6 de marzo de 1997, RJ 2291; de 26 de marzo de 1998, RJ 3316 y de 23 de febrero de 2000, RJ 2995).

Estas cualidades que han de acompañar al ejercicio de la potestad revisoria responden a la necesidad de buscar un justo equilibrio entre el principio de seguridad jurídica, que postula el mantenimiento de derechos ya declarados, y el de legalidad, que exige depurar las infracciones del ordenamiento jurídico.

Se caracteriza la figura de la nulidad de pleno derecho por ser apreciable de oficio y a instancia de parte, por poder alegarse en cualquier tiempo, incluso aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de firmeza por haber transcurrido los plazos para recurrirlo, sin sujeción por tanto a plazo de prescripción o caducidad, por producir efectos *ex tunc*, es decir, desde el momento mismo en que el acto tuvo su origen y no desde que la nulidad se dicta y por ser insubsanable aun cuando se cuente con consentimiento del afectado, no resultando posible su convalidación (sin perjuicio, en cuanto a efectos, de las excepciones que puedan darse para la nulidad de reglamentos, comprendidas en el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Sin perjuicio de la imprescriptibilidad que caracteriza la nulidad de pleno derecho, el ejercicio del procedimiento revisorio por su propia excepcionalidad se encuentra sometido a unos límites que vienen fijados en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, precepto que

establece que dichas facultades no podrán ser ejercitadas *“cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes”*.

El artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, determina las causas de nulidad de pleno derecho, con carácter tasado y restrictivo, apreciables siempre con prudencia y moderación. Tales causas son de aplicación a los contratos pactados por las Administraciones Públicas, cuando las mismas concurren en alguno de sus actos preparatorios o en el de adjudicación, conforme a lo dispuesto en los artículos 61 y 62 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicables en el presente supuesto dada la fecha en que se produjo la adjudicación tácita de las obras.

En el presente expediente se invoca de manera prioritaria la causa de nulidad recogida en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, referida a actos administrativos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*. En relación a la misma es necesario destacar que la propia dicción del precepto legal hace suponer que no queda acogido dentro del supuesto de nulidad mencionado cualquier incumplimiento de las formas procedimentales necesarias para la creación del acto, sino exclusivamente aquéllos en los que se haya obviado total y absolutamente el procedimiento previsto para su aprobación.

De este modo lo vino entendiendo tradicionalmente el Tribunal Supremo, quien en su Sentencia de 21 de octubre de 1980 (RJ 3925) afirmaba que, para una recta aplicación de la nulidad establecida en dicho artículo, *“el empleo de los adverbios allí reflejados -total y absolutamente- recalcan la necesidad de que se haya prescindido por entero de un modo manifiesto y terminante del procedimiento obligado para elaborar el correspondiente acto administrativo, es decir, para que se dé esta nulidad de pleno derecho es imprescindible, no la infracción de alguno o algunos de los trámites, sino la falta total de procedimiento para dictar el acto”*.

Aunque una primera reflexión sobre lo expuesto parece conducir a referir el vicio de nulidad citado a aquellos supuestos en que se dicta el acto de plano y sin procedimiento alguno, la jurisprudencia ha abandonado esta posición restrictiva huyendo de la estricta literalidad del precepto y adoptando una postura más matizada, al entender que entran dentro del ámbito de aplicación de la causa de nulidad aludida los

supuestos en que se han omitido trámites esenciales del mismo (entre otras Sentencias valga por todas la de 15 de junio de 1994, RJ 4600).

Quedarían subsumidos, de este modo, en el ámbito de aplicación del mencionado motivo de nulidad, no sólo los supuestos en que se ha prescindido por completo del procedimiento establecido para la elaboración del acto, sino igualmente aquéllos otros en los que si bien no se ha omitido el procedimiento de modo absoluto, se han obviado trámites del mismo trascendentales para la formación del acto, así como los casos en que el procedimiento observado no es el previsto en la Ley para su realización, existiendo un defecto de calificación previa que desvía la actuación administrativa del *iter* procedimental realmente aplicable según la Ley, el cual puede considerarse que queda así total y absolutamente omitido.

Idéntica trayectoria ha mantenido el Consejo de Estado al afirmar, en una primera etapa que para poder ampararse en el motivo indicado sería preciso la total y absoluta falta del procedimiento señalado, lo que supondría adoptar un acto administrativo careciendo mínimamente de la base procedimental sobre la que discurre la senda de la legalidad en la adopción del mismo. Es necesario, por tanto, una ausencia total de los trámites fijados o bien el seguimiento de un procedimiento completamente opuesto al correcto, al haberse prescindido del expresamente previsto en la ley. La revisión de oficio de actos nulos requiere, por su misma excepcionalidad, algo más que una sola irregularidad de los trámites ordenados (entre otros, dictámenes 520/1992, 1387/1994 de este Consejo).

En dictámenes emitidos con posterioridad dicho órgano consultivo ha llegado a aceptar, en línea similar a la marcada por la jurisprudencia, que la falta comprobada de un trámite esencial para la producción de un acto resulta suficiente para determinar la nulidad del mismo fundamentándonos en este motivo (entre otros, dictamen 591/1995).

En suma, y siguiendo la línea expuesta por este Consejo Consultivo en reiteradas ocasiones (valga por todos el dictamen 89/2012, de 9 de mayo, con cita de otros muchos), hay que afirmar que procede declarar la concurrencia del motivo de nulidad previsto en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no sólo cuando se ha omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido, sino también cuando el procedimiento utilizado es otro distinto al exigido legalmente o bien cuando, aun existiendo varios actos del procedimiento, se omite aquél que, por su carácter esencial o trascendental, es imprescindible

para asegurar la identidad del procedimiento o garantizar los derechos del administrado.

La segunda causa aducida se ampara en el artículo 62.1.b) concerniente a actos *“dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio”*.

En relación con este motivo, el Tribunal Supremo tiene declarado que la competencia es el primer presupuesto para la validez del acto administrativo y por ello la incompetencia es motivo mayor para provocar su nulidad (Sentencia de 18 de febrero de 1992, Ar, RJ 2498).

La incompetencia implica una falta de aptitud del órgano para dictar el acto concreto, debiendo considerarse dentro del concepto de incompetencia tanto los supuestos en que el órgano carece de potestad, por corresponder aquélla a otro órgano de la misma Administración, como el supuesto de que carezca de potestad porque ésta no esté atribuida a ningún órgano o esté atribuida a otra Administración, Entidad o poder del Estado, ya sea el judicial (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1992, Ar. RJ 4926 y de 12 de mayo de 2000, Ar. RJ 5119) o el legislativo.

Afirma el Alto Tribunal en su Sentencia de 3 de febrero de 2005 (Ar. RJ 1459), recapitulando su doctrina en relación a esta causa de nulidad, que *“lo decisivo para determinar el grado de invalidez no es tanto el tipo de incompetencia como su carácter manifiesto o no. Así se argumenta que cuando aparece de una manera tan clara que no exige esfuerzo dialéctico alguno para su comprobación, por ser observable a primera vista, estaremos ante una incompetencia determinante de nulidad de pleno derecho. [...] Es incompatible la exigencia de que sea manifiesta la incompetencia con cualquier interpretación jurídica o exigencia de esfuerzo dialéctico como corresponde a la semántica del adverbio empleado en el precepto. Así lo expresan entre otras, las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1980 (Ar, RJ 1641), de 19 de noviembre de 1991 (Ar. RJ 8894) y de 20 de noviembre de 2001 (Ar. RJ 2002, 150). En particular esta última sentencia señala en su fundamento jurídico quinto que la incompetencia no será manifiesta si no es evidente, patente e indiscutible, lo que se puede negar cuando, para demostrarlo, se ha alegado una batería de preceptos que además plantean problemas de aplicación”*.

El carácter de *“manifiesto”* de la incompetencia se traduce en que ésta debe aparecer de modo evidente, ostensible, palmario e indudable (por todas la Sentencia de 19 de febrero de 1992, Ar, RJ 1132), requiriendo para su apreciación que el vicio del acto vaya acompañado de un grado de gravedad proporcional a la declaración de nulidad radical y que

sea esencial en relación al objeto del procedimiento (Sentencia de 15 de octubre de 1991 Ar, RJ 8292, entre otras).

Del mismo modo, el Consejo de Estado ha afirmado que la incompetencia puede ser territorial o material, ya que sólo éstas revisten la gravedad suficiente para ser calificadas como manifiestas (dictamen 1.076 de 1991).

Asimismo, afirma, entre otros, en sus dictámenes 981/2005, de 28 de julio, y 1247/2002, de 30 de mayo, que *“La nulidad de pleno derecho por incompetencia manifiesta exige, para ser apreciada, que sea notoria y clara y que vaya acompañada de un nivel de gravedad jurídica proporcional a la gravedad de los efectos que comporta su declaración”*.

En relación a la tercera causa alegada por el Ayuntamiento, letra g) del artículo 62.1 relativa a *“Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”*, es preciso reiterar, en el sentido puesto de manifiesto por este Consejo en el dictamen 126/2010, de 14 de junio, que la introducción de este apartado fue una novedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que vino a dar respuesta a la contradicción planteada ante la aparente exhaustividad con que se enumeraban los motivos de nulidad de pleno derecho en el artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y los diferentes preceptos diseminados en diversas normas legales en que se establecía la máxima sanción de invalidez de los actos ante la concurrencia de determinados supuestos, posibilidad ésta que dicha norma, al ser una Ley ordinaria, no podía negar a otras disposiciones de similar rango.

La doctrina ha afirmado que la cláusula residual establecida en el precepto referido, lejos de abrir la puerta a un ensanchamiento de los supuestos de nulidad de pleno derecho, pretende, al contrario, restringir esa posibilidad vedándola a la norma meramente reglamentaria, de modo que sólo podrán ser sancionadas con el grado máximo de invalidez de los actos aquellas infracciones del ordenamiento para las que así lo prevea una norma con rango de ley.

IV

Examen del fondo del asunto.- El Ayuntamiento de Borox somete al examen del Consejo Consultivo un expediente de revisión de oficio que afecta a la adjudicación del contrato de obra de construcción de un edificio destinado a Centro de Empresas en la localidad, así como

a los actos posteriores derivados del mismo (certificaciones, pagos realizados por diversas vías, aprobación de facturas, aprobación de suplemento de crédito, reconocimiento de deuda y recepción de las obras).

La causa principal en que se funda la propuesta revisoria viene recogida en el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que declara nulos de pleno derecho los actos *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”*. Se cita, además de esta, la recogida en el artículo 62.1.b) del mencionado texto legal referente a actos *“dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia y el territorio”*, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1.ñ) y 22.2.n) de la Ley de Bases de Régimen Local corresponden al Pleno de la Corporación las contrataciones y concesiones de toda clase cuando su importe supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto. Asimismo, se añade la referida en el apartado g) del aludido artículo 62.1 relativa a *“Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”*, en relación con lo previsto en el artículo 173.5 de la Ley de Haciendas Locales que dispone que *“No podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones y actos administrativos que infrinjan la expresada norma, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar”*. En consonancia con esta última aducía también la Administración municipal instructora el artículo 62.c) del TRLCAP -normativa, como se ha dicho, aplicable al presente contrato dada la fecha de su adjudicación tácita- que prevé como causa de nulidad de Derecho Administrativo de los contratos *“La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en el artículo 60 de la Ley General Presupuestaria y las demás normas de igual carácter de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia”*.

La aplicación de las causas de nulidad invocadas se justifica por el Ayuntamiento en el expediente de modo palmario, afirmando que se ha producido una *“ausencia total de procedimiento -no fue tramitado expediente alguno de adjudicación de obras-”*, y *“al no haber consignación presupuestaria y al no haberse acordado por el órgano competente la realización del gasto”*.

De la documentación remitida a este Consejo se desprende, sin lugar a dudas, que efectivamente entre los años 2006 y 2008 la entidad X ejecutó por encargo del Ayuntamiento las obras de construcción del edificio destinado a Centro de Empresas. Un técnico vinculado a dicha entidad -pues a ella le fueron abonados los honorarios por la Corporación- redactó el proyecto cuyo presupuesto ascendía a 6.290.248,89

euros. Dicho proyecto no fue aprobado de modo expreso por el órgano competente.

No existieron actuaciones previas relativas a dicha contratación, sin que se aprobara expediente de contratación en el que se incluyeran los Pliegos de Condiciones Administrativas y Técnicas que habrían de regir la misma, ni se reservara el correspondiente crédito presupuestario, ni se aprobara el gasto previa fiscalización del mismo. Tampoco se procedió a la apertura y tramitación de un procedimiento de licitación para la selección del contratista. Del mismo modo, no se resolvió expresamente sobre la adjudicación de la obra, ni las partes suscribieron documento contractual alguno en el que manifestaran y regularan su compromiso.

Iniciada la ejecución de las obras, la citada empresa comenzó a girar las sucesivas certificaciones las cuales no fueron informadas por técnico municipal competente ni fiscalizadas por la Intervención. Sin perjuicio de ello a lo largo del periodo de ejecución se abonó la cantidad de 5.722.391,28 euros -esto mantiene el Ayuntamiento, afirmando la empresa que abonó 8.741,11 euros menos-, mediante cheques, transferencias y compensaciones con deudas tributarias y aportación de aprovechamientos urbanísticos de los que era deudora la entidad mercantil.

Durante dicho periodo el Ayuntamiento solicitó de la empresa la realización de varias modificaciones de obra que tampoco tuvieron la oportuna tramitación administrativa conforme a la normativa aplicable, ejecutándose en la práctica y afirmando la empresa que se hallan pendientes de pago -cuyo importe es de 260.602,17 euros-.

Finalmente, previa comunicación de terminación de obra por el Director Facultativo y redactor del proyecto, la Arquitecta Técnica Municipal, tras visita girada al inmueble, emitió informe manifestando que *“se ha comprobado que se ha ejecutado la construcción del edificio y las instalaciones según proyecto presentado en este Ayuntamiento”*, y significando que no existía inconveniente para la recepción del edificio. De este modo, con fecha 20 de febrero de 2009 se levantó acta de recepción definitiva de la obra suscrita por el Alcalde, un representante de la empresa, la citada Arquitecta Técnica, el Aparejador Director de la Ejecución y Coordinador de Seguridad y Salud y la Secretaria Accidental. En la misma se hacía constar que la empresa hacía entrega formal del edificio al Ayuntamiento quien declaraba que *“recibe la obra terminada y a su satisfacción”*. Se fijaba un plazo de garantía de un año, sin que conste en el expediente que el contratista haya sido requerido en ese tiempo para hacer frente

a defecto constructivo alguno que pudiera haber sido detectado en la obra.

Desde esa fecha el Ayuntamiento, como titular del edificio, ha destinado las obras al uso público, regulándolo inicialmente mediante ordenanza fiscal en la que se determinaba el precio público que habrían de abonar los interesados por el uso privativo de tales instalaciones -conformadas por cincuenta y cinco locales destinados a fines empresariales- y aprobando posteriormente un modelo de contrato de arrendamiento a suscribir entre la Corporación y los eventuales usuarios.

De todo lo expuesto ha de concluirse de modo indefectible que la contratación se realizó omitiendo total y absolutamente las garantías procedimentales establecidas en la normativa entonces vigente tanto para la adjudicación, como para la formalización del contrato y como para el desarrollo de las actuaciones posteriores insertas en la fase de ejecución del mismo, que la adjudicación no fue acordada por órgano competente y que no existió reserva de crédito previa.

Mas la contundencia de esta afirmación no puede conducir sin más a la conclusión de la procedencia de la declaración de nulidad de los actos, pues en tal razonamiento no puede obviarse que en este caso las obras han sido ejecutadas en su totalidad, abonándose por la Corporación en un elevado porcentaje y siendo recepcionadas por la Administración municipal al encontrarlas conforme al proyecto, destinando el inmueble construido desde esa fecha al uso público para el que fue concebido.

Este Consejo tiene dicho (baste por todos el reciente dictamen 24/2013, de 6 de febrero) que no debe perderse de vista que toda potestad administrativa, y señaladamente una tan exorbitante y restrictiva como es la revisión de oficio, exige para su ejercicio una finalidad legitimadora. La revisión de oficio no busca el restablecimiento en abstracto de la legalidad, sino que tiene que servir a un fin reparador. En el caso presente es claro y patente que, como se ha dicho, concurrieron las causas de nulidad aducidas por la Corporación en el expediente pues se adjudicó el contrato sin tramitar procedimiento alguno, por órgano incompetente y careciendo del crédito necesario, lo que acarrearía la irregularidad radical de los actos posteriores insertos en la ejecución contractual. Sin perjuicio de ello, una eventual declaración de nulidad que se adoptara en este momento -cuatro años después de la recepción positiva del edificio y de su destino al uso público- no conllevaría efecto reparador alguno en lo que respecta a la propia relación contractual, de

la cual únicamente resta por resolver la controversia existente entre las partes en relación al abono de los saldos pendientes, lo que constituye en puridad el objeto de la liquidación contractual prevista en el artículo 147.3 del TRLCAP.

Dicha liquidación no se ha efectuado, si bien han existido requerimientos de la parte contratista a la Administración para el abono de las cantidades que considera le son adeudadas por ésta, llegando incluso a exigir las judicialmente.

No cabe realizar dicha liquidación por la vía extraordinaria y excepcional que constituye la revisión de oficio, pues aunque el artículo 65 del TRLCAP la prevé como efecto de la declaración de nulidad, establece que en tal supuesto deberán *“restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor”*, lo cual carece de sentido en este caso en que la obra se encuentra concluida a plena satisfacción desde hace cuatro años y destinada al uso público. Y menos aún cabe aprovechar dicho procedimiento extraordinario para introducir unilateralmente un nuevo referente económico aplicable a los precios del contrato distinto al incluido en el proyecto y aceptado por las partes pacíficamente durante toda la vigencia del mismo, adoptando conforme a aquél una nueva valoración de las prestaciones ejecutadas -y pagadas en su mayor parte-.

Por todo lo expuesto se estima que la revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato y de los posteriores a él vinculados en el procedimiento de contratación no es el cauce adecuado para solucionar la controversia económica existente entre las partes, máxime cuando consta en el expediente que dicha cuestión se halla pendiente de resolución en la vía judicial tras la presentación por la empresa interesada del correspondiente recurso contencioso-administrativo.

En la adopción de una resolución a favor de la declaración de nulidad operarían, por tanto en este caso, los límites a la revisión de oficio previstos en el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conforme al cual *“Las facultades de revisión no podrán ser ejecutadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las Leyes”*.

El Consejo de Estado ha manifestado en su dictamen 1077/2011, 22 de septiembre que *“Este precepto viene a garantizar, frente a la posibilidad de que en cualquier momento se declare la nulidad de pleno derecho, un elemento*

esencial para las relaciones entre la Administración y los administrados, cual es la seguridad jurídica”.

El uso de la excepcional prerrogativa revisora en el presente supuesto, tras el transcurso de cuatro años desde la recepción de la obra construida, la utilización de la misma por el Ayuntamiento, su destino al uso público y su abono en un elevado porcentaje, resultaría contrario a la buena fe que ha de regir las relaciones contractuales entre Administración y contratistas, máxime en este caso en que la eventual aceptación de la propuesta de resolución que se plantea por el instructor del procedimiento conllevaría el reconocimiento como efecto de la nulidad que se declarara de una deuda a favor de la Corporación, derivada de la realización unilateral de una nueva valoración de precios diferente a la fijada en el proyecto inicial en referencia al cual se han ido abonando las distintas certificaciones de obra.

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

Que procede informar desfavorablemente la revisión de oficio tramitada por el Ayuntamiento de Borox (Toledo) en relación a la adjudicación del contrato de obra de construcción de edificio para Centro de Empresas y los actos posteriores derivados del mismo.

Toledo, 6 de marzo

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

IMPUESTOS AUTONOMICOS

Impuesto sobre Actividades que inciden en el Medio Ambiente

Comentarios realizados por: **GEMMA PATÓN GARCÍA**

Sentencia del Tribunal Constitucional 196/2012, de 31 de octubre

Este pronunciamiento trae causa en la cuestión de inconstitucionalidad nº 8556-2005 planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha sobre el art. 2.1, apartados b) y c), de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente¹.

El órgano judicial entiende que el gravamen de la producción termonuclear de energía eléctrica (art. 2.1 LIDAMA), tiene como objeto imponible la actividad económica consistente en crear energía eléctrica mediante una central nuclear y, por tanto, se produciría una concurrencia con el Impuesto sobre Actividades Económicas. La comparación entre uno y otro impuesto y de los elementos que los definen lleva a la Sala a entender que pudieran afectar a una misma materia imponible, toda vez que ambos gravan la producción de energía eléctrica a través de una central nuclear, siendo el sujeto pasivo la persona que realiza la actividad y la base imponible la cantidad de energía eléctrica producida, mediante una cuota sobre el kilovatio producido; el sujeto pasivo es, según el art. 4.1, la persona que realice la actividad económica de producción de energía eléctrica; y la base imponible, de conformidad con el art. 5 b) de la misma ley, es la producción bruta de electricidad en el período impositivo, expresada en kilovatios/hora. En suma, el impuesto se aplica en proporción a la cantidad de energía eléctrica producida. Por su parte, el impuesto sobre actividades económicas grava el mero de ejercicio de actividades económicas (art. 78 del Real Decreto Legislativo 23/2004, de 5 de marzo) y, concretamente, la actividad de “producción de energía nuclear”, es decir, la producción de energía eléctrica mediante una central nuclear, estableciéndose una cuota por cada kilovatio de po-

tencia (epígrafe 151.3 de la sección primera del anexo del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre).

Por su parte, el Letrado de las Cortes de Castilla-La Mancha señala a este respecto que el hecho imponible del impuesto, a pesar de lo manifestado por el órgano judicial, viene constituido por la contaminación y los riesgos ocasionados en el medio ambiente (art. 2.1), concretando la norma legal los mecanismos a través de los cuales se puede producir la contaminación o los riesgos que constituyen ese hecho imponible, de manera que no se pretende gravar todo tipo de actividad contaminante, sino sólo aquellas emisiones o riesgos cuyas externalidades negativas o costes que soporta la sociedad tienen una mayor importancia, como sucede con la producción termonuclear de energía eléctrica. Sin embargo, en la medida que el impuesto sobre actividades económicas grava el mero ejercicio de una actividad empresarial, profesional o artística, no existe identidad alguna entre los hechos impositivos de ambos impuestos, a pesar de que exista una similitud terminológica. De hecho, la mayor diferencia entre los impuestos se encuentra en la base imponible, pues si en el impuesto autonómico se concreta por la *producción bruta de electricidad* (expresada en kilovatios/hora), en el impuesto municipal se basa en la *potencia instalada* (kilovatios de potencia en generadores), lo que pone de manifiesto que aquél no pretende someter a tributación una actividad económica, sino la contaminación realmente producida y los riesgos que ocasiona. Y esta voluntad de gravar la contaminación se pone de manifiesto en la determinación de la cuota tributaria, pues si en la Ley regional se fija en función de cada kilovatio/hora producido, por lo que a una menor producción corresponde una menor cuota tributaria, siento ésta nula si no hay producción, dada la inescindible relación entre producción y riesgo medioambiental [art. 6 b)], en el impuesto municipal se calcula la cuota en base a la potencia de los generadores y siendo mayor para las energías más respetuosas con el medio ambiente—como las mareas o la energía solar— que la electronuclear. En consecuencia, consideran las Cortes autonómicas que dada la disparidad existente entre los elementos estructurales de ambas figuras impositivas, nos encontramos ante materias impositivas diversas, no existiendo vulneración por el tributo autonómico del art. 6.3 LOFCA, gravándose una actividad no porque genere rentas para quienes las realicen, sino por el riesgo que representan (STC 168/2004).

Como punto de partida, se afirma la necesidad de conexión entre los supuestos gravados y los elementos cuantificadores, de modo que si el tributo responde en su estructuración al criterio de la capacidad contaminante del sujeto pasivo para conseguir la prevención del daño

ambiental estaremos ante un verdadero tributo ambiental con fines no fiscales. De hecho, la base imponible ha de constituir el reflejo del hecho imponible que es el “exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto” (STC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 4º)².

Para analizar este pronunciamiento lo procedente sería acudir a los parámetros de adecuación constitucional que ha establecido el Tribunal Constitucional en anteriores supuestos en que ha tenido ocasión de pronunciarse y contrastarlos con los vertidos en la STC 196/2012, así como observar el análisis que se ha realizado en otras sentencias coetáneas, en concreto, las SSTC 122/1012, de 5 de junio, y 208/2012, de 14 de noviembre –acerca del Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales-, en que se dirime la concurrencia de un impuesto autonómico y el impuesto local sobre actividades económicas, también alegada con respecto al impuesto castellanomanchego en lo que concierne a los hechos imponibles de la producción termonuclear de energía eléctrica y el almacenamiento de residuos radioactivos. Pues bien, la comparación entre el impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales y el impuesto sobre actividades económicas lleva a estimar una diferencia sustancial que el TC considera “criterio suficiente” para “superar” la prohibición de doble imposición del art. 6.3 LOFCA en relación con la alegada identidad de hechos imponibles en el impuesto autonómico y el impuesto local. La argumentación del TC parte de una primera comparación de la regulación imponible de ambos impuestos que no permite una conclusión al respecto, puesto que la mera diferenciación en la redacción legislativa de las leyes reguladoras precisa ser aclarada por el análisis de los elementos esenciales de cada impuesto al efecto de ofrecer un juicio determinante al caso planteado³. En este segundo estadio de análisis, lo curioso es que el TC desciende a una *cuestión técnica* para justificar la distinción del objeto de gravamen entre ambos impuestos -autonómico y local- aun admitiendo que el criterio de cálculo es el mismo, es decir, el elemento de cuantificación de la capacidad económica manifestada, de manera que como se distinguen en el *método elegido para el cómputo de la base imponible* ello es motivo bastante para considerar que existe una diferenciación en el objeto material del gravamen en cada impuesto⁴.

En sintonía con ello, habríamos de pensar que en el asunto de la Sentencia 196/2012, que afecta al impuesto castellanomanchego, el TC también habría de seguir el mismo recorrido y, por tanto, estudiar si “la comparación de las bases imponibles del impuesto autonómico controvertido y el impuesto sobre actividades económicas, una vez puesta en relación con sus hechos imponibles, aporta unos criterios distintivos

que son suficientes para poder afirmar que el impuesto enjuiciado no tiene un hecho imponible idéntico al impuesto local y, por tanto, supera la prohibición establecida en el art. 6.3 LOFCA⁷⁵. Pues bien, el TC no muestra el mismo rigor en la diferenciación de criterios de cuantificación de la base imponible a la luz del FJ 3º de la STC 196/2012 que concentra la doctrina sostenida por el TC respecto del gravamen sobre la producción de energía termonuclear castellanomanchego.

Así, los elementos configuradores del IDAMA para gravar “la contaminación y los riesgos que en el medio ambiente son ocasionados por la realización en el territorio de Castilla-La Mancha de las actividades” de la “[p]roducción termonuclear de energía eléctrica” [letra b)], se configuran en el sujeto pasivo que es quien realiza esta actividad productora de energía (art. 4.1), y la base imponible que se determina en función de “la producción bruta de electricidad en el período impositivo, expresada en kilovatios hora” [art. 5.1 b)], que se grava a razón de 0,0012 € por kilovatio/hora producido [art. 6 b)]. Por su parte, el impuesto sobre actividades económicas grava el mero de ejercicio de actividades económicas [art. 79.1 de la entonces vigente Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales (en adelante, LHL)] y, concretamente, la actividad de “producción de energía electronuclear”, es decir, la producción de energía eléctrica mediante una central nuclear, siendo el sujeto pasivo la persona o entidad que realice la actividad (art. 83 LHL) y estableciéndose una cuota por cada kilovatio de potencia en generadores de 0,510860 € (epígrafe 151.3 de la Sección I del anexo del Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas e instrucciones). Así, según el Tribunal “uno y otro tributo gravan el mero ejercicio de una actividad económica, concretamente, la de producción de energía eléctrica a través de centrales nucleares, y lo hacen en la persona del titular de la actividad en función de la energía producida (kilovatio/hora) o estimada (kilovatio/potencia).

En nuestra opinión, este argumento es discutible teniendo presente la máxima exigencia de identidad de bases imponibles que el Tribunal había requerido a la hora de enjuiciar el Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales, pues precisamente la cuantificación del impuesto autonómico en función de la *producción bruta de electricidad* revela que la actividad económica, en sí misma, supone un riesgo, y cualquier disminución de la producción incidirá directamente en el riesgo ambiental que ocasiona aquélla. Y ello, frente al criterio de la potencia instalada (kilovatios de potencia en generadores) que sirve para cuantificar el impuesto municipal, lo que pone de manifiesto que este es un *parámetro fijo* que pretende gravar la mera realización de la actividad.

En otras palabras, y utilizando las propias palabras del TC en la STC 122/2012, el Impuesto sobre actividades económicas utiliza “un elemento fijo que elige el legislador como índice de riqueza de en relación con este concreto sector económico”⁶ y el Impuesto castellanomanchego se sirve de la producción “índice de riqueza, utilizado para cuantificar el tributo”.

Lo dicho anteriormente, no resta razón al TC cuando niega la veracidad funcionalidad del Impuesto castellanomanchego para incidir en sentido negativo en la conducta perjudicial para el medioambiente. Estamos, por ello, de acuerdo con el TC en que “el tributo cuestionado ni se dirige, en sentido negativo, a disuadir el incumplimiento de ninguna obligación, ni busca, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras del medio ambiente, en cumplimiento del art. 45.1 CE”, pero llega a esta afirmación tras un examen insatisfactorio de la comparación en los criterios de cuantificación de la base imponible del impuesto autonómico y del local.

Como ya expresamos en su momento, estamos ante un criterio de medición de la capacidad económica del sujeto gravado, que sólo puede justificarse por la dificultad de medición que implica el gravamen de las actividades de riesgo de daño medioambiental (PATÓN GARCÍA, ALONSO GONZÁLEZ), lo cual incide en una sobreimposición del mismo hecho imponible –coincide una capacidad económica de la actividad gravada y el riesgo ambiental que la realización de la misma actividad conlleva- y que en opinión del TC debe considerarse como una auténtica doble imposición prohibida por el art. 6.3 LOFCA. No obstante, en nuestra opinión, parafraseando lo sostenido en la STC 122/2012, el impuesto castellanomanchego tiene “aunque sea parcialmente, una finalidad extrafiscal” (FJ 7º). Cuestión distinta es que existan razones de índole práctica para afirmar o dudar de los resultados prácticos en términos de disuasión de conducta que pueda generar el modelo de imposición adoptado por el legislador autonómico en este caso. Al menos el sujeto pasivo asume el coste medioambiental de su decisión de producir energía eléctrica con origen termonuclear, aunque el impuesto no consiga el cambio de conducta perseguido.

Idénticos argumentos avalan al TC para la declaración de inconstitucionalidad del gravamen del almacenamiento de residuos radiactivos del IDAMA, planteándose la controversia ahora en relación con la letra c) del art. 2.1 c) de la Ley 11/2000, donde se señala que el hecho imponible de la modalidad impositiva controvertida es el “[a]macenamiento de residuos radiactivos”, siendo el sujeto pasivo quien realiza esta activi-

dad de almacenamiento (art. 4.1), y determinándose la base imponible en función de la “capacidad de los depósitos a la fecha del devengo del impuesto expresada en metros cúbicos de residuos almacenados” [art. 5.1 c)], que se somete a un gravamen de 601,01 € por metro cúbico de residuo almacenado [art. 6.c)].

Así, el FJ 4º declara que “también en este supuesto uno y otro tributo gravan el mero ejercicio de una actividad económica, concretamente, la de almacenamiento de residuos radiactivos, y lo hacen en la persona del titular de la actividad de almacenamiento. La única diferencia se encuentra en la determinación de la cuota tributaria, de forma variable por los metros cúbicos de residuos en el impuesto autonómico, y de forma fija en el impuesto municipal, diferencia que no es suficiente, en opinión del TC, para desnaturalizar la identidad en la materia imponible. Por tanto, el TC llega a la conclusión de que también en este supuesto puede afirmarse que la estructura del impuesto castellano-manchego es coincidente con la del tributo local, sin que exista dato alguno en su configuración que permita apreciar la pretendida finalidad extrafiscal o *intentio legis* de gravar la actividad contaminante y los riesgos para el medio ambiente. Una vez más, el examen de los preceptos que definen los elementos esenciales de esta modalidad impositiva pone de manifiesto que estamos en presencia de otro tributo netamente fiscal o contributivo, que no grava directamente la actividad contaminante sino el mero ejercicio de una actividad económica consistente en el almacenamiento de residuos radiactivos, que ni se dirige, en sentido negativo, a disuadir el incumplimiento de ninguna obligación, ni busca, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras del medio ambiente, desvinculándose así de la verdadera aptitud de cada sujeto para incidir en el medio en el que se desenvuelve”.

Además, el TC se apoya en los argumentos esgrimidos en el ATC 456/2007, de 12 de diciembre, con relación al impuesto andaluz sobre depósitos de residuos radiactivos –aprobado por la Ley andaluza 18/2003, de 29 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, donde se establecía que la autenticidad de la finalidad medioambiental del tributo andaluz podía verificarse al constatar que el gravamen recaía sobre “las operaciones de depósito de residuos radiactivos con la finalidad de incentivar conductas que favorezcan la protección del entorno natural, considerándose a estos efectos depósito de residuos radiactivos la operación de entrega de los mismos en vertederos públicos o privados situados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía para su inmovilización”. De manera sorpresiva, el TC utiliza como prueba de finalidad extrafiscal del tributo andaluz la afectación de la recaudación

obtenida “a la financiación de las actuaciones de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de protección medioambiental y conservación de los recursos naturales”.

Parece que el TC delinea un modelo de impuesto sobre residuos acorde a los parámetros constitucionales, siendo que: 1) el comportamiento que ha de ser gravado es la “entrega para su depósito de los residuos radiactivos”, no el almacenamiento de los residuos. Pues bien, en nuestra opinión, no existe sobreimposición respecto de esta actividad, ya que la pretensión del legislador castellanomanchego no era el gravamen de la actividad empresarial de las instalaciones que almacenan –caso del IAE- sino la realidad fáctica del almacenamiento de dichos residuos debido a la contaminación ambiental que generan (LUCHENA MOZO/PATÓN GARCÍA); 2) no es de extrañar, de este modo, que en correspondencia con el anterior criterio, exija el TC que el sujeto pasivo deba configurarse como “la persona que entrega los residuos”; 3) la exigencia de vinculación de la recaudación obtenida “a la financiación de actuaciones en materia de protección medioambiental y conservación de los recursos naturales”. A este respecto, lo curioso es que el TC pone como ejemplos de vinculación de la recaudación obtenida al gravamen catalán sobre elementos patrimoniales afectos a actividades de las que pueda derivar la activación de planes de protección civil [STC 168/2004, de 6 de octubre, FJ 10 b)], o el impuesto catalán sobre grandes establecimientos comerciales (STC 122/2012, de 5 de junio, FJ 7), poniendo el acento en que la afectación no es general, sino específica, es decir, que la recaudación además de afectarse a la realización de políticas sectoriales, se vinculaba a la financiación de un fin concreto. Efectivamente, la STC 168/2004 para llegar a afirmar la constitucionalidad del Gravamen catalán sobre actividades de riesgo y su finalidad predominantemente no fiscal tiene en consideración la afectación de la recaudación. Sin embargo, el TC fue tajante al respecto en la STC 179/2006, de 13 de junio, cuyo FJ 10º señalaba que “la afectación del gravamen a la finalidad que se dice perseguida no es más que *uno de los varios indicios* –y no precisamente el más importante- a tener en cuenta a la hora de *calificar la verdadera naturaleza* del tributo, esto es, de determinar si en el tributo autonómico prima el carácter contributivo o una finalidad extrafiscal”. Por tanto, resulta como poco algo forzado el retorno a la utilización del criterio de afectación de la recaudación como criterio justificativo de la finalidad extrafiscal de un tributo.

En conclusión, el impuesto castellano-manchego sobre actividades que inciden en el medio ambiente, en sus modalidades de producción de energía eléctrica termonuclear y almacenamiento de residuos

radiactivos, “grava el mero ejercicio de una actividad económica, con independencia de la aptitud para incidir en el medio ambiente, incurriendo de este modo en la prohibición prevista en el apartado 3 del art. 6 LOFCA (en la redacción anterior a la modificación operada por la Ley Orgánica 3/2009), por su solapamiento con la materia imponible del impuesto sobre actividades económicas” (FJ 4º).

Finalmente, el TC determina el alcance concreto que ha de atribuirse a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad, estableciendo los preceptos a que se extiende dicho efecto de nulidad por relación con las letras b) y c) del art. 2.1 de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, como son los arts. 2.2 (definición de la actividad de almacenamiento de residuos radiactivos) y 2.3 (supuesto de no sujeción con relación al almacenamiento de residuos radioactivos), 5.1 b) y c) (forma de determinación de la base imponible tanto en el caso de producción termonuclear de energía eléctrica como en el de almacenamiento de residuos radiactivos), 6 b) y c) (forma de determinación de la cuota tributaria tanto en el supuesto de producción termonuclear de energía eléctrica como en el de almacenamiento de residuos radiactivos), y 7.4 (supuesto especial de período impositivo en el caso de almacenamiento de residuos radiactivos).

En definitiva, esta sentencia supone un rechazo al modelo de gravamen de una actividad de riesgo y los residuos peligrosos generados cuyo fundamento venía avalado por el fomento indirecto de la producción eléctrica procedente de fuentes de energía renovables al determinarse el gravamen para aquella electricidad producida a partir de energía termonuclear.

IMPUESTOS LOCALES

IMPUESTO SOBRE EL INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

Fórmula de cálculo «correcta» de la liquidación

Comentarios realizados por: **LUIS MARÍA ROMERO FLOR**

Sentencia 85/2012, de 17 de abril de 2012, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Recurso Número 393/2010

En la sentencia objeto del presente comentario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo desestima el recurso de apelación interpuesto por el apelante (Ayuntamiento de Cuenca) contra la Sentencia número 366/10, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Cuenca, en fecha de 21 de Septiembre de 2010, en materia de Tributos (en concreto por el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana), indicando las siguientes razones en su único fundamento jurídico: *«a) Se ha de partir, de hecho de la interpretación legal, contenido en el fundamento de derecho cuarto de la resolución judicial recurrida. Dicha exégesis, en realidad desvirtuadora de la presunción de legalidad del acto tributario objeto de impugnación; tiene su asiento, en un juicio de razonabilidad, que deriva de la propia valoración de la prueba documental de alcance técnico, aportada por la parte actora en vía administrativa (Documentos n.ºs. 9 y 10 del expediente), ratificados por el informe pericial que se acompaña a los mismos; en donde se justifica la manera de gravar la plusvalía. b) Frente a ello, dicha exégesis, claramente fundamentada y apoyada, igualmente en la legislación aplicada (art. 104 a 107, de la Ley de Hacienda Local), más allá de una exposición abstracta de la aplicación del impuesto deducida por la Administración local en su escrito de apelación, no se aporta por la misma ningún principio de prueba técnico, de fácil apoyatura probatoria para dicho Ente local (arts. 217 y 281, ambos de la L.E. Civil), que permite constatar su tesis, cuestionando el juicio de racionalidad hermenéutica, dado por el Juez de instancia y reforzado por el escrito de la parte que se opone a la apelación; lo que nos lleva a desestimar el recurso; y confirmar la legalidad de la resolución judicial impugnada».*

Dada la brevedad con la que se expresa la Sentencia mencionada, y con el objetivo de dilucidar la cuestión planteada, se hace necesario acudir a la Sentencia de instancia (la Sentencia número 366/2010, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Cuenca, en fecha de 21 de Septiembre de 2010), en la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cuenca y declara la nulidad de la resolución impugnada, dejando sin efecto la liquidación complementaria practicada contra el contribuyente, debiendo estarse al resultado derivado de la fórmula matemática establecida en su Fundamento de Derecho Cuarto del cuerpo de la sentencia, el cual expone que: *«Por lo que se refiere al otro motivo de impugnación, la fórmula de cálculo, en este aspecto sí que hay que dar la razón a la parte actora, por cuanto la misma, en base a los informes matemáticos que acompaña con sus escritos de recursos de reposición presentados en vía administrativa, sí que ofrece argumentos lógicos y coherentes para entender que la fórmula aplicada por el mismo, y que ha determinado el resultado de la plusvalía = valor final x n.º de años x coeficiente de incremento / 1 + (n.º de años x coeficiente de incremento), se ofrece como correcta, en base a*

las explicaciones contenidas en el escrito de demanda, a los efectos de gravar de manera correcta la plusvalía generada durante el período de tenencia del bien, tal como se aplica gráficamente en dicho escrito de demanda, partiendo de un valor de suelo de 100 euros, y las diferencias de aplicar una u otra fórmula, 54 de aplicar la fórmula del Ayuntamiento, 35,06 de aplicar la fórmula de la parte actora, pues de aplicar la fórmula del Ayuntamiento, lo que se estaría calculando sería el incremento de valor del suelo en años sucesivos y no en años pasados, al aplicar el incremento sobre el valor final, el de devengo, y desde esta perspectiva, por tanto, aplicando dicha fórmula, a su resultado habrá que estar declarando nula la liquidación complementaria practicada y, por tanto, la resolución impugnada».

Antes de pasar a comentar la idoneidad o no de los dos pronunciamientos reseñados, conviene detenernos brevemente, y sin ánimo de pretender ser muy exhaustivos, en cómo está configurado legalmente el Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), comúnmente conocido como «*plusvalía municipal*», en los artículos 104 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL).

Como es sabido, este impuesto va a gravar el incremento de valor que experimenten los terrenos de naturaleza urbana, y que se pone de manifiesto cuando se transmite la propiedad de dichos terrenos (ya sea por venta, donación o herencia) o cuando se transmite o constituye un derecho real limitativo de dominio (normalmente por usufructo) sobre los mismos (art. 104 TRLRHL).

La plusvalía, o cantidad a pagar por este impuesto, se calcula aplicando a la base imponible el tipo de gravamen fijado por cada Ayuntamiento (sin que el mismo pueda exceder del 30%). A los efectos de calcular la base imponible, el párrafo 2º del apartado 1 del art. 107 TRLRHL establece que «*habrá de tenerse en cuenta el valor del terreno en el momento del devengo y experimentado a lo largo de un período máximo de veinte años*»; por tanto, habrá de tenerse en cuenta el valor del terreno en el momento del devengo cuando el vendedor, donatario o sucesor transmita la propiedad, el cual, a efectos del apartado 2 del art. 107 TRLRHL, será el que figure en dicho momento en el recibo del Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) multiplicado por un porcentaje, que a su vez, se determina en función del número de años completos a lo largo de los cuales se haya puesto de manifiesto dicho incremento; o dicho de otra manera, dicho porcentaje se determina multiplicando el número de años por el porcentaje anual que fija cada Ayuntamiento por medio de la correspondiente Ordenanza Fiscal, sin que pueda exceder

de siguientes límites señalados por la Ley: para un período de uno hasta cinco años, un 3,7; para un período de hasta diez años, un 3,5; para un período de hasta quince años, un 3,2; y para un período de hasta veinte años, un 3.

Por tanto tendríamos que la Plusvalía = Base Imponible (Valor del terreno a efectos del IBI x [número de años x porcentaje anual]) x Tipo de gravamen (no superior al 30%).

El tema que origina la controversia dirimida en las sentencias transcritas aparece a la hora de calcular por el consistorio local el importe de la base imponible, que siguiendo el tenor literal de la ley, parece que lo que realmente se calcula es el incremento que experimentará el terreno en los años sucesivos, y no el incremento o revalorización que ha sufrido el terreno a lo largo de los años, desde su adquisición hasta la fecha de la transmisión sujeta (devengo). Y así lo entendió el contribuyente, que presentó a la Administración un «cálculo alternativo», que fue considerado como válido por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Cuenca, y posteriormente confirmado por el Tribunal Superior de Justicia. A través de esa fórmula propuesta por el contribuyente, si se toma como referencia el valor del terreno en el momento del devengo, era necesario actualizar el importe al momento de adquisición para conocer realmente el incremento puesto de manifiesto en el momento de la transmisión, o lo que es lo mismo, la Plusvalía = Base imponible (valor del terreno a efectos del IBI x [número de años x porcentaje anual] / 1 + [número de años x porcentaje anual] x Tipo de gravamen (no superior al 30%).

La primera reflexión que nos suscita la lectura de ambas sentencias, la del Juzgado de Cuenca y la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, tiene que ver con la «*vexatitia quaestio*» que persigue a este impuesto municipal desde la Ley 39/1988 Reguladora de las Haciendas Locales. Nos estamos refiriendo a la posible vulneración del principio de capacidad económica reconocido en el art. 31 de la Constitución, debido a que la cuantificación de la obligación tributaria se realiza por medio de unos parámetros objetivos y con total desconsideración de la riqueza realmente obtenida por el sujeto pasivo propietario de los bienes, pues como indica VARONA ALBERN «*el incremento de valor gravado por este tributo no es el real sino el derivado de las reglas establecidas para el cálculo de la base imponible, que siempre arrojan una plusvalía positiva; plusvalía que aumenta conforme lo hace los años de posesión del inmueble por su titular, con independencia del incremento o disminución del valor que en la realidad haya podido experimentar la finca*».

Aunque el «supuesto error» en la determinación de la base imponible se atribuye a la propia redacción de la ley, lo cierto y verdad es que a través de esta norma general, abstracta, o incluso si se quiere ambigua, el legislador optó por aplicar un instrumento que consideraba sencillo y adecuado, no para valorar de forma real el incremento del valor de los terrenos, sino para someter a tributación una plusvalía objetiva. Si la intención del legislador hubiera sido la contraria a la expresada, existen otras técnicas que pueden ser trasladables al ámbito local para medir de manera correcta el incremento del valor del terreno, pues como bien señala MARTÍN-BARRIONUEVO FABO, se podría «*utilizar el valor real de adquisición y de transmisión, como prevén las reglas de cuantificación de ganancias de patrimonio en el IRPF, y calcular la parte proporcional del valor del suelo y de la construcción, lo que sin duda arrojaría un resultado más aproximado de la realidad*».

Sea como fuere, consideramos que de esta manera el art. 107 TRLRHL se convierte en una regla imperativa que habría que aplicar en todo caso, dado que en ningún precepto se prevé la posibilidad de utilizar otro método alternativo de cuantificación de la base imponible; lo que nos lleva a la natural e indefectible pregunta de si el órgano judicial puede hacer suya la argumentación del contribuyente por considerarla ajustada a Derecho, y de esta manera, intentar corregir un plusvalía tras la aplicación de un criterio distinto al señalado en la ley, desestimando la valoración aplicada por el Ayuntamiento.

Aunque con ciertas salvedades, el supuesto aquí analizado nos recuerda vagamente a aquel surgido en los años 80, en la que un contribuyente discrepaba sobre su liquidación paralela del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y al que el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia número 209/1988, de 10 de noviembre, le reconoció el «*derecho a no ser discriminado fiscalmente por el hecho de haber contraído matrimonio y a hacer por separado su declaración del IRPF*»; y mediante Sentencia número 45/1989, de 20 de febrero, se declaraba la nulidad e inconstitucionalidad de determinados preceptos de la entonces Ley 44/1978, de 8 de septiembre, de normas reguladoras del IRPF.

Traemos a colación el anterior ejemplo para matizar que si la aplicación de las reglas de valoración de la base imponible del IIVTNU contenidas en el art. 107 TRLRHL expresan un resultado manifiestamente contrario al principio de capacidad económica, al tener éste rango constitucional, los jueces y tribunales no pueden dejar de aplicarlas de manera arbitraria, y mucho menos, justificando, como hacen, sobre la base de que «*la Administración local en su escrito de apelación, no se aporta*

por la misma ningún principio de prueba técnico, de fácil apoyatura probatoria para dicho Ente local».

Lo más coherente en este caso hubiera sido, conforme al art. 35 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que el órgano jurisdiccional planteara la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar la sentencia o la resolución jurisdiccional que procediese, concretando que el art. 107 TRLRHL infringe el art. 31 CE por inexistencia de capacidad económica gravada, por la imposibilidad de probar su existencia, o como es el caso que nos ocupa, por calcular el incremento del valor del suelo en los años sucesivos y no en años pasados.

INFRACCIONES Y DELITOS TRIBUTARIOS

Infracción por omisión de ingreso. Procedimiento sancionador. Principio non bis in idem. Caducidad

Comentarios realizados por: **JOSÉ ALBERTO SANZ
DÍAZ-PALACIOS**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 26 de junio de 2012

El 18 de junio de 2008, el Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Castilla-La Mancha desestima la reclamación interpuesta por la actora frente a cierta resolución de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) que sancionaba la comisión de una infracción leve relativa al IRPF de 2004, motivada por el incumplimiento del plazo de cuatro años previsto para destinar a su fin las cantidades ingresadas en una cuenta ahorro-vivienda (la sentencia se remite al art. 56 del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio).

El 10 de septiembre de 2008, la actora interpone recurso contencioso-administrativo frente a la referida resolución desestimatoria del TEAR. Entre los motivos de impugnación alega una pretendida violación del principio *non bis in idem*; y es que, como pone de manifiesto la sentencia que reseñamos, «se inició un primer procedimiento sancionador, que terminó en sobreseimiento porque la liquidación que había servido de cobertura a la infracción fue anulada por la Dependencia de Gestión Tributaria en La Roda». Sin embargo, el motivo no prospera

porque se había iniciado otro expediente sancionador y, aunque relativo a los mismos hechos, afirma la sentencia que no existía obstáculo legal al respecto, considerando además que no había prescrito la acción administrativa para perseguir la infracción. En definitiva, «si el fisco tenía la posibilidad de practicar la liquidación corregida, también cabía incoar nuevo expediente sancionador» (FJ. 3.º).

La demanda invoca asimismo una supuesta caducidad procedimental que, finalmente, desestima la sentencia, si bien reconoce una «evidente confusión» del empleado de correos, al intercambiar la hora y el día de notificación. Ésta se intentó dos veces, y procedía acudir al correspondiente boletín oficial. Declara además el TSJ que «no podría tomarse de referencia como *dies a quo* el día de iniciación del primer expediente sancionador, al ser distinto e independiente del segundo» (FJ. 5.º).

Por último, la sentencia rechaza la tesis (mantenida por la recurrente) de que no habían transcurrido cuatro años desde la apertura de la cuenta-vivienda hasta la adquisición; destaca el TSJ que la actora «reputa como compra lo que no fue sino una entrega a cuenta al promotor, como expresamente reconoce la demanda». Añade la sentencia: «Es cierto que determinadas figuras tributarias pueden constituir un arcano para el ciudadano medio, pero la cuenta-vivienda precisamente, por lo extendido de su realidad y las atractivas deducciones fiscales que ha conllevado, presenta un conocimiento mínimo generalizado muy superior a otras instituciones, y comporta además, desde el momento en el que se apertura, una serie de obligaciones que se notifican por la entidad bancaria al interesado. En cuanto al pago a cuenta, en modo alguno conlleva adquisición de propiedad, por lo que se sobrepasó el plazo para adquirir el inmueble sin hacerlo ni, indudablemente, devolver las deducciones practicadas legalmente» (FJ 6.º).

Aunque no perdemos de vista las diferencias que separan el ámbito de las infracciones tributarias y el de los delitos contra la Hacienda Pública, cabe pensar que el argumento del «conocimiento mínimo generalizado muy superior a otras instituciones» guardaría cierta relación con la teoría del perjuicio patrimonial en materia de delito fiscal. Recordemos que quienes, en el marco del art. 305 CP, conciben la acción de defraudar como mera causación de un perjuicio patrimonial relacionarían el dolo con el conocimiento de las correspondientes obligaciones tributarias (de índole material y formal). Para apreciar dolo podría bastar pues con que el sujeto, sabiendo que ha tributar, no lo hiciera (y ese conocimiento se habría generalizado por el esfuerzo modernizador

de la Administración tributaria, tendente a facilitar a los contribuyentes el cumplimiento de sus obligaciones fiscales). Por consiguiente, desde la óptica de la defraudación como perjuicio patrimonial el dolo no sería intrínseco a la conducta defraudatoria, pero existiría una vinculación tan estrecha entre ambos elementos, que llevaría a ligar el carácter doloso del tipo al verbo «defraudar», empleado en el tenor literal del art. 305 CP.

Por los motivos que expone el TSJ de Castilla-La Mancha, la sentencia desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto.

NOTAS

1 En consecuencia, el TC ha declarado la extinción por desaparición sobrevinida de su objeto de la cuestión de inconstitucionalidad nº 1041-2006, planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en relación con el artículo 2.1 b) y c) de la Ley 11/2000, de 26 de diciembre, de la Comunidad de Castilla-La Mancha, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, por posible vulneración de los artículos 133.2 y 157.3 CE (BOE nº 294, de 5 de diciembre de 2012, p. 84010).

2 La STC 179/2006, de 13 de junio, recuerda que la capacidad de contaminar ha de estar presente en la determinación de la base imponible, pues la producción (al igual que se manifestó en relación con el Impuesto balear –STC 289/2000, de 30 de noviembre), la facturación o el número de instalaciones de las actividades gravadas no constituyen criterios de gravamen de la actividad contaminante (STC 179/2006, FJ. 8º).

3 En concreto el FJ 6º de la STC 122/2012 sostiene que “Una primera comparación de la regulación del hecho imponible de ambos impuestos permite concluir que nos encontramos ante dos impuestos, uno general, que afecta a todo tipo de actividades económicas, por su mero ejercicio, y que grava la riqueza potencial que se pone de manifiesto con el ejercicio de una actividad económica, de cualquier tipo y en cualquier circunstancia, y otro impuesto específico, que grava únicamente a determinadas actividades comerciales, las ejercidas por las

grandes superficies comerciales individuales, que venden determinados productos, al por menor o al detalle, si bien configurando su actividad de un modo tal que se distinguen del resto de actividades comerciales, no por cuestiones de mera organización interna, sino por su repercusión sobre el consumo, la ordenación del territorio y el medio ambiente. Sin embargo estas diferencias entre los hechos imposables de los impuestos examinados no son suficientes para entender superada la prohibición establecida en el art. 6.3 LOFCA”.

4 En concreto, “ambos impuestos recurren a la técnica de calcular su cuota fijando una cantidad por metro cuadrado de superficie del establecimiento comercial pero no computan la superficie de una forma idéntica. Es cierto que la superficie constituye, tanto en la ley autonómica como en la estatal, el parámetro que sirve para cuantificar la capacidad económica sometida a gravamen, pero los elementos tomados en consideración por ambos legisladores para realizar el cómputo no son los mismos” (STC 122/2012, FJ 7º).

5 Esta misma doctrina se aplica igualmente en el caso enjuiciado en la STC 208/1012, de 14 de noviembre, FJ 7º, en relación con el impuesto navarro sobre grandes establecimientos comerciales, una vez que el TC sostiene la procedencia de la aplicación del límite del art. 6.3 LOFCA al impuesto navarro y que aprecia idéntica similitud en los elementos esenciales del impuesto catalán, lo cual lleva al TC a sostener la inexistencia de la coincidencia alegada con el impuesto sobre actividades económicas en el mismo sentido en que lo hizo en la STC 122/2012.

6 Este argumento lo expresa el TC si bien en relación con el elemento de “superficie” (FJ 7º) en la STC 122/2012.

Los Comentarios de Jurisprudencia Tributaria, dirigidos por Miguel Ángel Collado Yurrita y coordinados por M^a Esther Sánchez López, han sido elaborados por los Profesores de Derecho Financiero y Tributario e investigadores del Centro Internacional de Estudios Fiscales (<http://uclm.es/cief>), cada uno bajo su especialidad respecto de los tributos castellano manchegos, ya sea desde la esfera de tributo estatal cedidos, propios o local, a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales y administrativos, en su caso. De esta manera, el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas será comentado por Francisco José Nocete Correa. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, así como El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados serán comentados por Saturnina Moreno González. El Impuesto sobre el Patrimonio, el

Impuesto sobre Bienes Inmuebles así como el Impuesto sobre Actividades Económicas será comentados por María Prado Montoya López. El apartado referente a los Impuestos medioambientales autonómicos será comentado por Gemma Patón García. Pedro José Carrasco Parrilla analizará el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica, el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, el Impuesto Municipal sobre Gastos Suntuarios y el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana. Las Tasas y Precios Públicos (autonómicos y locales) por su amplísima variedad en cada una de sus esferas, serán abordados por Miguel Ángel Collado Yurrita, M^a Esther Sánchez López y Luis M^a Romero Flor. Y, finalmente, a José Alberto Sanz Díaz-Palacios le corresponderá la Jurisprudencia regional en materia de infracciones y delitos tributarios.

Ello no obsta, para que alguno de los referidos profesores, en un momento determinado y por la relevancia y/o interés del tema, puedan realizar comentarios fuera de las secciones en las que se encuentran encuadrados.

DOCTRINA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA- LA MANCHA

M^a Carmen González Carrasco [CGC]

PARTICIÓN DE HERENCIA POR COMISARIO O CONTADOR-PARTIDOR. INCLUSIÓN DE VIUDA SEPARADA NOMBRADA EN TESTAMENTO DE FECHA POSTERIOR A LA SENTENCIA DE SEPARACIÓN. OPERACIONES PARTICIONALES. INVENTARIO Y AVALÚO. CUADERNO PARTICIONAL. RESCISIÓN POR LESIÓN. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALBACETE. SENTENCIA 30 DE MARZO DE 2012.

La Audiencia desestima el recurso de apelación interpuesto por los nietos del causante contra la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda, declara la rescisión por lesión de la partición de la herencia y la realización de un nuevo cuaderno particional adecuado a las cuotas hereditarias correspondientes a los actores. Estos insisten en la alzada en que se declare la nulidad del cuaderno y la no procedencia de la cuota viudal al estar la esposa separada al tiempo de la apertura de la sucesión, además de solicitar que se rectifiquen las bases de la rescisión contractual efectuada por la juzgadora de instancia, que consideran erróneas. La Sala señala que no hay razones para la nulidad, y sigue el principio "*favor partitionis*". Aunque es hecho probado que la esposa estaba separada judicialmente al tiempo de la muerte del causante, la Sala respeta el legado de lo que le hubiera correspondido como cuota viudal porque el testador decidió incluir su nombre tras la sentencia de separación en su testamento por haber estado casados cuarenta años. Respecto a las bases de la rescisión contractual, la Sala concluye que hay una clara lesión para cada demandante en más de la cuarta parte entre lo que les hubiera correspondido si se hubiera valorado correctamente según la tasación pericial y el valor inventariado en el cuaderno particional, por lo que en el nuevo cuaderno que se ordena confeccionar en la alzada, la indemnización tomará la referencia pericial. En cuanto a la referencia testamentaria a la legítima de los hijos, la Sala entiende que ha de comprender los dos tercios, ya que en modo alguno se habla en

el testamento de legítima estricta ni se atribuye a los nietos nombrados herederos el tercio de mejora.

“...no existen razones para declarar la nulidad de la partición si bien resulta clara la rescisión por lesión debiendo llevarse a cabo un nuevo cuaderno particional ó la indemnización de la cuantía correspondiente teniendo en cuenta la valoración indicada por el referido perito y premisas de la sentencia de instancia, pues no se ha acreditado que la realizada y protocolizada en el cuaderno particional se realizara sin el consentimiento del contador partidor o que este fuese consciente que al hacerla en tales términos se incumpliese la voluntad del finado o se omitiera del reparto de bienes a algunos de los herederos, por lo que ha de estarse al principio “favor partitionis” según el cual hay que presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad (SSTS de 7 de noviembre de 2006)....

Respecto a si en este caso procede declarar cuota hereditaria a favor de la viuda ... que se encontraba separada del finado desde el año 1999 y al tiempo de su fallecimiento en fecha 23 de enero de 2002 comparte la Sala la apreciación de la juzgadora de instancia cuando afirma que a la fecha del testamento el 14 de diciembre de 1999 ya se había dictado sentencia de separación y a pesar de ello el testador decidió incluirla en su testamento sin que el testador revocase con posterioridad tal cláusula testamentaria consciente de que era merecedora de la referida cuota legal al haber estado casada con causante desde el año 1953 (más de 46 años)....

La legítima de los hijos A, P y CA, ha de comprender los dos tercios ya que la voluntad del causante ha de ser “el tenor literal del propio testamento,” a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del otorgante y en modo alguno se habla en el testamento de legítima estricta o que se atribuye a los nietos el tercio de mejora correspondiéndole, por tanto, a los nietos, J y P, hijos de CA, solamente el tercio de libre disposición y a la viuda C en usufructo el tercio de mejora”

CGC

PAGARÉ. ACCIÓN CAMBIARIA. EXCEPCIONES OPONIBLES. DECLARACIONES CAMBIARIAS HECHAS POR REPRESENTANTE DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA SIN SELLO SOCIAL EN ANTEFIRMA. FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA. PRUEBA DE ACTOS PROPIOS DE LA DEMANDANTE REQUIRIENDO COMO DEUDORA A LA SOCIEDAD

LIBRADA. Audiencia Provincial de Albacete, Sentencia de 2 de marzo de 2012.

La Audiencia acuerda desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia que estimó la excepción de falta de legitimación pasiva del demandado, absolviéndole de las acciones ejercitadas frente a él, entendiendo que los pagarés no responden a una relación personal de la que debe responder el demandado, sino a la relación comercial de la actora con la mercantil a quien ésta realizó trabajos de instalación eléctrica. Reclama la mercantil recurrente en la alzada el abono de los pagarés que aporta a autos y que resultaron impagados a sus fechas de vencimiento y que aparecen firmados por el demandado. La Sala reproduce la doctrina del TS establece que la omisión, por parte de quien firma el acepto de una letra de cambio, de antefirma o de otra referencia al hecho de actuar por poder o por representación o como administrador de la entidad o sociedad que figura como librada en la letra, no libera a estas de responsabilidad como aceptante, excepto cuando el firmante del acepto carece de dicho poder o representación; y, a su vez, quien acepta la letra en tales condiciones no se obliga personalmente, sino que obliga a la entidad o sociedad que aparece como librado si efectivamente ostenta poder o representación de ella. Según la Sala, del resultado de la prueba no se desprende que el firmante de los pagarés lo hiciera a título personal sino a nombre de la empresa lo que efectivamente era conocido por la mercantil apelante ya que requirió previamente a ésta E incluso el número de cuenta de pago pertenecía a la sociedad.

“...Conforme al art. 9 de la LCCh todos los que pusieren firmas a nombre de otro en letras de cambio deberán hallarse autorizados para ello con poder de las personas en cuya representación obraren, expresándolo claramente en la antefirma....El art. 96 del mismo texto legal prevé que serán aplicables al pagaré, mientras ello no sea incompatible con la naturaleza de este título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y referentes, entre otras, las consecuencias de la firma puesta en las condiciones mencionadas en los artículos arts. 8 y 9.

La cuestión por tanto a resolver, dado el objeto de la apelación, viene circunscrita a resolver si en el supuesto de autos el demandado cambiario debe responder de los pagarés por él firmados, sin haber hecho constar en los mismos su firma en representación de la sociedad CT S.L. o el sello o estampilla de la misma.

La jurisprudencia del T.S. tanto durante la vigencia del art. 447 CCom EDL 1885/1 como durante la vigencia de la LCCH, ha interpretado este man-

dato legal de manera flexible, declarando que no es necesario que se haga constar formalmente que se actúa por poder, orden o en representación de una sociedad, sino que basta con que con que el representante o administrador de una sociedad o entidad estampe en la antefirma el sello de la misma ... No obstante en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se han planteado discrepancias acerca de si esta consecuencia es aplicable en aquellos casos en los cuales, aun omitiéndose toda referencia a la existencia de un poder, la condición en que actúa el aceptante, como administrador de una sociedad, resulta de manera inequívoca de las menciones que constan en la letra de cambio en relación con la entidad o sociedad librada.

A esta cuestión se ha dado respuesta en la STS de 5 de abril de 2010... en la cual se sienta la doctrina de que la omisión, por parte de quien firma el acepto de una letra de cambio, de antefirma o de otra referencia al hecho de actuar por poder o por representación o como administrador de la entidad o sociedad que figura como librada en la letra no libera a estas de responsabilidad como aceptante, excepto cuando el firmante del acepto carece de dicho poder o representación; y, a su vez, quien acepta la letra en tales condiciones no se obliga personalmente, sino que obliga a la entidad o sociedad que aparece como librado si efectivamente ostenta poder o representación de ella.

Este es el caso de autos, pues como perfectamente se desprende del texto del documento num. 11-1 (unido al folio 25 de autos) consistente en requerimiento de fecha 12 de marzo de 2007 ...ninguna duda tenía cuando interpuso la demanda judicial que el demandado A no firmó los pagarés a título personal o para obligarse personalmente a su pago porque estos respondían a una relación personal de la que debe responder sino que estos respondían y se libraron a consecuencia de la relación comercial de la mercantil Montajes Eléctricos Núñez y González S.L.L. con la mercantil Carnical Telvi S.L. actuando Adriano como el representante o administrador de esta última sociedad”.

CGC

CONCURSO CULPABLE. ACTUACIÓN CORRECTA DE LA AMDINISTRACIÓN CONCURSAL. DOBLE CONTABILIDAD DEDUCIDA DE DOCUMENTOS ENCONTRADOS EN LA SEDE EMPRESARIAL. VALORACIÓN DE LA PRUEBA. REGLAS DE LA SANA CRÍTICA. Audiencia Provincial de Albacete. Sentencia de 19 de enero de 2012.

La Sala desestima el recurso interpuesto por el administrador y la mercantil concursada contra la sentencia de instancia, estimatoria de la

demanda, por la que se interesaba la calificación como culpable del concurso y la condena del administrador demandado como persona afectada por dicha calificación. Recurren en apelación el administrador demandado y la concursada alegando la inexistencia de una doble contabilidad en la empresa concursada y achacando a la malicia de la administración concursal la insistencia en la calificación del concurso como culpable. La Sala, afirmando su facultades revisoras plenas de la valoración de la prueba en segunda instancia, y una vez analizadas en toda su extensión las pruebas obrantes en autos así como los documentos aportados como prueba en segunda instancia (documentos encontrados en la propia empresa, concretamente en el muelle de carga y entre el papel sucio de la fotocopidora), llega a la convicción de que, efectivamente, existió esa doble contabilidad, que supone un criterio de imputación suficiente por sí solo para declarar el concurso como culpable, aunque no se acredite perjuicio patrimonial para los acreedores. Respecto de la valoración de la prueba, el hecho de que los trabajadores afirmen que todos los documentos estaban bien archivados y organizados no significa que en determinados y concretos lugares pudieran existir otros documentos, sin que quepa desconocer, por otra parte, que los trabajadores pueden haber hecho esas declaraciones movidos por la sana intención de defender a su patrón y, en definitiva, la empresa en la que trabajan.

“La naturaleza del recurso de apelación, dado su carácter “ordinario”, permite al Tribunal conocer -íntegramente- de la cuestión resuelta en primera instancia, pudiendo no solo revocar, adicionar, suplir y enmendar las sentencias que se someten a su nueva revisión, sino dictar, respecto de todas las cuestiones debatidas, el pronunciamiento que proceda (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2003. ...Cabe y se debe incluso, pues, reexaminar la prueba y cotejar la convicción que le merece la misma a éste Tribunal, que puede variar aún sin error patente o ilegalidad en la apreciación del Juzgado de primera instancia (salvo supuestos puntuales relativos a la credibilidad de pruebas personales, en que -conviene insistir- también puede revisarse si se acredita error manifiesto o conclusión contraria a la lógica).

...La llevanza de una doble contabilidad califica por sí mismo al concurso como culpable. El juicio de desvalor recae sobre la conducta seguida por el deudor o sus representantes legales o administradores, por lo que no es necesario acreditar la realidad de perjuicio patrimonial para los acreedores.

...La existencia de doble contabilidad se deduce, fundamentalmente, de los documentos obrantes en autos. ...El hecho de que los trabajadores afirmen que todos los documentos estaban bien archivados y organizados no significa que en determinados y concretos lugares (el muelle de carga y el papel sucio de la

fotocopiadora) pudieran existir otros documentos, como de hecho sucedía. En fin, no cabe desconocer, por otra parte, que los trabajadores pueden haber hecho esas declaraciones movidos por la sana intención de defender a su patrón y, en definitiva, la empresa en la que trabajan....Estos documentos se refieren al mismo tipo de productos que los que son objeto de venta por la mercantil concursada, y mencionan a clientes que lo son de dicha entidad, al figurar también en la documentación "oficial" con membrete de esa mercantil. De todo eso se concluye que son documentos elaborados por la mercantil concursada".

CGC

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD CONTRA ADMINISTRADORES. FALTA DE PRESENTACIÓN DE CUENTAS ANUALES, DESAPARICIÓN DEL TRÁFICO. DAÑOS A TERCEROS. CRÉDITOS INCOBRABLES. Audiencia Provincial de Ciudad Real. Sentencia de 30 marzo de 2012

La Audiencia estima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda en ejercicio de la acción individual de responsabilidad contra el administrador social demandado. La actora se alza en apelación insistiendo en su recurso en sus pretensiones iniciales, considerando la Sala que en el caso planteado se cumplen las exigencias para que prospere la acción individual de responsabilidad, como son la relación del administrador con la actora, hecho incuestionado por haber suscrito varios pagarés como administrador de la mercantil que administraba y que finalmente no sólo resultaron incorrientes sino incobrables, actos realizados con lesión de terceros como son la falta de presentación de cuentas anuales y cierre o desaparición de hecho de la sociedad, y por último la existencia de un daño, dada la imposibilidad de cobro a cargo de la sociedad actora, siendo directo el daño entre esos actos y la lesión.

"...Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2005, los requisitos para que prospere esta acción de responsabilidad del artículo 135 LSA exigen un comportamiento, cuando menos omisivo, contrario a la ley y sin la diligencia de un ordenado comerciante, causante de una lesión concreta a los intereses de un tercero (acreedor de la sociedad), existiendo una relación causal directa entre tal comportamiento y el daño (Sentencias, entre otras, 27 de octubre de 2004 y 7 de diciembre de 2004 EDJ 2004/192456 y 25 de abril de 2005, 26 de mayo de 2005 y 20 de junio de 2005) sin que sea necesario reclamar a la Sociedad, aunque sí probar la deuda, para que la misma prospere

re...La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2004 argumenta que “el artículo 135 no establece de modo automático que la responsabilidad de los administradores procede cuando la marcha de la sociedad no es próspera y se descapitaliza y si la favorece respecto a las actividades antijurídicas que puedan imputárseles antes de su cese. Para la aplicación y acogida del precepto en casación es preciso que la sentencia recurrida hubiese establecido como hechos probados que las gestiones que se imputan a los administradores hubiesen sido realizadas con malicia, negligencia o dolo (Sentencia de 16-2-1995), así como la existencia de daño y efectiva relación de causalidad”.

CGC

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR GASTOS OCASIONADOS AL DEMANDADO POR PRUEBAS BIOLÓGICAS EN PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL. ALIMENTOS SATISFECHOS DURANTE LA VIGENCIA Y CONSTANCIA REGISTRAL DE LA PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL. IRRETROACTIVIDAD DE LA SENTENCIA JUDICIAL. OBLIGACIÓN LEGAL QUE EXCLUYE ACCIÓN DE COBRO DE LO INDEBIDO. FAVOR FILII. Audiencia Provincial de Ciudad Real. Sentencia de 29 de febrero de 2012.

La Sala desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y confirma la resolución de instancia, que había estimado parcialmente la demanda, condenando a la demandada al pago de los gastos ocasionados al actor por la realización de pruebas biológicas de paternidad conducentes a la impugnación de su propia paternidad matrimonial, pero había desestimado la acción de reembolso de los alimentos satisfechos a quien creyó hijo suyo hasta la sentencia judicial. Con aplicación del principio de *favor filii*, la Sala entiende que la filiación del menor, que fue inscrito como hijo matrimonial, no deja de tener efectos jurídicos hasta que lo señala una sentencia judicial. Por ello hasta tal resolución existe deber de prestación de alimentos al hijo, y por tanto los pagos realizados lo son con causa, título o como obligación legal, lo que hace imposible el éxito de la acción ejercitada de cobro de lo indebido, pues hasta entonces, los alimentos son debidos, sin que sea posible otorgar efectos retroactivos a tal declaración, por no reunirse los requisitos precisos para la aplicación de la figura del cobro de lo indebido.

“Esta Sala se decanta abiertamente por la imposibilidad de recobro de alimentos prestados por no reunirse los requisitos precisos para la aplicación de

la figura del cobro de lo indebido y ello con independencia de la buena o mala fe, de la actuación culposa o negligente de la esposa que no afecta al instituto señalado.

...en el caso de autos, pese a lo que se afirma en el recurso y en la propia Sentencia de instancia, no concurren todos y cada uno de los requisitos, particularmente el referido a la inexistencia de causa, título u obligación del pago o desplazamiento patrimonial. De los antecedentes fácticos antes referidos consta que el menor fue inscrito como hijo matrimonial de los hoy litigantes (filiación matrimonial, artículos 115 y 116 del Código Civil), con las consecuencias que de ello deriva el ordenamiento jurídico, relación paterno-filial que se extiende hasta que la misma resulta destruida por resolución judicial en contrario. La obligación de prestar alimentos al hijo encuentra su fundamento legal sustantivo en el artículo 143.2º del Código Civil, como deber emanado, no ya de la patria potestad (art. 154, párrafo 3º, apartado 1º del Código Civil), sino de la filiación misma (artículo 110 del mismo Texto Legal). La sentencia recaída en este tipo de procesos es constitutiva de una determinada situación de estado, por lo que el proceso es el medio esencial para crear, modificar o extinguir dicha situación, esto es, esa filiación no deja de tener efectos jurídicos, en particular el de alimentos que ahora nos interesa, sino desde que así lo señala una sentencia judicial. Quiere ello decir que hasta que tal acontece existe deber de prestación de alimentos al hijo y por tanto los pagos realizados lo son con causa, título o como obligación legal, lo que hace imposible el éxito de la acción ejercitada, quebrando de esa forma todo el discurso argumental del recurso de apelación. Se trata, en definitiva, de un pago realizado a su hijo con sustrato en una obligación legal. Y sin que sea posible otorgar efectos retroactivos a tal declaración. Así lo establece como norma general el artículo 112 del Código Civil “La filiación produce sus efectos desde que tiene lugar”, sin que el párrafo segundo resulte de aplicación al caso por cuanto los efectos retroactivos parecen referidos exclusivamente a su determinación, no a su impugnación, y siempre que tales efecto sea favorable al menor, lo que en el caso no sucede.

.Todo pago hecho voluntariamente en favor de los hijos menores se ha de entender consumido en sus propias necesidades y no puede obligarse al alimentista a devolver las pensiones, por suponerse consumidas en necesidades perentorias de la vida”

...Al fin, el principio de “favor filii”, que ya se vino adelantando como faro interpretativo, sería contrario a la devolución de esos alimentos (ya consumidos).

COOPERATIVAS. OBLIGACIONES DE LOS SOCIOS. APORTACIONES A CAPITAL SOCIAL ACORDADAS CON ANTERIORIDAD A SU BAJA. RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS POR LAS DEUDAS SOCIALES. ALCANCE. DISTINCIÓN CON LA RESPONSABILIDAD POR PÉRDIDAS DE LA ACTIVIDAD COOPERATIVIZADA. BAJA JUSTIFICADA POR ADOPCIÓN DE ACUERDOS GRAVOSOS. EL SOCIO NO TIENE OBLIGACIÓN DE CUMPLIRLOS DURANTE EL PLAZO DE PREAVISO. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 22 de febrero de 2012.

La Sala estima el recurso de apelación interpuesto por los cooperativistas demandados y revoca la sentencia de instancia, que les condenaba a las aportaciones acordadas antes de causar baja en la cooperativa. La Audiencia entiende que los mismos no tienen obligaciones de realizar aportaciones al capital social en base a lo establecido en los propios estatutos que señalan que la responsabilidad de los socios por las deudas sociales quedará limitada a las aportaciones al capital social que hubieren suscrito, estén o no desembolsadas. La responsabilidad de los socios por las deudas sociales queda limitada a las aportaciones al capital social, con las deudas del socio para con la cooperativa por la actividad cooperativizada, de modo que no habiéndose acreditado que se trata de deudas de los socios con la Cooperativa, naturaleza ésta que no puede preconizarse del acuerdo adoptado en la asamblea, por el que precisamente se dan de baja los socios, no procede cuantificar la imputación de pérdidas sino cuando se proceda a liquidar el desembolso de su aportación.

“...de la calificación que se haga como deudas de los socios con la Cooperativa, o deudas de la Cooperativa, depende la decisión a adoptar, toda vez que únicamente en el primer caso, (y ese no es, como ya se ha dicho, el del supuesto que nos ocupa), no resultaría aplicable la limitación de la responsabilidad del socio por las deudas de la Cooperativa a las aportaciones suscritas al capital social, (y tal criterio Jurisprudencial ha venido a plasmarse expresamente en el art. 7.4 de la actual Ley de Cooperativas de Castilla-La Mancha, al establecer que los socios no responderán personalmente de las deudas sociales, limitándose su responsabilidad exclusivamente al importe de las participaciones sociales que hubieren suscrito, estuvieren o no desembolsadas).

...no puede confundirse la responsabilidad de los socios por las deudas sociales (art. 50.1 de los estatutos) que quedará limitada a las aportaciones al capital social, con las deudas del socio para con la Cooperativa por la actividad cooperativizada (art. 50.2 de los estatutos....acreditado en el procedimiento que los socios apelantes cursaron la solicitud de baja como consecuencia de los acuerdos

adoptados en la Asamblea celebrada en fecha 16 de abril de 2009, no constando resolución del Consejo Rector calificando la baja, hecho éste reconocido por el actual Presidente de la Cooperativa, debemos convenir que dicha baja debe considerarse como justificada...

...la Cooperativa no puede obligar al actor a permanecer como miembro activo de la misma durante el plazo de preaviso”.

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS DE ASISTENCIA SANITARIA POR MALA PRAXIS DE LOS PROFESIONALES INCLUIDOS EN SU CUADRO MÉDICO. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR HECHO DE LOS AUXILIARES EN EL CUMPLIMIENTO. NO SE EXTIENDE AL REEMBOLSO DE GASTOS DE ASISTENCIA SINO A LA GARANTÍA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS PRESTADOS. DAÑOS MORALES POR PÉRDIDA DE MIEMBRO INFERIOR. CARGA DE LA PRUEBA DE LA INCORRECTA ASISTENCIA. CONSENTIMIENTO INFORMADO. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 13 de marzo de 2012.

La sentencia de instancia estimó en parte la demanda sobre reclamación de cantidad por mala praxis médica y ello en virtud del seguro de accidentes suscrito entre las partes en litigio, que le cubría la asistencia sanitaria. Considera la Sala, confirmando dicha resolución en este punto, que la aseguradora no se limitó a asumir una simple posición de aseguramiento de los gastos de la asistencia, sino que su garantía se extendía contractualmente a la calidad de los servicios prestados mediante cuadros médicos aceptados expresamente, por ello debe apreciarse su responsabilidad, derivada de la deficiencia asistencia médica al paciente. Añade que la actora ha cumplido con la carga de la prueba que le incumbía, porque la prueba practicada acredita que el actor como consecuencia de una indebida intervención quirúrgica, alargó su situación de penosidad hasta que finalmente tuvo que serle amputada parte de la pierna derecha, causándole graves daños morales.

“...la asunción de la prestación de servicios médicos por la aseguradora no puede inferirse de la mera existencia del aseguramiento, sino que, por lo general, para estimarla existente, la jurisprudencia se funda en la interpretación de la póliza del seguro, y el ámbito de su responsabilidad se produce con el límite de lo pactado.

El Tribunal Supremo ha considerado que los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como con-

secuencia del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación.

...si observamos las condiciones generales de la póliza puede verse que la asistencia sanitaria debía efectuarse por facultativos aceptados expresamente por la compañía, por lo que lo anterior permite concluir que la prestación médico sanitaria se efectuó con cargo y por cuenta de la Mapfre, sin intervención en su determinación del perjudicado. Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la demandada deriva de la prestación sanitaria, en el ámbito de la relación de contrato de asistencia médica que había asumido y del daño que se produjo bajo la esfera de sus obligaciones.

Así que en este caso, la aseguradora no se limitó a asumir una simple posición de aseguramiento de los gastos de la asistencia, sino que su garantía se extendía contractualmente a la calidad de los servicios prestados mediante cuadros médicos aceptados expresamente, por ello debe apreciarse también su responsabilidad, derivada de la deficiencia asistencia médica al paciente, lo que pasamos a analizar seguidamente.

....por la demandada no se ha acreditado si el consentimiento informado que debió presentarse al actor reunía los requisitos legales mínimos, o si efectivamente fue informado del tipo de operación que se le iba a practicar ni de los riesgos concretos, previsibles o probables de la intervención, siendo dicha información un presupuesto esencial de la *lex artis*".

CGC

USUCAPIÓN. REQUISITOS. ACCIÓN REINVINDICATORIA. ACTOS PROPIOS DEL DEMANDADO QUE SOLICITA PERMISO PARA CERCAR EL TERRENO LITIGIOSO. VALORACIÓN DE LA PRUEBA: LIMITACIÓN DE LA VALORACIÓN SEGUNDA INSTANCIA¹. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 6 de febrero de 2012

La Sala, revocando parcialmente la sentencia de instancia, declara que la valoración del acervo probatorio practicado en el procedimiento

¹ Nota de la comentarista: véase, en contra de la doctrina sobre el alcance de las facultades revisoras de la Sala en segunda instancia, SAP Albacete 19 de enero de 2012 reseñada en este mismo bloque.

permite tener por acreditado que el terreno, franja reivindicada, pertenece a la finca propiedad de los actores y ello por cuánto se ha acreditado que por el actor se permitió al marido de la demandada cercar el terreno reivindicado y ello en base a las propias manifestaciones de la demandada que vino a reconocer que su marido pidió permiso al actor para llevar a cabo el cerramiento, de donde se colige que nadie pide permiso para cercar lo que es propio, por tanto se ha acreditado que la posesión del terreno reivindicado por la parte demandada no lo ha sido a título de dueño y con buena fe sino, por contrario, como posesión meramente tolerada que no aprovecha, en modo alguno, a la usucapión. Audiencia Provincial de Cuenca, Sentencia de 6 de febrero de 2012

“...la segunda instancia ha de limitarse, cuando de valoraciones probatorias se trata, a revisar la actividad del juzgador a quo, en el sentido de comprobar que esta aparezca suficientemente expresada en la resolución recurrida y no resulte arbitraria, injustificada o injustificable.

se ha acreditado en el presente procedimiento es que la posesión del terreno reivindicado por la parte demandada no lo ha sido a título de dueño y con buena fe sino, por contrario, como posesión meramente tolerada que no aprovecha, en modo alguno, a la usucapión. Finalmente, la cancelación y/o rectificación de los asientos contradictorios deviene necesaria en la medida en que la presente resolución lo que determina es que la superficie reclamada (171,70 m²) es parte integrante de la FINCA000 “propiedad de la actora y ello con independencia de que la finca de la parte demandada puede tener mayor extensión superficial que la reflejada en el Registro de la Propiedad”.

CGC

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. PRINCIPIO DE RESPETO A LA AUTOORGANIZACIÓN SOCIETARIA. CAUSAS DE EXPULSIÓN. NO ES SUFICIENTE UNA CONDUCTA CONTRARIA AL INTERÉS SOCIAL NULIDAD DE ACUERDO SOBRE CAUSAS NO RECOGIDAS EXPRESAMENTE EN LOS ESTATUTOS. UNANIMIDAD. Audiencia Provincial de Cuenca. Sentencia de 13 de marzo de 2012.

La Audiencia acuerda estimar parcialmente el recurso interpuesto por el socio expulsado de una SL contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda sobre declaración de nulidad del acuerdo adoptado por la junta general extraordinaria de socios de la sociedad demandada por el que se acordaba la inclusión estatutaria de una nueva causa

de expulsión consistente en la comisión de dos faltas tipificadas en los estatutos, configurando como tales, entre otras “el ejercicio de cualquier acción que suponga un daño o perjuicio para la sociedad”, la cual, a su vez se sancionaba estatutariamente con una multa pecuniaria de entre 20.000 y 200.000 euros.

De la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de noviembre de 1988, recurso 1008/1986, BOE 306/1988, de 22 de diciembre de 1988 EDJ 1988/534 , se desprende que los Tribunales deben respetar el derecho de autoorganización que forma parte del derecho de asociación; siempre que tal autoorganización no sea contraria a la Constitución ni a la Ley.....es evidente que en tal potestad de organización se engloban otras causas y procedimientos con consecuencias menos graves que la expulsión, (como es la sanción pecuniaria)... la exclusión del socio no debe configurarse solo como sanción, sino como un remedio perfectamente lícito para que, a través de la voluntad de los socios, puedan evitarse situaciones que se consideran perjudiciales a la sociedad como consecuencias del cambio en las situaciones personales de los socios, o alteración de la situación de confianza entre ellos, que se estiman potencialmente dañosas para el cumplimiento del fin social..... El art. 98 de la vigente LSRL no refrenda, en principio, la legalidad del acuerdo impugnado, porque, a diferencia del art. 31 de la anterior Ley de 17 de julio de 1953 (que, entre otras, aceptaba como causa de exclusión la contemplada en términos más genéricos que concretos en el art. 218.7º del Código de Comercio), no ha optado por una formulación general, de regla abstracta necesitada de concreción para cada caso, a la hora de configurar las causas de exclusión del socio, sino, por el contrario, por un sistema de enumeración de causas, que más se aproxima a un catálogo cerrado ya que no contiene, finalmente, una cláusula abierta que resuma su espíritu o condense un concepto fundamental que pueda legitimar el acuerdo social de exclusión. el precepto, y la Ley en general, no imponen al socio un deber de facilitar la consecución del objeto social, de no dificultarlo, o en general de no perjudicar por sus circunstancias personales a la sociedad, so pena de exclusión. El mecanismo que ofrece la Ley para lograr este resultado, si se dan tales circunstancias, no es otro que la inclusión en los estatutos de otras concretas causas de exclusión, si bien se sujeta al régimen de la unanimidad: “con el consentimiento de todos los socios podrán incorporarse a los estatutos otras causas de exclusión o modificarse las estatutarias”, dice el último apartado del art. 98 LSRL (y en consonancia con él, el art. 207 RRM)”.

CGC

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA DE VIVIENDA EN CONSTRUCCIÓN. INCUMPLIMIENTO ESENCIAL POR RETRASO EN LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA. RE-

SOLUCIÓN CONTRACTUAL EXTRAJUDICIAL TRAS UNA ESPERA RAZONABLE. INEFICACIA DEL REQUERIMIENTO DE LA VENDEDORA PARA LA POSTERIOR ELEVACIÓN A ESCRITURA PÚBLICA. OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LAS CANTIDADES ANTICIPADAS CON EL INTERÉS LEGAL. Audiencia Provincial de Toledo Sentencia de 27 de marzo de 2012.

La Sala, revocando la sentencia de instancia, declara la resolución del contrato de compraventa de vivienda que unía al actor con la mercantil vendedora, por retraso en el cumplimiento la obligación de entrega del inmueble en el plazo pactado. El adquirente manifestó reiteradamente su deseo, primero de cumplir, y cuando ese cumplimiento resultó imposible, de resolver, enviando faxes al domicilio social de la demandada. La Audiencia entiende que cuando tras más de dos años y medio la vendedora requirió al comprador para escriturar el contrato, el mismo se encontraba ya resuelto extrajudicialmente, por lo que condena a la vendedora la obligación de devolver al comprador las sumas entregadas para el pago de la vivienda, con sus intereses legales. Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 27 de marzo de 2012.

“...pese a no estar elevado el plazo de entrega a condición esencial del contrato, no debe escapárseos que en el contrato signado no contiene cláusula resolutoria alguna expresa, a salvo el compromiso de terminar el vivienda en dieciocho meses desde la fecha en que se firma la subrogación y no poder estar la misma en disposición de escriturarse hasta dos años y medio más tarde. En ese ínterin, a todas luces sobrepasado pues excede con mucho de los plazos lógicos de entrega de una vivienda, o incluso del mantenimiento de una voluntad negocial, el adquirente manifestó reiteradamente su deseo, primero de cumplir, y cuando ese cumplimiento resultó imposible, de resolver, y al respecto poco importa que la mercantil recogiera o no los burofaxes enviados a su domicilio, donde parece recogerlos a su interés momentáneo. Es lo cierto que, cuando finalmente la vendedora está en disposición de escriturar, ya la comparadora-recurrente ha manifestado con firmeza y en forma reiterada su deseo de resolver el contrato, por lo que a la fecha de talm requerimiento el mismo se encontraba ya resuelto interpartes, sin perjuicio de su luego sanción judicial.

....una conducta obstativa del demandado, que de un modo absoluto, indubitado, definitivo e irreparable, la origine,.... puede acreditarse ante una actividad o pasividad del incumplidor frente a los requerimientos de la otra parte contratante”.

LEGADO DE COSA ESPECÍFICA. FALTA DE ENTREGA POR HEREDERO O ALBACEA. VALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURIDICOS CELEBRADOS SOBRE EL BIEN POR LA LEGATARIA, CUYO EFECTO TRASLATIVO SE CONSUMARÁ CUANDO SE LE HAGA ENTREGA DE LA POSESIÓN. ACCIÓN DE COMPLEMENTO DE LEGÍTIMA. Audiencia Provincial de Toledo. Sentencia de 21 de marzo de 2012.

La Sala confirma la sentencia de instancia por la que se rechazó la nulidad la aportación hecha por otra de las herederas a su sociedad de gananciales de una finca que según la demanda pertenece a la herencia yacente, así como la nulidad de la compraventa posterior de dicha finca a terceros y la cancelación de la correspondiente inscripción registral. Desestima la Sala la pretensión de la apelante, puesto que considera probado que el bien no es propiedad de la herencia yacente sino de la legataria demandada al haberlo adquirido por legado de cosa específica, de modo que aunque no tiene la posesión del mismo por no habérsela entregado el heredero o el albacea, ello no implica la nulidad del contrato, cuyo efecto traslativo se consumará cuando se le haga entrega de tal posesión.

“...La diferencia entre el legatario de parte alícuota de la herencia, es decir aquel a quien se instituye sucesor en un porcentaje de la misma y el legatario de cosa específica y determinada, propia del testador regulado en el art. 822 que el recurso omite, es absoluta y total, ya que el heredero y el legatario de parte alícuota, para poder conocer qué bienes concretos le han de corresponder, debe esperar a que se efectúa la partición de la herencia, en tanto que el legatario de cosa específica del 882 adquiere la propiedad de la cosa desde que el causante muere, hace suyos los frutos que produzca y corre el riesgo de pérdida o deterioro y aprovecha los aumentos o mejoras.

...es claro que el legatario carecía de la posesión de la finca para entregarla a su sociedad de gananciales y posteriormente ésta para transmitirla a terceros, pero ello en modo alguno implica la nulidad de dichos contratos, porque ni siquiera nos encontramos ante un supuesto de cosa ajena, en el que si finalmente la cosa se adjudicara al vendedor la venta resultaría válida sino ante un supuesto de venta de cosa propia del vendedor, que le pertenece en pleno dominio desde la muerte de sus padres, pero cuya posesión no le ha sido todavía entregada, no teniendo los herederos más posibilidad que acreditar que con ese legado se perjudica el tercio de legítima estricta que les pertenece, que no el de legítima larga ya que si el valor de la finca legada excediera el del tercio de libre disposición el exceso se imputaría al tercio de mejora, e incluso en ese caso, la finca legada seguiría atribuyéndose a la legataria pues quien viera perjudicada su legítima estricta por

el valor del legado (repetimos, al tiempo del fallecimiento y no al tiempo actual), lo que tiene que hacer no es impugnar la venta del legado por no haberse hecho la partición, sino ejercitar la acción de complemento de legítima del 815, la cual en el caso de que diera lugar a la reducción del legado conforme al 820, tampoco implicaría que el legatario perdiera la finca según el 821, salvo que la reducción absorba más de la mitad de su valor”.

CGC

