

abogacía

nº 0/ octubre 2008



NOVEDADES DOCTRINALES
SECCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE ARRENDAMIENTOS
SECCIÓN DE DERECHO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS
SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA
SECCIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER
DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL
SECCIÓN DE DERECHO DE EXTRANJERÍA
SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO
SECCIÓN DE DERECHO URBANÍSTICO
NOVEDADES JURISPRUDENCIALES
NOVEDADES LEGISLATIVAS
NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

- La responsabilidad civil en los accidentes laborales: la valoración del daño corporal, *por Javier López y García de la Serrana* 287
- Incapacidades permanentes y su valoración, *por Mariano Medina Crespo* 313
- La aplicación del baremo en accidentes de circulación, *por Juan Antonio Xiol Ríos* 379

SECCIÓN DE DERECHO DE EXTRANJERÍA

- Manual de buenas prácticas en la asistencia letrada al extranjero en aplicación de la Ley de extranjería, *por Bartolomé José Martínez García* 403

SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

- Hitos procesales en la tramitación de delitos fiscales desde el ámbito inspector de los tributos, *por Javier Vera Martín-Peñasco* 431
- Novedades en la Inspección Tributaria de operaciones inmobiliarias tras la Ley de Prevención del Fraude Fiscal, *por Miguel Cremades Schulz* 441

SECCIÓN DE DERECHO URBANÍSTICO

- El nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística define la Ley 8/2007 de suelo, *por Luciano Parejo Alfonso* 451
- Urbanismo y ordenación del territorio. La nueva Ley estatal del suelo y su influencia en la actividad de planificación, *por Joaquín García Bernaldo de Quirós* 471

NOVEDADES JURISPRUDENCIALES

527

NOVEDADES LEGISLATIVAS

565

NOVEDADES BIBLIOGRÁFICAS

571

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96361 00 48 - 50
FAX: 96369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPOSITO LEGAL:
IMPRIME: GUADA IMPRESORES, S.L. - PMc Media, S.L.

abogacía

nº 0/ octubre 2008

Publicación trimestral

Índice

Presentación..... 5

NOVEDADES DOCTRINALES

SECCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

- Cuestiones procesales. Acumulación de acciones. Cuestiones complejas, *por Alejandro Martín Delgado* 9
- El arbitraje en materia de arrendamientos urbanos, *por José Conejo Alba* 27

SECCIÓN DE DERECHO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

- Protección del consumidor en la contratación inmobiliaria. Derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual, *por Blanca Sillero Crovetto* 49
- Protección al consumidor en la compraventa de viviendas y su financiación: derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual, en el ámbito de la contratación bancaria, *por María Mateos Ferrés* 79
- Análisis desde el punto de vista jurisprudencial de la contratación inmobiliaria. Medidas a adoptar para mejorar la protección, *por Mª Elena Narváez Valdivia* 105

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA

- El contrato de unión civil: realidad o necesidad ante la disparidad de criterios legales y jurisprudenciales, *por Ángel Luis Rebolledo Varela* 151
- Previsiones capitulares en las parejas de hecho, *por Ramón Tamborero del Pino* 183
- Discriminación jurídica del matrimonio frente a las parejas de hecho, *por Victoria Camarero Suárez* 195

SECCIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

- Víctima y agresor. Peculiaridades, *por Flor de Torres P.* 217
- Las penas previstas por delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento, *por Patricia Fariño Cabana* 231
- Infracciones penales relativas a la violencia de género: delitos y faltas, *por Patricia Laurenzo Copello* 269

el ejercicio del derecho; por último se han buscado personas idóneas para desarrollarlos mediante ponencias y se ha constatado su interés en un Congreso Jurídico.

Los sucesivos números responderán a los mismos criterios, aunque se enriquecerán también con otras colaboraciones, por ello desde estas líneas queremos invitar a todos los juristas a presentar ponencias, proponer temas de debate y a hacer realmente suya esta obra.

La revista está dividida en secciones: inicialmente Responsabilidad Civil, Propiedad Horizontal y Arrendamientos Urbanos, Consumo, Familia, Administrativo, Urbanismo, Tributario, Mercantil, Penal, Laboral y Extranjería, que se corresponden con los grupos de trabajo que han sido los encargados de elegir ponencias y ponentes.

Más adelante podrían añadirse otras secciones, una dedicada a la gestión de despachos de abogados.

Su contenido responde a inquietudes profesionales de la abogacía, vista desde casi todos los campos de conocimiento de nuestro ejercicio como letrados.

Aunque todos los que nos dedicamos a esta profesión sabemos de su permanente necesidad de estudio, son pocas las obras que se conciben para abogados.

La revista que con este primer número nace, facilita el análisis, el descubrimiento de temas que implican dificultades técnicas y aporta las más doctas posiciones sobre los mismos.

Las distintas secciones en que se divide, representan cada día más la complejidad de nuestra profesión y la dificultad de abarcarla en su conjunto. Esa complejidad es la que nos lleva cada vez con más frecuencia, a organizar nuestros despachos y nuestro trabajo en colaboración con otros abogados, o a limitar nuestra dedicación a determinadas materias.

La revista recoge esas complejidades y las dificultades del ejercicio profesional moderno; incipientemente indica hacia dónde discurre el futuro, ineludiblemente unido a la búsqueda de la excelencia en la formación de los abogados.

Esta obra sigue por ese trayecto y no albergo dudas de que es un buen camino para la abogacía.

MANUEL CAMAS JIMENA
Málaga, agosto de 2008

PRESENTACIÓN

La abogacía se haya inmersa en grandes cambios, en una crisis de la que puede salir fortalecida, pero en cualquier caso diferente a como es en la actualidad.

Muchos de los cambios más significativos se producirán en el terreno de la formación.

Hasta ahora, abogados y abogadas, tras sus estudios de licenciatura, emprenden su carrera profesional sin ningún otro requisito formativo.

Si a los estudios generalistas se añade un curso de especialización, no es oficialmente reconocido.

Además, el mantenimiento de los conocimientos y el nivel de formación, es decir la acreditación de una capacidad profesional continuada en el tiempo, también carece de exigencias formales e institucionales que efectivamente lo constaten.

Todo este escenario va a cambiar sustancialmente.

El ejercicio de la abogacía va a exigir formación certificada oficialmente en tres instancias: para ingresar en la profesión; para constituirse en especialista de una determinada materia; y por último, para acreditar periódicamente un nivel adecuado de capacitación profesional.

La entrada en vigor de la Ley de Acceso a la Profesión de Abogado, supondrá que para iniciarse en la abogacía, tendrá que cursarse un máster específico y superarse un examen.

Como resultado de la reforma de los estudios universitarios en toda la Unión Europea, de inmediato van a comenzar a impartirse títulos oficiales universitarios de especialización en distintas áreas del ejercicio profesional.

Las Instituciones que representan a la abogacía no pueden permanecer ajenas a ese proceso, y necesariamente deberán reconocerlo y aceptar la existencia de especialistas y acreditarlos como tales.

Además, nuestras Instituciones decididamente, intervendrán en una formación continua que será reglada, porque es necesaria la formación permanente para mantener un nivel de capacidad técnica adecuada, pero también, porque se va a constituir en una exigencia social; es la sociedad la que va a requerir que se constate que los letrados mantienen un nivel suficiente de preparación.

Los Colegios de Abogados son los que de manera natural se encargarán de facilitar la formación continua, que ya no podrá ser voluntaria y autodidacta, y deben ser los que certifiquen que efectivamente se realiza con aprovechamiento.

Esta obra surge de esos incipientes cambios y de alguna manera los señala; nace porque grupos de letrados, coordinados por el Colegio de Abogados, trabajan por el reconocimiento de su especialización y asumen la necesidad de formación permanente en sus materias.

La revista que con estas líneas presento, es una obra científica dirigida a la abogacía. Está concebida para abogados; los temas que trata han sido elegidos por ellos y son el resultado del debate entre profesionales sobre cuestiones de la mayor actualidad para

sección de propiedad horizontal y de arrendamientos urbanos

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Al igual que el anterior TR de 24 XII 1964, la LAU de 24 de noviembre de 1994 contenía **normas procesales especiales**

Título V. Arts. 38, 39 y 40. Formaba parte del régimen legal aplicable imperativamente a los arrendamientos regulados en la LAU (art.4.1º). Se establecía un sistema que sustituía al Cap. XII del TR, que había configurado un complejo sistema de procesos que fue ya modificado y simplificado por la Ley de Reforma Procesal 10/92 de 30 de abril. El TR quedó derogado expresamente. La D.T.60 establecía que el Título V era de aplicación a los contratos de arrendamiento subsistentes a la entrada en vigor de la Ley. Norma que parecía innecesaria, habida cuenta el diferente carácter de la retroactividad según se refiera a normas materiales o procesales (éstas se aplican siempre al acto procesal producido durante su vigencia, aunque se relacionen con actos materiales acaecidos con anterioridad; así, las normas procesales aplicables serán siempre las vigentes en el momento de iniciarse el proceso).

Los **principios básicos** que inspiraban la reforma de la nueva LAU en materia procesal eran:

1. Su **simplificación**, ya que las normas procesales de la nueva Ley se reducen a una declaración sobre competencia funcional y territorial, con exclusión de la sumisión, a la enumeración de los procesos aplicables en materia arrendaticia especial y a la regulación de la acumulación de acciones. La simplificación en las clases de procedimientos aplicables ya se inició con la Ley 10/92, de 30 de abril, de reforma de la LEC.

2. La **acentuación de la aplicación de las normas procesales comunes de la Ley de Enjuiciamiento Civil**. Con el TR de 1964, la LEC sólo era subsidiaria de la regulación específica de la ley locativa. Actualmente, hay una remisión general a la **aplicación directa** de la LEC, salvo lo especialmente dispuesto en la nueva LAU.

3. **Expresa referencia al procedimiento arbitral** (art. 34, art. 39.5º y D. Ad. Séptima).

4. **Reducción de los beneficios procesales** que la anterior regulación concedía al arrendatario (supresión de la rehabilitación del contrato en el desahucio por falta de pago y limitación de la enervación de la acción en el mismo caso).

5. **Ampliación de la casación** en materia arrendaticia, con la finalidad de conseguir una siempre deseada unificación de doctrina.

La **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil** ha derogado expresamente los artículos 38 a 40, incluido, de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, incorporando aquélla las normas procesales sobre litigios relativos a arrendamientos urbanos, sin distinción entre aquellos arrendamientos sometidos al ámbito de vigencia de la ley especial arrendaticia (LAU) de aquellos otros sujetos al derecho común (Código Civil).

II. JURISDICCIÓN

Es la jurisdicción ordinaria del Estado la competente para la tramitación y el conocimiento de los litigios relativos a los arrendamientos urbanos, tanto los regulados en la LAU como en el CC.

En la LAU de 1994 se hacía expresa referencia a la posibilidad de someter los litigios al procedimiento de **ARBITRAJE**, regulado en la Ley de Arbitraje, de 5 XII 1988, con la única especialidad de que el laudo deberá dictarse dentro del plazo de TRES MESES (la L. Arb.

10 | ALEJANDRO MARTÍN DELGADO

Cuestiones procesales. Acumulación de acciones. Cuestiones complejas

Alejandro Martín Delgado
Magistrado.

procedimiento (art. 15 Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas).

En caso de **arbitraje**, la competencia será el lugar donde deba dictarse el laudo (decidido por acuerdo de las partes o por los árbitros). Art.24 L.Arb. Este lugar será también el que determine la competencia para la formalización judicial del arbitraje y para la ejecución del laudo (arts. 39 y 53 L.Arb.).

3. La **competencia funcional** por conexión determina que el tribunal que tenga competencia para conocer de cualquier clase de pleito y, por ello, también de los procesos arrendaticios, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare (art. 61 LEC).

En materia de recursos, la competencia funcional corresponde al tribunal que venga determinado por la Ley, que normalmente será el superior orgánico del Juzgado que conoció el asunto en primera instancia, esto es, la Audiencia Provincial que corresponda territorialmente al Juzgado del lugar en que se halle la finca o el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma o, en su caso, el Tribunal Supremo.

IV. PROCEDIMIENTO

Los criterios legales para la determinación del cauce procesal para tramitar cualquier pretensión, establecidos en el art. 248 LEC, son los siguientes: a) en primer lugar, la preferencia de los procesos especiales frente a los ordinarios (art. 248.1 LEC); y b) la aplicación prioritaria de las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la materia y, solo en su defecto, las normas por razón de la cuantía (art. 248.3 LEC).

En concreta referencia las pretensiones arrendaticias, la LEC distribuye las materias arrendaticias urbanas entre las dos únicas clases de procesos declarativos que contempla: el juicio ordinario y el juicio verbal. Se establecen los siguientes cauces procesales:

- Por **razón de la materia**, se prevé una doble tramitación:
- El juicio ordinario para decidir las demandas que versen sobre cualesquiera asuntos referidos a arrendamientos urbanos u rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia (art. 249.6º LEC)
- El juicio declarativo verbal para decir aquellas demandas que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otro persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca (art. 250.1.1º LEC).
- Por **razón de la cuantía**, se decidirán por el cauce del juicio declarativo ordinario aquellas demandas cuya cuantía exceda de 3.000 euros y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo (arts. 249.2 y 253.3 LEC), y por el juicio declarativo verbal aquellas que no superen dicha cuantía (art. 250.2 LEC).

De lo que resulta el siguiente esquema procesal:

establece 6 meses), salvo pacto en contrario (Disposición Adicional 70). En la actualidad, permanece la posibilidad de la sumisión arbitral en materia arrendaticia, a través de la aplicación de la Ley de Arbitraje.

La posibilidad de sumisión a arbitraje no puede ser entendida de modo absoluto, debiendo ser **matizada**:

- Conforme tiene declarado la Jurisprudencia, no es posible someter a árbitros *cualquier cuestión que pueda provocar la resolución del contrato y desahucio del arrendatario*. El art. 1.561 LEC de 1881 atribuía en exclusiva a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los juicios de desahucio, al que la Jurisprudencia asimila cualquier otro procedimiento resolutorio del contrato de arrendamiento. Tal materia carece de la condición de disponible, presupuesto del art. 1º Ley de Arbitraje para la aplicabilidad del procedimiento arbitral.
- Por este mismo requisito de la disponibilidad, es posible someter a arbitraje cualquier otra cuestión derivada de un *arrendamiento para uso distinto del de vivienda, o derivada de los arrendamientos de viviendas suntuarias* del art. 4.2º LAU.
- Respecto de los *arrendamientos de viviendas*, habrá que distinguir el momento en que las partes acuerdan someter sus diferencias a arbitraje:
 - a. si se trata de *sumisión previa*, si la cuestión litigiosa afecta a estipulaciones contractuales que modifiquen en perjuicio del arrendatario los derechos que a éste reconoce el Título II de la LAU, no es posible la intervención arbitral, por tratarse de materia no disponible (normas de derecho imperativo), lo que habrá de ser apreciado por el Juez, por vía de excepción, o por los árbitros, absteniéndose de conocer. Ha de ser alegado por la parte, la que podrá, en todo caso, instar la nulidad del laudo.
 - b. si la *sumisión* se realiza *cuando ha surgido el litigio*, no hay inconveniente para su admisión, puesto que entonces la materia será disponible, por haber entrado ya en el patrimonio del arrendatario, renunciándose o pactándose sobre un derecho que puede ser ejercitado (lo que la Ley prohíbe es la renuncia al concertar el arrendamiento, no la posterior).

III. COMPETENCIA OBJETIVA, TERRITORIAL Y FUNCIONAL

1. La **competencia objetiva** viene atribuida a los Juzgados de Primera Instancia, a los que corresponde el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales (art. 45 LEC). La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, por el propio tribunal que esté conociendo del asunto, tan pronto como la advierta (art. 48.1 LEC).

2. La **competencia territorial** corresponde al tribunal del lugar en que esté sita la finca (art. 52.1.7º LEC). Se trata de una regla legal de atribución de competencia territorial que tiene carácter imperativo, excluyendo la posibilidad de sumisión expresa o tácita (art. 54 LEC). Es apreciable de oficio (art. 58 LEC).

En los supuestos en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el

12 | ALEJANDRO MARTÍN DELGADO

CUESTIONES PROCESALES. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. CUESTIONES COMPLEJAS | 11

Revisión notificada y no impugnada. Irrelevancia de una mera impugnación, sin soporte probatorio alguno, por lo que supondría de dejar en manos del demandado la efectividad del juicio verbal para el desahucio por falta de pago.

2. Expiración o extinción del término

Causa de resolución que, vigente el TR de 1964, venía contemplada en el Código Civil (art. 1.569); los contratos del TRLAU se inspiraban en el principio de la prórroga forzosa. El Decreto de 30 Abril 1985 excluye el carácter forzoso de la prórroga del art. 57 TRLAU, permitiendo la determinación de la duración del contrato, entrando en juego la causa resolutoria del art. 1.569 CC. Dudas iniciales sobre la interpretación del precepto (necesidad o no de expresa renuncia a la prórroga) y procedimiento aplicable (cognición o desahucio, impuesto este último en la práctica judicial). La LAU de 1994 remite al juicio especial de desahucio. Actualmente, la LEC remite a los trámites del juicio verbal, el cual resulta de aplicación tanto a los contratos nuevos (posteriores a 1 de enero de 1995), a los contratos antiguos, posteriores a 9 mayo 1985, y a los contratos anteriores a 9 mayo 1985 que se extingan por aplicación de las Disposiciones Transitorias de la Ley.

Cuantía de la demanda

La ley impone al actor la carga de expresar en su escrito inicial, con claridad y precisión, y justificadamente (por medio de los correspondientes documentos y dictámenes) la cuantía de la demanda. Dicha cuantía se calculará, en todo caso, conforme a las reglas de los artículos anteriores (art. 253 LEC). Tales reglas son las previstas en los artículos 251 y 252 LEC.

Al hilo de lo anterior, se ha suscitado la cuestión relativa a la interpretación que ha de darse a las reglas de determinación de la cuantía en los procesos arrendaticios. Dicha cuestión afecta, no sólo a la elección del cauce procesal adecuado para cada pretensión, sino que además tiene repercusión en materia de postulación procesal, haciendo preceptivo o no la intervención de Abogado y Procurador, con la corolaria repercusión en el contenido económico de las costas procesales, y en la admisión o no del recurso de casación.

En los juicios arrendaticios que tienen por objeto la reclamación de rentas vencidas, la cuestión es clara: la cuantía de la demanda estará representada por la cantidad reclamada (art. 251, regla 1ª LEC).

En aquellos otros procesos sobre arrendamientos de bienes, en que no se pretende la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de la posesión de la finca arrendada, tampoco se plantea problema alguno: la cuantía de la demanda será el importe de una anualidad de renta (art. 251, regla 9ª LEC).

La cuestión se suscita en aquellos procesos arrendaticios dirigidos a la resolución del contrato y a la recuperación de la posesión de la finca arrendada, especialmente en el caso de los juicios de desahucio.

En este orden de cosas, se suscita la interpretación de las reglas para la fijación de la cuantía o interés económico de la demanda.

Inicialmente, ha de acudirse a la regla 9ª del repetido art. 251 LEC, que es del tenor literal siguiente: *En los juicios sobre arrendamientos de bienes, salvo los que tienen por objeto la reclamación de rentas vencidas, la cuantía de la demanda, será el importe de una anualidad de renta, cualquiera que sea la periodicidad con que ésta aparezca fijada en el contrato. No*

1. Juicio ordinario. - Es el proceso "marco". Se remite a él la LEC con carácter general, salvo las excepciones que reserva para el juicio verbal (art. 249.1.6ª LEC)

Se trata de un juicio *ratione materiae* (cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos de bienes inmuebles, salvo que se trate del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia), con independencia de la cuantía.

La LAU de 1994 remite para el conocimiento de estos litigios a los trámites del juicio de cognición, regulado en el Decreto de 21 de noviembre de 1992, también expresamente derogado por la LEC.

El juicio ordinario resulta también aplicable para la tramitación de los procesos en que se ejercite la **acción de retracto arrendaticio urbano** (art. 249.1.7ª LEC). Se viene a poner fin a las dudas que la normativa procesal de la LAU había suscitado sobre la subsistencia del juicio especial de retracto previsto en la LEC de 1881.

En el marco de estos procesos ha de tenerse en cuenta la especialidad que establece la vigente LAU sobre la materia, al imponer un plazo para el ejercicio del derecho, que caduca a los 30 días naturales, contados desde el siguiente a la notificación fehaciente realizada al arrendatario (art. 25.3ª LAU).

Cuestión: supuesto de acción de reclamación de renta, ¿juicio ordinario en todo caso, sea cual sea la cuantía? ¿juicio declarativo ordinario en atención a la cuantía litigiosa?

2. Juicio verbal. - Es el proceso adecuado para el ejercicio de las acciones de desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia (artículos 250.1.1ª y 249.1.6ª, LEC).

Se mantiene el carácter sumario de los procesos que decidan sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca urbana dada en arrendamiento, por impago de la renta o alquiler (art. 447.2 LEC).

Modalidades:

1. Falta de pago. Cuestiones:

- ámbito de la falta de pago: 1.- TRLAU 1964: renta o cantidades asimiladas. 2.- LAU de 1994: renta o en su caso cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario (no abarca la fianza, por la remisión que se hace a la causa 1ª del art. 27.21 LAU). 3.- La LEC de 2000 emplea una terminología diversa. Así, habla de impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario (art. 250.1.1ª), y de impago de la renta o cantidad asimilada (art. 444.1)

- posibilidad de discutir la legitimidad o procedencia de la renta en el marco del juicio de desahucio: El carácter sumario del juicio de desahucio supone limitación del conocimiento del Juzgador (exclusión de materias o cuestiones complejas), y limitación de alegaciones y medios probatorios (art. 444.1 LEC: sólo se permitirá al demandado alegar y probar el pago o las circunstancias relativas a la procedencia de la enervación) Limitación de pruebas que, por demás, fue ya declarada constitucional por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 7 julio 1983, con relación al art. 1.579 LEC de 1881 (no hay indefensión porque se puede reproducir la cuestión en un juicio plenario).

No obstante, estimo que, suscitada la cuestión por vía de excepción, se podría entrar a comprobar la corrección de la renta en cuya inefectividad se funda la acción de desahucio, siempre que ello no exija la práctica de pruebas complejas. Criterio: último recibo satisfecho.

Dicha resolución se comunicará por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y de Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 33.3 LEC).

2. Domicilio demandado

Cuando en la demanda se ejercite una acción de aquellas a las que se refiere el número 1º del apartado 1 del artículo 250, podrá designarse como domicilio del demandado, a efectos de actos de comunicación, la vivienda o local arrendado (art. 155.3 LEC).

3. Sentencia

El plazo común para el dictado de sentencia en los juicios verbales (dentro de los diez días siguientes a la vista), encuentra una excepción en los juicios verbales en que se pida el desahucio de finca urbana, en que la sentencia se dictará en los cinco días siguientes, convocándose en el acto de la vista a las partes a la sede del Tribunal para recibir la notificación, que tendrá lugar el día más próximo posible dentro de los cinco siguientes al de la sentencia (art. 447.1 LEC).

Se justifica la reforma en la consideración de que, generalmente, las sentencias de desahucio no suelen ser muy complicadas, dado el objeto que se ventila en ellas (pago o no de la renta). Por eso, no tiene por qué causar trastorno al Juzgador que dicte sentencias en cinco en vez de en diez días. A su vez, la convocatoria anticipada a las partes para recibir la notificación del fallo también agiliza la firmeza de la sentencia y por tanto el desalojo. Se sigue así en la línea de introducir mayor agilidad en la resolución de los litigios arrendaticios

VI. ESPECIALIDADES DEL JUICIO VERBAL PARA EL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO

1. Demanda

Si en la demanda se solicitase el desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador, el demandante podrá anunciar en ella que asume el **compromiso de condonar** al arrendatario toda o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, condicionándolo al desalojo voluntario de la finca dentro del plazo que se indique, que no podrá ser inferior a un mes desde que se notifique la demanda.

La aceptación de este compromiso equivaldrá a un allanamiento con los efectos del artículo 21, a cuyo fin otorgará un plazo de cinco días al demandado para que manifieste si acepta el requerimiento (art. 440.3 LEC).

La justificación de esta reforma legal radica en que con ella se persigue dar la oportunidad al demandado de allanarse a la demanda, aún a costa de que el demandante sacrifique parte de su derecho, con la finalidad de obtener el desahucio más rápidamente. Con ello, se condona la deuda pero se consigue una inmediata puesta a disposición del arrendador del piso o local arrendado, ya que el desalojo se producirá antes de que transcurra un mes desde que se notifique la demanda al arrendatario.

obstante, cuando se reclame la posesión del bien arrendado se estará a lo dispuesto por la regla tercera de este artículo.

La regla 3ª remite a su vez a la regla 2ª en diversos supuestos, entre ellos cuando el proceso versa sobre la posesión y no sea aplicable cualquier otra regla (apartado 5º).

La referida regla 2ª del art. 251 LEC reza así: *Cuando el objeto del proceso sea la condena de dar bienes muebles o inmuebles, con independencia de que la reclamación se base en derechos reales o personales, se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase.*

Una adecuada decisión sobre la cuestión suscitada pasa por establecer cuál sea el objeto del proceso en casa caso. Así:

1. Algunos consideran que el objeto principal de los procesos de desahucio, y de aquellos en que se pretende la resolución del contrato, lo constituye la propia resolución del contrato de arrendamiento, siquiera esta conlleve la entrega de la posesión del inmueble arrendado, que se muestra como una consecuencia de la resolución contractual. En este caso la cuantía vendrá referida a una anualidad de renta.

2. Otros entienden que el objeto del desahucio es la recuperación de la finca arrendada por resolución del contrato sólo y exclusivamente por dos

exclusivas causas, cuales la falta de pago y la terminación del período del arrendamiento. Concretado así el objeto del juicio de desahucio, ha de concluirse que la cuantía de la demanda ha de ser referida al valor del bien inmueble al tiempo de su interposición, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase. Pudiendo servirse el actor de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, sin que pueda atribuirse a éstos un valor inferior al que conste en el catastro.

Los defensores de esta segunda interpretación sostienen que la regla 9ª *in fine* del art. 251 LECv, por su especificidad, debe prevalecer sobre la regla, contenida en el mismo precepto, que fija la cuantía de la demanda en el importe de una anualidad de renta, cualquiera que sea la periodicidad con que ésta aparezca fijada en el contrato en los juicios sobre arrendamientos de bienes, salvo los que tienen por objeto la reclamación de rentas vencidas.

Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales mantienen posiciones dispares sobre esta cuestión. En este orden de cosas, basta con la consulta de la bibliografía sobre la materia o la inmersión en cualquiera de las diversas bases de datos de jurisprudencia para constatar la realidad expuesta.

V. ESPECIALIDADES DEL JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO

1. Justicia gratuita

Cuando en un juicio de aquellos a los que se refiere el número 1º del apartado 1 del artículo 250, alguna de las partes solicitara el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, el Tribunal, tan pronto como tenga noticia de este hecho, dictará una resolución motivada requiriendo de los colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y de procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad, sin perjuicio del resarcimiento posterior de los honorarios correspondientes por el solicitante si se le deniega después el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

que impide apreciar la buena o mala fe del arrendatario y las posibles causas justificativas de una anterior enervación.

INDICACIONES especiales en la demanda y en la citación judicial. Fue una de las innovaciones introducidas por la LAU de 1994.

En la **demanda** se ha de indicar, en todo caso, las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio (art. 439.3 LEC). Ello supone poner en conocimiento del Juzgado la existencia de una o unas enervaciones anteriores, o del requerimiento previo a la demanda. Lo afirmado por el actor podrá ser desvirtuado en el juicio por el demandado.

¿Qué ocurre si la demanda no contiene las indicaciones? La sanción legal a dicha omisión es la inadmisión de la demanda, lo que pone de manifiesto el carácter insubsanable de este requisito, elevado a la categoría de presupuesto de procedibilidad. Sin embargo, determinada práctica judicial permite la subsanación del mencionado defecto procesal, a través del expediente de requerir a la parte demandante para que complete la demanda sobre el particular omitido, cumpliéndose así con el requisito procesal, manteniendo entre tanto en suspenso la admisión a trámite de aquélla. ¿Utilidad de lo actuado sin ese requisito?

En la **citación**, cuando proceda la enervación, indicará el Juzgado al demandado la posibilidad de enervar el desahucio (la LAU de 1994 se refería al deber de pagar o consignar antes del juicio). Lógico, si se tiene en cuenta que no existe otra posibilidad de efectuar alegaciones antes del juicio. Es claro que la indicación del Juzgado, con solo los datos de la demanda, no puede vincular al demandado, que puede desvirtuar esos datos.

La entrada en vigor de la LAU de 1994, que regulaba la enervación en términos similares a la LEC de 2000, suscitó la cuestión de las **enervaciones anteriores** a 1º enero 1995. ¿Serán computables? ¿Y la rehabilitación? Parece que una interpretación adecuada sería la de apreciar la existencia de dos o más enervaciones anteriores a la entrada en vigor de la LAU; una sola supondría conceder a un hecho (la enervación) efectos jurídicos negativos que no estaban legalmente previstos cuando se realizó el mismo, y que podrían haber sido desvirtuados por el demandado para el caso de tener conciencia de la trascendencia del precedente (prueba de la mala fe del arrendador, propiciadora de una artificiosa y aparente falta de pago, encubridora realmente de un supuesto de falta de cobro); si se han realizado varias enervaciones, serán computables, pues obstarían una ulterior enervación aún por aplicación de la antigua Ley (abuso de derecho). La Ley no dice nada al respecto. Por algún reconocido autor se sostiene que deben computarse todas las enervaciones anteriores a la vigencia de la Ley, a efectos de negar la posible enervación posterior. Argumentos: a) La Ley no dice nada para excluirlas. B) Así como el legislador ha privado a los arrendatarios de derechos, como el de subrogación *inter vivos* o *post mortem*, le priva del derecho a enervar a quien ya lo disfrutó.

En el caso de **acumulación de acciones** de resolución por falta de pago y de reclamación de cantidad también cabe la enervación, y se aplicarán las anteriores consideraciones.

En **materia de costas**, se discute la procedencia de su imposición al demandado en la hipótesis de la enervación de la acción de desahucio. Indagando en la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales encontramos posiciones diversas. Así:

- Un sector, quizás mayoritario, se muestra favorable a la imposición de las costas al demandado. En este sentido se pronuncian las Sentencias y Autos de las AAPP de Las Palmas, 18 abril 2006; de Zaragoza, 11 noviembre 2002; de Madrid, 20 diciembre 2002, 29 junio 2005 y 26 septiembre 2005; de Barcelona, 21 junio 2002, 21 mayo

2. Enervación de la acción

Antecedentes

1. Art. 147 TRLAU: enervación (vivienda y local de negocio), y rehabilitación (vivienda y local de negocio renta inferior a 12.000 ptas anuales). Excepción: reiteración. Problemas de la aplicación de la reiteración a ambas figuras o solo a la rehabilitación (pago o consignación antes de notificación sentencia firme).

2. Art. 1.563 LEC: primitiva redacción, no permitía la enervación. Reforma de 1966, se introduce la enervación, sin límite alguno. Nueva redacción por Ley 10/92, limita la enervación a los contratos de arrendamiento de establecimiento mercantil o fabril (consignación antes del juicio).

3. LAU de 1994: reforma el texto del art. 1.563 LEC. Disposición Adicional 5ª.

- falta de pago de renta, cantidades asimiladas o cuyo pago hubiera asumido el arrendatario (mezcla del TR y de la LAU). No hace falta consignar cantidad alguna para costas.

- restringe la posibilidad a viviendas o finca urbana habitable en la que se realicen actividades profesionales, comerciales o industriales. El concepto de vivienda es amplio, incluidas las de temporada o las que el art. 5 excluye de la aplicación de la Ley (militares, universitarios...). Sin embargo, el concepto de finca urbana habitable no destinada a vivienda es más restringido que el ámbito que el art. 3.21 da al concepto de uso distinto al de vivienda (no comprende las destinadas a fines artísticos, culturales docentes...). No parece que quepa en el caso de los arrendamientos de industria (la cuestión dista mucho de ser pacífica).

- se limita a la enervación de la acción. Desaparece la posibilidad de rehabilitar el contrato.

4. LEC: Art. 22.4

Ámbito: procesos de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario.

Forma: pago o puesta a disposición en el Juzgado o notarialmente del importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

Tiempo: antes de la celebración de la vista (antes, la regulación del TRLAU permitía el pago o consignación con posterioridad).

Quien: el arrendatario (antes se permitía otra persona en su nombre). Cualquier persona puede pagar válidamente por el deudor y extinguir la deuda (art. 1.158 CC), pero sólo los arrendatarios pueden enervar la acción mediante el pago o consignación; otros otorgan efectos enervatorios al pago realizado por un tercero. El mecanismo de la consignación judicial resta relevancia práctica a la cuestión, al efectuarse en el establecimiento bancario designado al efecto, en el que los datos relevantes vienen referidos al procedimiento en que se realiza la consignación y el concepto, pasando a un segundo plano la persona que realmente la lleva a cabo.

Excepciones: se excluye la posibilidad cuando ha habido **otra enervación anterior** o cuando el arrendador hubiere **requerido** de pago al arrendatario, por cualquier medio fehaciente, con al menos dos meses de antelación a la presentación de la demanda, y el pago no se hubiere efectuado al tiempo de dicha presentación. Quizás haya un excesivo automatismo,

1. Acumulación subjetiva.

El art. 438.4 LEC permite la acumulación de las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 72 y en el art. 73.1 de la LEC.

El art. 72 LEC supedita la posibilidad de la acumulación subjetiva de acciones a que entre éstas exista un nexo por razón del título o de la causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos.

El art. 73 LEC establece los requisitos procesales para la admisibilidad de la acumulación de acciones, cuales son:

- Que el tribunal que deba entender de la acción principal posea jurisdicción y competencia por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer de la acción acumulada o acumuladas. Sin embargo, a la acción que haya de sustanciarse en juicio ordinario podrá acumularse la acción que, por sí sola, se habría de ventilar, por razón de su cuantía, en juicio verbal.
- Que las acciones acumuladas no deban, por razón de su materia, ventilarse en juicios de diferente tipo.
- Que la ley no prohíba la acumulación en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir.

2. Acumulación objetiva

El art. 438 apartado 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la prohibición general de la acumulación objetiva de acciones en los juicios verbales, salvo las excepciones que el propio precepto contempla, entre las que se encuentra, a los efectos que aquí interesan, el supuesto de **reclamación de rentas o cantidades vencidas y no pagadas, cuando se trate de juicio de desahucio de finca por falta de pago.**

Tramitación: juicio verbal, en todo caso, cualquiera que sea el importe de la renta reclamada. Frente a la doble regulación prevista originariamente en el art. 438,3,3º LEC, que remitía bien al juicio ordinario o bien al juicio verbal según se tratase de cuantía superior o inferior a los 3.000 euros, en la reforma aprobada por la Ley de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo, de 10 de julio de 2003, se mantiene la referencia única al juicio verbal sea cual fuera la cuantía de la renta reclamada.

En este supuesto de acumulación se plantea la cuestión de **qué rentas** se pueden reclamar en este procedimiento. Además de las vencidas y no pagadas con anterioridad a la demanda, a las que parece referirse la norma legal, ¿pueden reclamarse las vencidas y no pagadas en el curso del proceso, e incluso las posteriores hasta la recuperación de la finca por parte del arrendador?

- **Anteriormente,** se ejercitaba en primer lugar la acción de desahucio y, posteriormente, una vez obtenida la posesión de la finca, la acción de reclamación de rentas, incluidas las devengadas hasta el momento de la entrega de la finca o el lanzamiento del demandado, en cuyo momento podían embargarse bienes de éste para asegurar la efectividad de la ulterior demanda.
- **En la actualidad,** la acumulación de acciones plantea la cuestión apuntada. Parece que lo más razonable es el permitir la reclamación de las rentas y cantidades ya vencidas en el momento de interposición de la demanda, y las que venzan durante la tramitación del procedimiento, hasta el dictado de la sentencia, e incluso las que venzan posteriormente a esta última, a determinar en periodo de ejecución de sentencia, una

2004, 5 mayo 2006; de Sevilla, 31 marzo 2005; de A Coruña, 26 febrero 2003; de Cantabria, 11 febrero 2005; y de Asturias, 3 julio 2002.

De entre los pronunciamientos que apoyan esta postura destacamos los que siguen, extraídos del Auto de la AP Las Palmas de Gran Canaria, 18 abril 2006, con cita de otras, entre ellas la SAP Málaga, 15 mayo 2003: *la enervación de la acción de desahucio es una facultad procesal conferida al arrendatario demandado para frustrar por una sola vez, mediante el pago o la consignación, la acción entablada contra él, de manera que la enervación paraliza los efectos de la resolución y permite el mantenimiento del contrato pero ha de llevar como consecuencia necesaria la imposición de costas al demandado, en base al principio del vencimiento y a que en la fecha de presentación de la demanda concurrían todos los presupuestos necesarios para el éxito de la acción. Establece el art. 394 LECiv que en los juicios declarativos, como el de autos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, que es lo que habría sucedido de no haberse acogido al demandado al privilegio de enervar la acción de desahucio mediante la consignación.*

En el art. 22 ap.1 y 4 LEC se están regulando dos supuestos distintos de terminación anormal del proceso mediante auto, el primero referido a todo proceso por acuerdo de las partes, y el segundo al especial de desahucio por falta de pago por reconocimiento y pago de la deuda por el arrendatario, por lo que no hay razón para que la regla sobre las costas establecido para el primero de ellos sea de obligada aplicación al segundo.

Siendo además ésta la única solución acorde con los antecedentes normativos del actual artículo 22.4. En esta anterior normativa, la cuestión de las costas venía regulada en el artículo 1582 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual, la sentencia (de desahucio) llevará consigo expresa condenación de costas al demandante si se declara no haber lugar al desahucio, no obstante, pese al automatismo de dicho precepto, interpretaba el mismo con sus antecedentes históricos y en este sentido el artículo 149.3 de la LAU de 1964 establecía que las costas se impondrán al demandado cuando de no mediar el pago o la consignación se hubiera declarado haber lugar al desahucio.

- Otro sector de la jurisprudencia menor se decanta a favor de la no imposición de costas al demandado que enerva la acción de desahucio. A citar las Sentencias y Autos de las AAPP de Valencia, 7 mayo 1996; de Baleares, 18 marzo 2006; de Madrid, 10 febrero 1997; y de Jaén, 13 noviembre 1998 y 4 febrero 2000. De esta última resolución resaltamos las siguientes consideraciones jurídicas: *en los supuestos de enervación de la acción mediante el pago de rentas reclamadas, a falta de un precepto especial como el que recogía la Ley de 1964, se ha suscitado cierta polémica entre las Audiencias Provinciales. No obstante, se ha venido equiparando la enervación al caso del allanamiento del demandado, en el que rige el principio de causalidad, de modo que el allanado queda exento del pago de las costas, salvo si se aprecia mala fe (art. 523.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Este criterio resulta adecuado pues a través de la enervación se reconoce por parte del demandado que la pretensión deducida contra él era fundada.*

3. Acumulación de acciones

La acumulación de acciones produce como efecto la discusión de todas ellas en un mismo proceso y su resolución en una misma sentencia.

prefetio de supuestos estados o situaciones carentes de adecuado título, logre privar a quien lo ostenta de la protección que la ley le confiere, obligándole a que acuda al procedimiento ordinario (SSTS de 22 de marzo y de 20 de mayo de 1965). Por ello, para apreciar la complejidad invocada no basta la mera alegación del demandado, sino que se requiere una razón fundada que, a juicio del Juzgador, determine que el asunto que a tal fin se aduzca presente aspectos complejos (SSTS de 13 de octubre de 1942, 15 de enero de 1947, 28 de noviembre de 1950 y 17 de junio de 1968).

Es el desahucio un juicio sumario, con conocimiento limitado, pues sólo se permite al demandado alegar y probar el hecho del pago o la concurrencia de las circunstancias precisas para la procedencia de la enervación (art. 444.1), aunque, a diferencia del art. 1579.2 LEC de 1881, no se limitan los medios de prueba utilizables. Consecuentemente se excluyen las cuestiones que afecten a la propiedad, a la nulidad del título y, en general, las cuestiones complejas derivadas, no de las alegaciones del demandado, sino del contenido del contrato (STC 136/96 de 28 de octubre, SSTS 10 febrero 1962, 9 diciembre 1972, 12 marzo 1985, 27 noviembre 1992, 14 diciembre 1992, 10 mayo 1993, 29 julio 1993...). Existe complejidad cuando concurren otros vínculos distintos a los locativos, cláusulas ajenas o éstas sean de tal naturaleza que presenten sumamente complejas y especiales las relaciones entre las partes y hagan muy poco posible la apreciación de la finalidad y trascendencia de las mismas (STS 10 mayo 1993). No habrá complejidad por la imprecisión sobre el total de la renta, si esta puede eliminarse a través de la prueba.

En este mismo sentido se pronuncia el TS (S 12 junio de 1997), al afirmar que los términos sencillos y claros propios de un proceso sumario y rápido no permiten solventar situaciones complicadas que requieren una discusión mas amplia y rodeada de mayores garantías, si no se quiere correr el peligro de producir indefensión o error y sobre todo de ocasionar con violencia jurídica la resolución del contrato arrendatario correspondiente (SS. de 13 de abril de 1929, 3 de junio de 1948, 27 de noviembre 1950, 5 de febrero de 1951, 18 de diciembre de 1953, 14 de mayo de 1955, 17 de marzo de 1968, 9 de diciembre de 1972 y 12 de marzo de 1985, entre otras). breves consideraciones sobre la naturaleza y ámbito del juicio de desahucio. Así, la doctrina jurisprudencial ha declarado que, dada la naturaleza sumaria y privilegiada de los juicios de desahucio, no cabe discutir en ellos otros problemas que los referentes al *ius possidendi* del actor y a la posesión material de la cosa por parte del demandado, sin que sea posible extender su ámbito de aplicación a otra clase de relaciones jurídicas más o menos complejas (SSTS de 25 de junio de 1943, 21 de febrero de 1949 y 22 de marzo de 1965); si bien esta doctrina no puede servir para que el demandado, a pretexto de supuestos estados o situaciones carentes de adecuado título, logre privar a quien lo ostenta de la protección que la ley le confiere, obligándole a que acuda al procedimiento ordinario (SSTS de 22 de marzo y de 20 de mayo de 1965). Por ello, para apreciar la complejidad invocada no basta la mera alegación del demandado, sino que se requiere una razón fundada que, a juicio del Juzgador, determine que el asunto que a tal fin se aduzca presente aspectos complejos (SSTS de 13 de octubre de 1942, 15 de enero de 1947, 28 de noviembre de 1950 y 17 de junio de 1968).

Es el desahucio un juicio sumario, con conocimiento limitado, pues sólo se permite al demandado alegar y probar el hecho del pago o la concurrencia de las circunstancias precisas para la procedencia de la enervación (art. 444.1), aunque, a diferencia del art. 1579.2 LEC de 1881, no se limitan los medios de prueba utilizables. Consecuentemente se excluyen las cuestiones que afecten a la propiedad, a la nulidad del título y, en general, las cuestiones

vez que se obtenga la recuperación de la posesión de la finca. Lo contrario supondría negar a la acumulación de acciones el efecto pretendido por el legislador, cual la evitación de la tramitación de dos procesos distintos, debiendo agotar el que ahora se presenta como eventualmente único la plena virtualidad de las dos acciones acumuladas, resolutoria-posesoria la una y de reclamación de cantidad la otra, lo que no se cumpliría de tener que reservarse al demandante la ulterior reclamación de parte de las cantidades en un nuevo proceso. art. 438,3.º LEC.

La anterior conclusión ya había sido contemplada como posible en diversos pronunciamientos jurisdiccionales, tanto del Tribunal Supremo (STS 18 julio 1997) como del Tribunal Constitucional (STC 194/1993). En esta última STC se decía que una forma de tutela, como la condena de futuro, no puede ser excluida o negada solo por el hecho de que, por excepción a la regla general, conlleva la tutela preventiva de prestaciones todavía no exigibles; ciertamente, esto no significa la indiscriminada admisibilidad ex constitutione de este tipo de tutela en toda clase de procesos, correspondiendo al legislador o, en su defecto, a los jueces y tribunales, sobre la base de los principios generales del ordenamiento, el partir de presupuestos y límites de este tipo de tutela jurisdiccional, que ha de contar por parte de quien impetra la tutela judicial, de forma similar a los supuestos de ejercicio de acciones meramente declarativas.

La LEC de 7 enero 2000, haciéndose eco del sentir del TC sobre la posibilidad de dictar sentencias con condena de futuro, sobre aquellas reclamaciones referidas al pago de intereses que se devenguen o prestaciones de carácter periódico que no requirieran de una determinación nueva posterior a la contenida en la demanda iniciadora de la litis, ha incorporado al derecho normativo procesal el novedoso precepto del art. 220, a cuyo tenor cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.

Ejemplo de prestaciones periódicas lo constituye, sin duda alguna, el impago de rentas en arrendamientos urbanos.

Las ventajas de esta opción procesal son indudables, y han sido ya expresadas. La virtualidad de este tipo de sentencias radica en el hecho de que el demandante que ve estimada su pretensión de condena no tendrá que acudir de nuevo, tantas veces como vayan venciendo las obligaciones y sean exigibles, a posteriores procesos declarativos, sino que podrá acudir directamente al proceso de ejecución, siendo el título ejecutivo la sentencia de condena de futuro.

4. Cuestiones complejas

1. Juicio de desahucio basado en el impago de la renta o de cantidades debidas por el arrendatario

Esta materia nos lleva a efectuar unas someras consideraciones sobre la naturaleza y ámbito del juicio de desahucio. Así, la doctrina jurisprudencial ha declarado que, dada la naturaleza sumaria y privilegiada de los juicios de desahucio, no cabe discutir en ellos otros problemas que los referentes al *ius possidendi* del actor y a la posesión material de la cosa por parte del demandado, sin que sea posible extender su ámbito de aplicación a otra clase de relaciones jurídicas más o menos complejas (SSTS de 25 de junio de 1943, 21 de febrero de 1949 y 22 de marzo de 1965); si bien esta doctrina no puede servir para que el demandado, a

tar situaciones complicadas que requieren una discusión mas amplia y rodeada de mayores garantías, si no se quiere correr el peligro de producir indefensión o error y sobre todo de ocasionar con violencia jurídica la resolución del contrato arrendatario correspondiente (SS. de 13 de abril de 1929, 3 de junio de 1948, 27 de noviembre 1950, 5 de febrero de 1951, 18 de diciembre de 1953, 14 de mayo de 1955, 17 de marzo de 1968, 9 de diciembre de 1972 y 12 de marzo de 1985, entre otras).

2.3. En la nueva regulación legal del juicio de desahucio por precario no existe ningún precepto que limite ni las causas de oposición, ni los medios de prueba que se pueden aportar al mismo; no existe limitación sobre el objeto del proceso ni de los medios de ataque y defensa de las partes. Es por ello que en el actual juicio de desahucio por precario el tribunal puede y debe examinar y pronunciarse sobre la validez y eficacia de los títulos invocados por la partes litigantes en apoyo de sus respectivas pretensiones, sin que la denuncia de su posible nulidad justifique la apreciación de una y existente complejidad, ni imponga el rechazo de la demanda y la remisión de las partes a decidir la cuestión en otro proceso declarativo ordinario.

6. Recursos

Se mantiene el requisito del pago o consignación para recurrir y mantener los recursos.

Precedentes:

1. Art.148.2 TRLAU: acreditar, al interponerlos, tener satisfechas las rentas vencidas, o consignarlas en el Juzgado o Tribunal. Durante la sustanciación, misma obligación, caducando el recurso si, requerido, no cumpliere la obligación en 5 días.

2. En los mismos términos se pronunciaba la LEC de 1881. La Jurisprudencia había mitigado el rigor de la norma, permitiendo la acreditación posterior, siempre que el pago o consignación hubiesen sido anteriores a la interposición del recurso, en consonancia con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

3. La Disposición Adicional 5ª LAU de 1994. Modifica los arts. 1.566 y 1.567 LEC. Innovaciones:

- Se permite la consignación notarial.
- Se refiere a las rentas vencidas y a las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas (nunca mas de una mensualidad, art.9.2 LAU).
- Se permite la subsanación del defecto, consignando o pagando dentro de los CINCO DÍAS siguientes a ser requerido al efecto por el Juez o Tribunal.
- Durante la sustanciación de los recursos, se mantiene la obligación de pago de los plazos que venzan o deba pagar adelantados, permitiéndose cautelamente adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, que serán liquidados una vez firme la sentencia. En ningún caso se entenderá novación contractual. Se sale al paso de posibles olvidos del arrendatario recurrente, que puede asegurar el pago o consignación, para evitar que el recurso sea declarado desierto.

4. La LEC de 2000 regula la materia en similares términos a su inmediato precedente, la LAU de 1994. Así, el art. 449 establece que en los procesos que lleven aparejado el lanzamiento, no se admitirán al demandado los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación si, al prepararlos, no manifiesta, acreditándolo por escrito, tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas.

complejas derivadas, no de las alegaciones del demandado, sino del contenido del contrato (STC 136/96 de 28 de octubre, SSTS 10 febrero 1962, 9 diciembre 1972, 12 marzo 1985, 27 noviembre 1992, 14 diciembre 1992, 10 mayo 1993, 29 julio 1993...). Existe complejidad cuando concurren otros vínculos distintos a los locativos, cláusulas ajenas o éstas sean de tal naturaleza que presenten sumamente complejas y especiales las relaciones entre las partes y hagan muy poco posible la apreciación de la finalidad y trascendencia de las mismas (STS 10 mayo 1993). No habrá complejidad por la imprecisión sobre el total de la renta, si esta puede eliminarse a través de la prueba.

En este mismo sentido se pronuncia el TS (S 12 junio de 1997), al afirmar que los términos sencillos y claros propios de un proceso sumario y rápido no permiten solventar situaciones complicadas que requieren una discusión mas amplia y rodeada de mayores garantías, si no se quiere correr el peligro de producir indefensión o error y sobre todo de ocasionar con violencia jurídica la resolución del contrato arrendatario correspondiente (SS. de 13 de abril de 1929, 3 de junio de 1948, 27 de noviembre 1950, 5 de febrero de 1951, 18 de diciembre de 1953, 14 de mayo de 1955, 17 de marzo de 1968, 9 de diciembre de 1972 y 12 de marzo de 1985, entre otras).

2. Especial referencia al juicio de desahucio por precario

2.1. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece una regulación del juicio de desahucio por precario distinta de la que contemplaba la anterior LEC de 1881. Efectivamente, de conformidad con el art. 250.1.2º LEC se decidirá en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca. Estamos, pues, ante un juicio verbal perteneciente a la clase de los procesos declarativos (art. 248.2.2º LEC). Además, y esta es la principal novedad de la LEC, el juicio de desahucio por precario pasa a tener carácter plenario, ya que la sentencia que recaiga en el mismo tendrá eficacia de cosa juzgada, al no encontrarse entre los casos especiales que según el artículo 447 LEC carecen de dicha eficacia. Así aparece reflejado en la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los siguientes términos: *La experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad (apartado XII párrafo último).*

2.2. En consonancia con lo expuesto, la doctrina jurisprudencial generada en torno a la anterior LEC de 1881 había declarado que, dada la naturaleza sumaria y privilegiada de los juicios de desahucio, no debía discutir en ellos otros problemas que los referentes al *ius possidendi* del actor y a la posesión material de la cosa por parte del demandado, sin que fuese posible extender su ámbito de aplicación a otra clase de relaciones jurídicas más o menos complejas (SSTS de 25 de junio de 1943, 21 de febrero de 1949 y 22 de marzo de 1965); Consecuentemente, se excluían las cuestiones que afectaban a la propiedad, a la nulidad del título y, en general, las cuestiones complejas derivadas, no de las alegaciones del demandado, sino del contenido del contrato (STC 136/96 de 28 de octubre, SSTS 10 febrero 1962, 9 diciembre 1972, 12 marzo 1985, 27 noviembre 1992, 14 diciembre 1992, 10 mayo 1993, 29 julio 1993...). En este mismo sentido se pronunciaba el TS (S 12 junio de 1997), al afirmar que los términos sencillos y claros propios de un proceso sumario y rápido no permiten solven-

Así mismo, los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, anteriormente referidos, se declararán desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar. El arrendatario podrá adelantar o consignar el pago de varios periodos no vencidos, los cuales se sujetarán a liquidación una vez firme la sentencia. En todo caso, el abono de dichos importes no se considerará novación del contrato.

7. Ejecución de sentencias

Son de aplicación las normas procesales comunes de la LEC: art. 703 LEC sobre entrega de bienes inmuebles (plazo, un mes, con posibilidad de prórroga por un mes más).

En los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, el Tribunal fijará en el auto de admisión **día y hora para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento**, que podrá ser inferior a un mes desde la fecha de la vista, advirtiendo al demandado que, en caso de que la sentencia sea condenatoria y no se recurra, se procederá al lanzamiento en la fecha fijada si lo solicitase el demandante en la forma prevenida en el artículo 549 (art. 440.3 LEC).

Si con anterioridad a la fecha fijada para el lanzamiento, en caso de que el título consista en una sentencia dictada en un juicio de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas al arrendador, se entregare la posesión efectiva al demandante antes de la fecha del lanzamiento, acreditándolo el arrendador ante el Tribunal, se dictará auto declarando ejecutada la sentencia y cancelando la diligencia, a no ser que el demandante interese su mantenimiento para que se levante acta del estado en que se encuentre la finca (art. 703.4 LEC).

8. Postulación y defensa

Son de aplicación las normas procesales comunes de la LEC: artículos 23 (Procurador) y 31 (Abogado).

En Málaga, a quince de octubre de dos mil siete.

LEGISLACIÓN A ANALIZAR:

Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje.

Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos.

Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil

El arbitraje como medio de solución de conflictos, es una figura controvertida en su misma admisibilidad, existiendo voces de importantes tratadistas que la cuestionan muy decididamente.

Estos que critican la figura del arbitraje, ven en ella **una nada deseable cesión de jurisdicción, una privatización de la Justicia incompatible con su esencia.**

Críticas que provienen fundamentalmente del colectivo judicial y que las basan en que se pretende poner a disposición de los árbitros en el curso del proceso privado toda la organización judicial, financiada por el Estado, para que le presten el auxilio que necesitan, se quiere que los jueces colaboren activamente en el desarrollo de un negocio privado dirigido a la exclusión de los Jueces.

No obstante, pese a algunas voces críticas, la lógica de la economía de mercado, la globalización y la influencia de las instituciones anglosajonas, junto a las indudables ventajas prácticas que presenta el arbitraje, han hecho que éste sea hoy día **aceptado en el panorama jurídico de forma generalizada.** Jugando a favor del arbitraje valores jurídicos de gran calado, entre los que se encuentra la libertad del individuo y el principio de la autonomía de la voluntad.

Desde el punto de vista técnico es necesario indicar que **la valoración de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre ha sido positiva.**

Siendo esto así porque el arbitraje ha sido una materia que ha tenido una atención intensa por parte del legislador, plasmada en tres leyes distintas en los últimos cincuenta años, en las que, como es lógico cada tratamiento legislativo ha mejorado al anterior.

Hoy puede decirse que **el mayor mérito de la Ley de 1953 fue abrir el camino de la institución del arbitraje, yo diría que casi el único**, porque pocos textos legales habrán sido tan criticados, casi vilipendiados, como éste, **se llegó incluso a decir que dicha Ley nació muerta**, aunque tampoco se le podía pedir más, si se tienen en cuenta las circunstancias políticas y económicas de la época (régimen autoritario que permitía pocas fisuras al poder jurisdiccional y funcional del Estado y en una situación económica de autarquía, aislamiento y falta de relaciones internacionales).

La Ley de 1988 superó las dificultades iniciales y le dio a la institución un tratamiento más completo y sistemático, aunque no logró llevarla a cotas de gran perfección, siendo sus evidentes fallos objeto de muchas críticas

Buena parte de esas críticas se han superado en la Ley de 2003, en los casi cuatro años de vigencia, **en mi opinión ha conseguido una mayor difusión práctica del arbitraje y un más decidido acogimiento de éste por parte de los justiciables** (Arbitraje Económico)

Esta Ley ha conseguido un avance en el aspecto más delicado del arbitraje que es la coordinación entre el procedimiento arbitral y el sistema judicial o más concretamente en el llamado auxilio judicial, pero lo paradójico del arbitraje es que habiendo nacido para evitar el sistema judicial, no puede vivir sin su auxilio.

El arbitraje en materia de arrendamientos urbanos

José Conejo Alba

problemas y con poca confianza en las posibilidades del propio individuo para organizar privadamente la heterocomposición de sus conflictos.

Parece en efecto que es por ahí por donde **se debe comenzar, por la difusión y divulgación de esta institución tanto por parte del Estado, como de las organizaciones socioeconómicas y fundamentalmente los Colegios Profesionales más directamente relacionados con la gestión de los conflictos (TAM).**

Nosotros debemos procurar una mejora del funcionamiento de la institución del arbitraje, cuidando los aspectos más importantes del sistema arbitral: el prestigio y la formación de los árbitros, las transparencias en su designación, cuando ésta dependa de la propia institución arbitral, la modernización de determinados aspectos del procedimiento y sobre todo la claridad y moderación de los costes, verdadero caballo de batalla para una más extensa implantación del arbitraje.

Sólo, si después de lo anterior continúa éste sin aplicarse, dentro de unos límites aceptables, a la gran masa de litigios a la que antes me refería, debemos preguntarnos si su causa es la falta de una cultura arbitral o la inidoneidad de este sistema para tales conflictos.

DERECHO POSITIVO (PUESTO-ESCRITO) EN MATERIA DE ARBITRAJE.- LEY DE ARBITRAJE. LEY 60/2003 DE 23 DE DICIEMBRE.

El arbitraje como hemos indicado es un medio o sistema de resolución de conflictos, alternativo a la vía judicial, cuya finalización mediante el **Laudo tiene los mismos efectos que una sentencia dictada por un Juzgado, no apelable y ejecutable.**

La Ley se desarrolla en 9 títulos (46 artículos, una disposición adicional, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales).

Art. 1. Se determina el ámbito de aplicación de la Ley.

Regula los arbitrajes que tengan lugar en territorio español. Respetando normas Conv. Int.

Es norma supletoria de los arbitrajes previstos en otras leyes.

No se aplicará a los arbitrajes laborales.

Art. 2. Materias que pueden ser objeto de arbitraje.

- Aquellas sobre las que las partes tengan la libre disposición, sobre las que se pueda arbitrar.- que no sean cuestiones de ius cogens o sobre las que exista una imposibilidad legal de disposición. Art. 751 LEC (capacidad, filiación, matrimonio, menores) y 1814 C/C.
- Cuando el arbitraje sea internacional y concorra a éste un Estado no cabe plantear prerrogativas que contemplen el derecho de éste estado, concurriría al arbitraje como una parte más.

Art. 3. Arbitraje Internacional

La ley establece por primera vez cuando nos encontramos ante un arbitraje internacional.

Será internacional el arbitraje cuando concurren los requisitos siguientes:

Son de favorable consideración los avances que contiene la nueva Ley en aspectos de tanta importancia como las medidas cautelares, la práctica de la prueba o la ejecución del laudo.

Aunque también pueden apreciarse algunas lagunas, como en la prejudicialidad penal o la cuestión de inconstitucionalidad planteadas en el proceso arbitral o incluso alguna norma concreta de la ley de dudosa ortodoxia constitucional, cual ocurre, por ejemplo con las notificaciones "por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia", que se considerarán recibidas (art. 5)

Nuestra Ley de Arbitraje presenta cuestiones de interpretación en aspectos como la recusación del árbitro, la cuestión de confidencialidad, la ejecución provisional, la condena en costas, los efectos del laudo frente al fiador solidario que no ha sido parte en el proceso.

Sin embargo, **la Ley de Arbitraje ha conseguido la satisfacción de los sectores españoles relacionados con el arbitraje internacional, verdaderos artífices de la materialización de esta Ley, dado que al acomodarse el nuevo texto legal a la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de Junio de 1985 (UNCITRAL) queda facilitada la realización de arbitrajes internacionales por las Cortes Arbitrales Españolas.**

Igualmente existen ciertos aspectos notariales que deben resaltarse:

La Ley de 1953 exigía: 1º la formalización del convenio arbitral en escritura pública, 2º la protocolización notarial del laudo, 3º la notificación de éste en forma fehaciente.

En la reforma de 1988 se suprimió la necesidad de escritura del compromiso, aunque se mantuvo la exigencia del laudo protocolizado.

La Ley 60/2003 se separa de las indicadas exigencias notariales y sólo remite a la protocolización del laudo como posibilidad instada por cualquiera de las partes a su costa (art. 34.8).

Por otro lado, **el panorama práctico del arbitraje, tras casi cuatro años de la aplicación de su ley reguladora, podría dibujarse con los trazos siguientes:**

- a) Un asentamiento bastante sólido del arbitraje en el segmento superior de los litigios comerciales, sobre todo con conexión internacional.
- b) Un cierto desarrollo en el escalón inferior de los pleitos de consumo.
- c) Una regular presencia, casi ausencia, en el sector medio de los conflictos civiles y mercantiles.

Son de sobra conocidas **las razones** que han impulsado el crecimiento de la institución arbitral en el **comercio internacional**, la más importante creo que es **la sensación de neutralidad** que transmite a los contendientes que puede ser superior a la suscitada por los Tribunales de Justicia, prefieren someterse a una corte arbitral de prestigio, antes que a los tribunales.

El arbitraje de consumo, por otra parte, alcanza un nivel de desarrollo bastante aceptable y, si no es superior, probablemente se deba a las propias imperfecciones del sistema administrativo y a la dispersión de las organizaciones administrativas que lo materializan.

Donde el panorama del arbitraje resulta bastante desalentador es en la gran masa de conflictos civiles y mercantiles de pequeño y mediano tamaño.

Es usual decir que tal circunstancia se debe fundamentalmente **a la falta de una cultura arbitral en nuestro país**, acostumbrado a acudir al Estado para la solución de todos sus

- 6) El exequátur de los laudos extranjeros será competente Art. 85 LOPJ. J.P.1º

Art. 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

Ley requisito antiformalista, escrito o en medios de reproducción (nuevas tecnologías).

Clausula arbitral por referencia—la que no consta en el contrato pero si en un documento anexo.

1º Debe existir una cláusula de sometimiento de la controversia a arbitraje. **Debe estar suscrito, admitido por las partes.**

Puede estar recogido en cartas o comunicaciones que las partes se hubiesen enviado.

2º Existirá convenio arbitral cuando una parte lo alegue en su demanda y la otra no lo niegue.

Art. 10. Arbitraje testamentario.

Es válido el arbitraje instituido en disposición testamentaria para solucionar las diferencias que surjan entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Art. 11. Efecto negativo del convenio arbitral.

La existencia del convenio arbitral obliga a las partes a cumplirlo e impide a los tribunales conocer de la controversia sometida a arbitraje.

Se debe hacer valer mediante la declinatoria Art. 63 y ss LEC.

La existencia de convenio arbitral no impide a las partes, instar ante el Juzgado medidas cautelares con anterioridad al inicio de las actuaciones del arbitraje ni en el proceso de éstas.

Arts. 12 a 21 de la LA. De los árbitros.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo se designa un solo árbitro.

La Ley habla de árbitros, no de tribunal de arbitraje para diferenciarlas de los Tribunales de Justicia, pero cabe que el arbitraje sea realizado por un colegio arbitral. Órgano colegiado (TAM) Arbitraje Institucional (art. 14)

Son las partes o las Instituciones arbitrales, las que designan a los árbitros.

Si no ha sido posible designar el árbitro o los árbitros cabe su designación por la Autoridad Judicial, Juzgado de Primera Instancia, mediante un sistema rápido, al Juez se le pueden dar criterios para su designación, el trámite es el del Juicio Verbal y la resolución no es recurrible.

El árbitro debe ser persona natural, imparcial e independiente. **Cabe la sustitución del árbitro y su cese, en cuyos casos se permite la repetición de las actuaciones planteadas.**

El árbitro debe aceptar en el plazo de 15 días, si transcurre este plazo se entiende que no acepta.

Cabe la remoción de los árbitros por acuerdo de las partes, o en su caso, vía Juicio Verbal.

- a) Que cuando se celebre el convenio arbitral las partes tengan sus domicilios en estados diferentes.
 - b) Que la obligación que sea objeto de controversia y por ende de cumplimiento, o el lugar del arbitraje, se encuentre fuera del Estado en el que las partes tengan sus domicilios.
 - c) Que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a interés del convenio internacional.
- Cuando no se tenga domicilio se estará a la residencia habitual (Normas Tributarias).

Art. 4. Reglas del Arbitraje.-Rige el principio de autonomía de voluntad de las partes.

Però se debe de dotar de unas reglas que o fijan ellas o se adhieren a las que tenga la institución arbitral suministradora del arbitraje.

Art. 5. Reglas comunicaciones, notificaciones y plazos.- (Ver el artículo)

La Ley establece que los plazos señalados por días, serán naturales, obviamente no rige esto para los plazos del auxilio judicial o control del arbitraje en que rigen las normas procesales.

Ojo el plazo para el ejercicio de la acción de anulación del laudo es el establecido en la Ley Arbitraje y por ende días naturales.

Art.6. Renuncia tácita a la posibilidad de impugnación.

Si se produce una vulneración de una norma de esta Ley o del convenio arbitral y no se denuncia en el plazo previsto o tan pronto le sea posible, se entiende que se renuncia a impugnarlo.-Norma transcrita de la Ley Modelo UNCITRAL dar celeridad al arbitraje y subsanación pronta.

Art. 7. Intervención Judicial mínima en procesos de arbitraje, únicamente de apoyo (auxilio) y control, en los casos previstos en la Ley. Efecto negativo

Cuando una controversia se encuentra sometida a arbitraje los tribunales no pueden entrar o conocer de la controversia.

Art. 8. Cuales son los tribunales competentes para realizar funciones de apoyo y control en el arbitraje.

- 1) Para nombrar árbitros el J.P 1º del lugar del arbitraje, en su defecto el del domicilio de cualquiera de las partes.
- 2) Para la asistencia en la práctica de las pruebas el J.P.1º del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia.
- 3) Para la adopción de medidas cautelares será Tribunal competente el del lugar en el que el laudo deba ser ejecutado o en su defecto el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Art. 724.LEC.
- 4) La ejecución forzosa del laudo será competente el J.P.1º del lugar en el que se haya dictado art. 545.2 LEC. Ojo art. 52 de la Ley Concursal
- 5) Para la acción de anulación del laudo será competente la A.P. del lugar en que se hubiere dictado.

- h) Motivado y expresando el parecer.
 i) Costas Art. 37.6.
 j) No necesidad de protocolización, salvo para la ejecución ---- Autenticidad art. 559.4 LEC. k) Cabe que las partes dentro del procedimiento arbitral lleguen a un acuerdo, el árbitro dictará el laudo recogiendo el acuerdo, salvo que aprecien motivos para oponerse. Art. 36.
 La LA regula las formas de terminación anormal del proceso (art. 38)
 a) Desistimiento del demandante
 b) Que las partes lo acuerden
 c) Que los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones es innecesaria o imposible.

Cabe la corrección, aclaración o complemento del Laudo.

La parte en el plazo de 10 días y previa notificación a la otra parte puede interesar la corrección, aclaración o complemento del Laudo.

El árbitro tiene 10 días para corregir o aclarar y 20 días para completar.
 Si el arbitraje es internacional los plazos son de 1 mes y 2 meses respectivamente.
 También cabe que la corrección / aclaración sea de oficio (árbitro) 10 días.

Art 40ª 43 LA Acción de anulación del Laudo y revisión del Laudo.

La Ley no habla de Recurso, sería una expresión técnicamente incorrecta, sino de acción de anulación.

El Laudo impugnado tiene fuerza ejecutiva (art. 45.)

Se establecen unos motivos tasados art. 41.

- a) Que no existe o no es válido el convenio arbitral.
 b) Que no ha sido notificada de la designación del árbitro, o de las actuaciones arbitrales o no ha podido hacer valer sus derechos.
 c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
 d) Que el Laudo es contrario al orden público.

La acción de anulación se ha de plantear en el plazo de 2 meses desde la notificación del Laudo o desde que se haya solicitado la aclaración, corrección o complemento del Laudo, o desde la expiración del plazo para proveer el arbitro.

La acción de anulación se tramita por los cauces del J. Verbal, pero la demanda se presentará conforme a lo establecido en el Art. 399 LEC (J.O.), con pruebas que intente valerse.

La demanda se traslada al demandado por plazo de 20 días con las pruebas de que intente valerse.

Sentencia----frente a la que no cabe recurso alguno

El Laudo firme, produce los efectos de cosa juzgada y frente a éste sólo cabe la revisión conforme a lo establecido en la LEC para las sentencias firmes Art. 509 y ss. LEC.

Art. 44 y 45 ejecución forzosa del Laudo.

La ejecución de los Laudos se proveerá conforme a las normas de la LEC.

El Laudo es ejecutable aunque sea impugnado vía acción de anulación.

En los arbitrajes internos que no deben decidirse en equidad (art. 34) se requerirá la condición de Abogado en ejercicio, salvo acuerdo expreso en contrario.

Arts. 22 y 23 de la LA. Competencia de los árbitros

Los árbitros son los que tienen la potestad para decidir sobre su competencia. Teoría alemana Kompetenz-Kompetenz.

Sobre las cuestiones-excepciones que planteen las partes resolverán mediante laudo, en uno solo o en tantos laudos como estimen necesario.

Laudos sobre los que cabe su impugnación mediante la acción de anulación, pero el arbitraje sería sobre el fondo pese al ejercicio de la acción de anulación.

Los árbitros tienen competencia por adoptar medidas cautelares y para fijar la caución. Laudos a los que le serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de Laudos.

Arts. 24 a 33 de la LA. Las actuaciones arbitrales.

Las actuaciones arbitrales se rigen por el principio de autonomía de la voluntad, respetando los principios de igualdad y defensa que ha de darse a las partes.

Las partes y los árbitros son soberanos para establecer el iter de la actuación arbitral, siendo la LA el marco en el que deben moverse.

Las actuaciones arbitrales son confidenciales.

El lugar del arbitraje es el que designen las partes, cabe la celebración de audiencias y deliberaciones en lugar distinto al de la sede del arbitraje.

El arbitraje se inicia cuando una parte recibe el requerimiento de la otra para someter la controversia a arbitraje.

El idioma será el que las partes digan o en su defecto el que establezcan los árbitros.

Se permite la presentación de documentos en idioma distinto al del arbitraje, sin necesidad de traducción.

Las partes (árbitros) fijan la forma de la demanda/ Contestación/ Alegaciones/ plazos.

La Ley de Arbitraje consigna la libertad de forma en las actuaciones.

Art. 29. de la LA. Flexibilidad Prueba.

Libertad en los medios y práctica de prueba.

Solo existe una regulación en la prueba pericial (contradicción) art. 32.

Asistencia judicial para la práctica de la prueba.

Arts. 34 a 39 LA Laudo y formas de terminación del procedimiento arbitral.

- a) Libertad de las partes
 b) Arbitraje de derecho no de equidad (1988 revés)
 c) El arbitraje de equidad exige el pacto expreso de las partes.
 d) Decisión mayoritaria/ Presidente, que también puede impulsar el procedimiento.
 e) Caben Laudos parciales (responsabilidad /Cuantía)
 f) Laudo por escrito / reproducción, cabida, nuevas tecnologías.
 g) Plazo de 6 meses desde la fecha de la presentación de la contestación o de la expiración del plazo para presentarla, cabe que sea prorrogado por los árbitros, no más de 2 meses, la prórroga debe estar motivada. Se termina el procedimiento arbitral.

Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: "Los artículos 38 a 40 de la Ley 29/1994 de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

Cuando se plantea o se ha planteado la actuación arbitral en materia de arrendamientos urbanos, como herramienta de solución de conflictos, actuación arbitral que es, según el Tribunal Constitucional, un equivalente a la actuación jurisdiccional, la respuesta de la doctrina y jurisprudencia ha sido favorable, siempre y cuando no sea una materia expresamente excluida por Ley, como los arbitrajes laborales, o sea una materia que no sea susceptible de libre disposición conforme a derecho. (Artículos 1.4 y 2.1 de la Ley de Arbitraje).

No se puede transigir sobre cuestiones del estado de la persona, matrimoniales y alimentos futuros Art. 1814 CC y 751 LEC.

Art. 1713 CC. Capacidad para transigir.- Comunidad de Propietarios Presidente.- Subrogaciones El Pacto arbitral es inscribible en el RP y RM.

Objeto arbitraje (arbitrabilidad) cuestiones que afectan a materias que sean de libre disposición Art. 1814C/ Ilícitos penales/Sancionador/.

El profesor Diez Picasso —cuestiones que tengan contenido patrimonial evaluable económicamente—.

STS 18/4/1998—no solo el carácter patrimonial, el carácter negociable de la materia litigiosa. (controvertido)

La materia litigiosa tiene que tener el carácter de disponible (arbitrable) y no las normas que la regulan.

Las normas que regulan la materia litigiosa se deben de aplicar bien sea al arbitraje en derecho como en equidad, so pena de nulidad de la transacción acordada.

Art. 6 CC. La renuncia a derechos en contra del orden público no es válida.

La sumisión a arbitraje, cuando la Ley no la prohíbe, no es renuncia a derecho alguno, más que al Juez natural predeterminado por la Ley, no siendo un pacto contrario al orden público.

Sobre las limitaciones de las cuestiones que puedan ser objeto del contrato de arbitraje. Art. 1271 a 1273 CC.

Art. 1271 * pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombre, aun las futuras"

Art. 1272 No pueden ser objeto de contrato "ni la herencia futura, ni los servicios contrarios a las leyes o las buenas costumbres, ni las cosas o servicios imposibles"

Art. 1273 "ni las cosas indeterminadas en su especie"

Según lo establecido en el art. 19 de la LEC cabe someterse a arbitraje antes de iniciado el litigio (convenio arbitral ex ante) y después de iniciado el litigio (convenio arbitral ex post)

Arbitraje Administrativo—Transacción Ley 30/1992 de 26 de noviembre modificada 4/99 de 13 de enero.

El Tribunal Constitucional ha definido el convenio arbitral:

El convenio arbitral es un contrato con efectos procesales, que tiene dos efectos uno positivo (pacta sunt servanda) art. 9.1 LA y otro negativo que impide a los Jueces conocer de las cuestiones sometidas a arbitraje—declinatoria—Art. 11 LA.

Dicho lo anterior es necesario preguntarnos ¿Es posible el arbitraje en materia de arrendamientos urbanos?

El ejecutado puede interesar al Tribunal competente (O.J.) que se suspenda la ejecución presentando caución para responder del principal y los daños y perjuicios.

El O.J. oirá al ejecutante y resolverá sin recurso alguno.

Si se pierde la acción de anulación se alza la suspensión y el ejecutante puede interesar la indemnización de daño y perjuicios Art. 712 LEC.

Si se gana la acción de anulación se alza la suspensión con los efectos de los Art. 533 y 534 LEC.

Art. 46. Excecutur de Laudos extranjeros.

Laudo extranjero es el pronunciado fuera del territorio español.

El trámite—Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 y se proveerá por los trámites recogidos en la LEC.

Disposición Adicional.

La LA será supletoria de la Ley 26/1984 de 19 de julio, General de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Disposición Transitoria.- (Hoy casi sin importancia)

- a) Si la controversia surge antes de la entrada en vigor de la LA se tramita el arbitraje Ley 1988, salvo en lo relativo al convenio arbitral y sus efectos que serán los que se indican LA.
 b) Los laudos dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la LA le será aplicable lo recogido en materia de acción de anulación del laudo y revisión.
 c) En materia de laudos pendientes de ejecución y excecutur a la entrada en vigor LA se regirán por la Ley 1988.

Disposiciones Derogatorias.

Se deroga la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, arbitraje.

Disposiciones finales. Verlas

Tercera.- La LA entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el BOE 26/12/03.

En definitiva, cabe señalar:

Ventajas del arbitraje: rapidez, profesionalidad, especialidad, personalización, confidencialidad y la solución íntegra del conflicto. Económica - No precisa procurador.

Inconvenientes del arbitraje: La resolución en única instancia y la falta de imperium del árbitro.

ANÁLISIS DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos en su Art. 39.5 establece que: "Las partes podrán pactar el sometimiento de los litigios a los tribunales arbitrales de conformidad con lo establecido en la Ley 36/1988 de 5 de noviembre.

Este artículo fue derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

4. - Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia de lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "

En idéntico sentido se expresa la Ley Rituaria al decir que: "Art. 545.2.- Cuando el título sea un laudo arbitral, será competente para su ejecución el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado".

En materia de arrendamientos urbanos y por lo que se refiere a la competencia territorial de juzgado, lo dicho anteriormente parece entrar en colisión con la Ley procesal que establece que serán competentes los tribunales correspondientes al lugar de situación de la finca (art. 52.1.7) prohibiendo el artículo 54 que esta norma competencial pueda ser objeto de alteración mediante la sumisión expresa o tácita de las partes.

El problema radica en determinar si las partes pueden pactar que el lugar del arbitraje sea distinto al del lugar de situación de la finca. La respuesta afirmativa parte del principio general de disponibilidad o libre disposición de las partes de la Ley de Arbitraje (artículo 26.1 L.A.) por ser las partes las que determinan libremente el lugar del arbitraje, sea o no sea el lugar de situación de la finca.

En consecuencia, e incluso respecto de aquellas materias en las que de conformidad con el artículo 54 en relación con el artículo 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no sea posible la sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción, **operará, aunque se refieran a materia de arrendamientos urbanos, la norma especial que prevé este artículo 545 citado, que hemos indicado que es el del lugar donde el laudo de hubiera dictado.**

Pero, ¿y si ese acuerdo no existe? A falta de acuerdo de las partes, (art. 26.1 L.A.) lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

En principio, las circunstancias del caso o la conveniencia de las partes harán que el árbitro, a falta de pacto de las partes, procure dictar el laudo en el lugar de situación de la finca o al menos en la capital o provincia; tanto para facilitar la ejecución forzosa del laudo (art. 8-4 L.A.) como para facilitar el acceso del condenado a la acción de anulación que conoce la Audiencia Provincial del lugar donde se haya dictado (art. 8.5 L.A.) salvo que especiales circunstancias del caso recomienden dictarlo en otro lugar.

En aquellos supuestos en que el laudo se dicte lugar distinto al de situación de la finca, el laudo será válido y serán los Jueces y Tribunales de ese lugar los competentes para conocer de la ejecución forzosa del laudo (que en caso de llevar aparejado lanzamiento se hará por exhorto al Juez de situación de la finca) y de la acción de anulación.

En este orden de cosas, entendemos que salvo que el partido judicial donde esté ubicada la finca sea especialmente lento no creemos que las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes recomienden dictar el laudo en otro lugar que no sea el de situación de la finca, dado que retrasaría, de forma absurda, la toma de posesión del propietario.

La exposición de motivos de la propia LAU anticipa la respuesta al decir en su punto 5 que " En la regulación de los procesos arrendaticios se establece que la competencia para conocer de las controversias corresponde, en todo caso, al Juez de Primera Instancia del lugar donde esté ubicada la finca urbana, excluyendo la posibilidad de modificar la competencia funcional por vía de sumisión expresa o tácita a Juez distinto.

Esto no obsta para recordar la posibilidad de que las partes en la relación jurídica puedan pactar, para la solución de sus conflictos, la utilización del procedimiento arbitral"

Este criterio sustituye la exclusión del arbitraje del derogado artículo 1561 de la LEC de 1881 que atribuía exclusivamente a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las demandas de desahucio.

Sin embargo, este trabajo no entrará a dilucidar si el arbitraje privado se puede pactar entre propietario o inquilino, cuestión que se debe entender resuelta en sentido afirmativo, sino que tratare de dimensionar el convenio arbitral pactado; es decir, qué ocurre cuando surge el conflicto y las partes han pactado solucionarlo vía arbitraje privado. En la respuesta es donde fluyen las dificultades prácticas y las lagunas legales; y la solución muchas veces no está ni en la voluntad del legislador ni en la escasa jurisprudencia existente sino en conjugar toda una serie de factores para conocer las posibilidades reales del arbitraje privado para resolver controversias en campos tan especiales como los arrendamientos urbanos.

Lo que debemos pretender es adecuar el arbitraje privado y el convenio arbitral al conflicto concreto y no el conflicto al arbitraje.

Desde este punto de vista y partiendo de una consideración categórica a favor de la sumisión al arbitraje en los arrendamientos urbanos, incluido el desahucio por falta de pago, es necesario seguir insistiendo en la responsabilidad de los profesionales y de las instituciones arbitrales a la hora de recomendar o incorporar un determinado convenio arbitral al contrato de arrendamiento a fin de que el arbitraje no entre en colisión con la necesaria seguridad jurídica y, sobretodo, con los derechos de las partes, especialmente los del inquilino de los artículos 6 L.A.U. y 22-4 de la L.E.C.

La primera recomendación que puede eliminar posteriores problemas es decidir que el arbitraje sea, en todo caso, de derecho y, de acuerdo con lo estipulado en los artículos 15.1 y 34 de la L.A., que el árbitro o los árbitros sean abogados en ejercicio o personas con experiencia en el campo de los arrendamientos urbanos.

El legislador, en mi opinión, de forma equivocada, permite que las partes pacten que "cualquiera" pueda ser árbitro en derecho, por lo que es preferible que ese pacto sea siempre a más y no a menos incluyendo a personas y juristas que, no siendo abogados, gozan de un indiscutible prestigio e imparcialidad.

PRIMERA CUESTIÓN A ANALIZAR:

LUGAR DEL ARBITRAJE. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA LA EJECUCIÓN JUDICIAL DEL LAUDO

Es totalmente obvio, meridiano y claro cuál es el Juzgado competente territorialmente para dirimir y llevar adelante la ejecución forzosa de los laudos. Y éste no es otro que el "del lugar en que se haya dictado" el laudo arbitral cuya ejecución se pretende aplicando el artículo 8, apartado 4, de la Ley de Arbitraje, que dispone:

- **Que el convenio arbitral no impida la enervación del desahucio.** El arbitraje privado debe ser una herramienta que facilite el uso de los derechos de las partes, especialmente los derechos del inquilino, tanto los sustantivos del artículo 6 de la LAU como los procesales del art. 22-4 de la LEC.
- Clara esta idea el problema puede surgir cuando las partes no han pactado que exista audiencia en virtud de lo estipulado en el artículo 30 de la LA. La LEC otorga un plazo claro en el artículo 22.4 que es con anterioridad a la celebración de la vista, pero si las partes no han pactado audiencia o vista en el procedimiento arbitral, **¿Cuándo expirará el plazo para enervar el desahucio? ¿Podrá enervarse exclusivamente si se pagan las rentas antes del fin del plazo para formular alegaciones o en cualquier momento antes de dictarse el laudo?**

La cuestión que se plantea no es sencilla. Parece, por un lado, exigible a la institución arbitral y al árbitro que establezcan un plazo a fin de que el inquilino conozca el término para poder hacer uso del derecho enervador.

Ese plazo generalmente coincidirá con el plazo concedido al arrendatario para que formule las alegaciones y proponga las pruebas en defensa de sus derechos.

Sin embargo, una aplicación rígida del uso del derecho puede suponer vulnerado. En mi opinión, debe hacerse una interpretación flexible de lo estipulado en el artículo 29.2 de la LA que dice: "salvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho".

Evidentemente, el pago de las rentas con carácter enervatorio supone una modificación y ampliación de la contestación a la demanda arbitral, modificación que debe ser siempre aceptada por el árbitro (salvo que el laudo esté dictado), quien no debe considerarlo jamás improcedente por razón de la demora. Otra cuestión será la imposición de las costas arbitral es en función de dicha demora.

Partiendo del elemento fáctico consistente en que la ejecución del laudo firme es totalmente correcta en derecho. Art. 517 de la LEC

TERCERA CUESTIÓN A ANALIZAR:

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DEL LAUDO VERSUS EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA EN MATERIA ARRENDATICIA

Cuestión sumamente delicada.

En mi opinión supone un vuelco conceptual la ejecución provisional de los laudos respecto de la ejecución provisional de las sentencias aplicado a los arrendamientos urbanos.

Entiendo que, existiendo lanzamiento, el legislador LA ha modificado sustancialmente el criterio pasando del subjetivo de la LEC a uno nuevo objetivo de la LA.

La ejecución provisional de las sentencias regulada en los artículos 524 y siguientes de la LEC establece, entre otras cuestiones, qué sentencias no son ejecutables provisionalmente (art. 525) y cuáles son los motivos de oposición a la ejecución provisional que tiene el ejecutado (art. 528 LEC).

En materia de arrendamientos urbanos, y en concreto, en los procedimientos de resolución de contrato que lleven aparejado un lanzamiento o desalojo del inquilino debemos estar a lo que dispone el artículo 528 LEC a excepción de la resolución de contrato por falta de pago

JURISDICCION ESTEPONA

SEGUNDA CUESTIÓN A ANALIZAR:

EL DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO. LA ENERVACIÓN DEL DESAHUCIO.

En materia de desahucio arrendaticio se ha debatido sobre su arbitrabilidad, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En este sentido, las razones aducidas para sostener la inarbitrabilidad eran básicamente las siguientes:

- a) El carácter especial del procedimiento para los desahucios (art. 38 LAU de 1994, derogado por la LEC).
- b) Por ser imperativas algunas de las normas que regulan los contratos de arrendamientos urbanos. Es decir por el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al arrendatario de vivienda (art. 6 LAU de 1994)
- c) La prohibición de pactos de sumisión a otro Juez que no sea el determinado por las respectivas leyes.

La opinión mayoritaria de la doctrina, que compartimos, se inclina en aceptar el arbitraje privado aplicado a la resolución del contrato por falta de pago de las rentas. Esta afirmación parte del hecho de que la extinción de un arrendamiento, de vivienda y para uso distinto de vivienda, es materia de libre disposición conforme a derecho (art. 2 LA) por lo que no existe obstáculo legal para que pueda someterse a arbitraje privado cualquier controversia sobre la resolución del contrato de arrendamiento.

Sin embargo, se debe reclamar a las instituciones arbitrales que adecuen sus reglamentos o "sus" convenios arbitrales a esta realidad jurídica a fin de evitar que quede al arbitrio del árbitro o en el aire cuestiones tan importantes, por indisponibles, como el derecho a enervar el desahucio, y las recogidas en el Título II de la LAU.

Efectivamente, muchas de las cuestiones estarán resueltas en el propio contrato de arrendamiento pero ante un supuesto de falta de pago de la renta nuestras recomendaciones, para garantizar la tan codiciada seguridad jurídica son las siguientes:

- **Que se pacte un arbitraje de derecho.** Si bien no existe obstáculo legal para que las partes pacten un arbitraje en equidad, es rechazable desde el punto de vista social que un laudo dictado por una persona neófita en leyes pueda resolver un contrato según su leal saber y entender. La jurisprudencia y la experiencia nos dice, por ejemplo, cuándo nos encontramos ante un mero retraso en el pago de la renta, cuándo estamos ante una renta no aceptada por las partes, etc ..., por lo que entendemos que el arbitraje de equidad quebraría las exigencias sustantivas y procesales en perjuicio de las garantías jurídicas.
- **Que el árbitro sea una persona de prestigio.** El artículo 15 de LA permite que las partes pacten que sea árbitro en derecho una persona que no sea abogado en ejercicio. Sin abundar en las críticas que sugiere ese redactado, es recomendable que ese pacto se extienda a ex magistrados, a abogados en ejercicio con una experiencia mínima de 5 ó 10 años, catedráticos de derecho civil o procesal a fin de que el arbitraje no menoscabe los derechos amparados en la propia legislación.

El convenio arbitral y los reglamentos de las instituciones arbitrales deben establecer estos límites.

Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes: a) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por telex. Fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemáticos o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de estos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

Las dudas vuelven a surgir aplicando esta norma a los procedimientos arrendaticios, toda vez que como dice la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de fecha 2 de junio de 2004, rollo de apelación 235/2004, cuando las partes deciden someter sus divergencias a una institución arbitral "no nos encontramos ante un organismo público que tiene la fuerza de la Administración para conseguir la notificación de las resoluciones sino ante una entidad de derecho privado que únicamente puede acudir a los medios ordinarios entre ellos el correo para obtener una notificación de sus decisiones".

Las reglas del artículo 5 LA, si bien son imprescindibles para el correcto funcionamiento del arbitraje privado, deben ser interpretadas con prudencia por las instituciones arbitrales. Previo al procedimiento arbitral será exigible a propietario e inquilino o a sus representantes legales que, al redactar el contrato de arrendamiento, dejen bien claro cuál es el domicilio designado a efectos de comunicaciones, que será generalmente el domicilio o local arrendado, aunque puede ser un número de fax. De igual modo el propio convenio arbitral puede recoger el acuerdo de las partes que deciden que un domicilio determinado o un número de fax concreto sea designado a efectos de las comunicaciones y notificaciones del artículo 5 LA.

El problema puede surgir cuando se intenta la notificación en el domicilio (domicilio arrendado) o fax designado y simplemente se intenta su entrega sin constancia de que la haya recibido. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de la Sala 3ª de 17/11/2003 dispuso que las notificaciones frustradas por la actitud del destinatario se entienden realizadas si se han hecho por correo certificado con acuse de recibo conforme estipula el artículo 59.1 de la Ley 30/1992, en relación con el Reglamento de los Servicios Postales.

Igualmente he de significar que la mayoría de las Audiencias Provinciales (Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de fecha 2 de junio de 2004, rollo de apelación 235/2004; Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de fecha 1 de julio de 2004, rollo de apelación 26/2003; Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de fecha 1 de junio de 2004, rollo de apelación 301/2004; Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de fecha 21 de febrero de 2003, rollo de apelación 1/2003; Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Madrid en auto de fecha 9 de octubre de 2003, rollo de apelación 524/2003) entienden que una notificación de una demanda arbitral o de un laudo se entiende bien realizada cuando, por dos veces, se deja aviso al destinatario y éste no lo recoge, lo que la califica de postura obstativa al igual que cuando existe un doble intento de notificación frustrado voluntariamente por la demandada, o es intentada dos veces, o la falta de efectiva

por entrar en juego el artículo 449.1 y 2 (al consignarse las rentas vencidas y las que vayan venciendo).

Estos artículos marcan el **criterio procesal subjetivo de la ejecución provisional de sentencias** en el sentido de que es el Juez el que en última instancia decidirá si ha lugar a la ejecución provisional cuando la sentencia sea de condena no dineraria (lanzamiento).

La Jurisprudencia, en este sentido, es mayoritaria en materia de impedir el desalojo provisional de un inquilino de un inmueble denegando la ejecución provisional aplicando el 528.2.2ª porque resultaría imposible o de extrema dificultad restaurar la situación anterior a la ejecución provisional.

Evidentemente un desalojo provisional de un inmueble causa un perjuicio de imposible o muy difícil reparación posterior. Pero, en todo caso, es el Juez el que decide, en último término si hay o no hay ejecución provisional y para otorgarla suelen pedir cauciones suficientes o anotaciones registrales.

En cuanto a las rentas vencidas y las que vencen durante la pendencia del recurso de apelación el artículo 449 en sus puntos 1 y 2 se encarga de exigir al apelante tener satisfechas las rentas (y acreditarlo por escrito) para que se admita el recurso de apelación, declarándose desierto el recurso si durante su sustanciación el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje, establece un **criterio procesal objetivo**, dado que será el propio ejecutado el que, al interponer la acción de anulación contra el laudo, decidirá suspender la ejecución provisional del laudo "siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo" (art. 45.1 LA).

La pregunta obligada es si el Juez debe despachar ejecución del laudo, incluido el lanzamiento, en el caso de que el ejecutado no preste caución por las rentas vencidas y las rentas que se venzan durante la pendencia de la acción de anulación.

La respuesta debe ser afirmativa en aplicación de la Ley especial LA que permite al ejecutado suspender la ejecución forzosa del laudo. Por tanto, el Juez no podrá denegar, de oficio, la ejecución de un laudo que condene al inquilino a desalojar el inmueble salvo que éste presente la acción de anulación y preste la caución del art. 45.1 LA).

Cuestión distinta será la cuantificación de los "daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución" que la decide el Juez, tras oír al ejecutante. Puede darse el caso que las partes cuantifiquen en el propio contrato o en el convenio arbitral los daños y perjuicios y cuando se trate de un desahucio por falta de pago acuerden que para suspender la ejecución del laudo esos daños sean el equivalente a la renta de 12 o 18 mensualidades y cuando sea una resolución por expiración del contrato sea la renta de mercado de 12 o 18 meses, por ejemplo.

CUARTA CUESTIÓN A ANALIZAR:

VALIDEZ DE LAS COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Nuevamente la Ley de Arbitraje nos hace reflexionar al redactar en su artículo 5 las reglas sobre notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos.

El artículo 5 dice:

después de la declaración de concurso vinculan al juez de este, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda".

Por todo ello, cabra excepcionar en el arbitraje la ineficacia del pacto arbitral por estar en tramitación un procedimiento concursal, de modo que la solicitud de concurso deberá extenderse pendiente desde la fecha de "interposición de la demanda, si después es admitida" (410 LEC) y esta deberá ser anterior a la presentación de la demanda arbitral (art. 29 LA), puesto que en caso contrario el procedimiento arbitral deberá proseguir hasta el laudo final y lo que en su caso se suspenderá será su ejecución que deberá acumularse al proceso concursal.

La ejecución del Laudo corresponde a los Juzgados de lo Mercantil.-Art. 86. ter. 2.g. LOPJ.

En el proceso judicial: la excepción de litispendencia arbitral

En principio, la mera existencia de un proceso arbitral resulta irrelevante a los efectos de un proceso judicial pendiente, dado que lo único jurídicamente relevante es la existencia de sumisión a arbitraje, dado su efecto negativo, es decir su efecto excluyente de la jurisdicción ordinaria. La pendencia del arbitraje resulta judicialmente irrelevante, puesto que si la sumisión no es válida no impide la intervención de la jurisdicción ordinaria y si esa sumisión fuese válida tan solo puede hacerse valer en el proceso judicial a través de la declinatoria de jurisdicción, y no a través de la excepción de litispendencia. En efecto el art. 11 LA prevé que el convenio arbitral producirá sus efectos negativos (impedir a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitrajes) siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria, puesto que en caso contrario se entenderá que existe renuncia tácita al arbitraje pactado.

Tanto si el proceso arbitral esta pendiente como si no lo esta, en un proceso judicial la sumisión a arbitraje solo puede invocarse a través de una cuestión de falta de jurisdicción, dado que se trata de una cuestión de falta de jurisdicción, como cuida de reseñarnos el artículo 63.1 LEC cuando dispone que "podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros". Por ello, nos remitimos a la regulación de la declinatoria contemplada en los arts. 63 a 65 LEC.

Con todo, el propio art. 11 LA cuida de aclararnos que ni la interposición de declinatoria impide que los árbitros prosigan con el proceso arbitral en trámite, ni la sumisión a arbitraje impide que puedan solicitarse del juez estatal medidas cautelares.

Y en este sentido, como antes hemos apuntado hay dos supuestos excepcionales en los que pueden darse una situación de litispendencia entre juez y arbitro, dado que nuestro ordenamiento admite la concurrencia competencial entre ambos: la adopción de medidas cautelares (art. 722 LEC y art. 23 LA) y a la decisión de las cuestiones impeditivas de la jurisdicción del arbitro (art. 65.2 LEC y art. 22 LA).

En efecto, la concurrencia competencial entre juez y arbitro para adoptar o declarar medidas cautelares durante el proceso arbitral se desprende del art. 722 LEC, en cuyo virtud "podrá pedir al juez medidas cautelares quien acredite ser parte en un proceso arbitral pendiente en España..." así como de lo dispuesto en un sentido similar por el art. 23 LA en el sentido de que "los árbitros a instancia de cualquiera de las partes podrán adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio".

Asimismo, la concurrencia competencial entre juez y arbitro para resolver las cuestiones impeditivas de la jurisdicción del arbitro (existencia, validez y eficacia del convenio arbitral y

notificación le es sólo imputable al ejecutado o si el demandado desatendió los avisos de correos.

EN DEFINITIVA Y A MODO DE CONCLUSIÓN

En mi opinión, y aunque no exista ningún obstáculo legal para que los conflictos derivados de los contratos de arrendamiento, incluidos los desahucios por falta de pago, sean solventados vía arbitraje privado, es recomendable que se cumplan, al menos, los parámetros siguientes:

1. Que sea un arbitraje de derecho.
2. Que los árbitros sean: abogados con experiencia, ex magistrados o juristas de prestigio.
3. Que, a falta de acuerdo de las partes, los árbitros procuren dictar el laudo en el lugar de situación de la finca.
4. Que, a falta de audiencia, el plazo para enervar el desahucio se amplíe hasta la fecha de emisión del laudo.

No hay impedimento legal para que un desahucio por falta de pago o cualquier procedimiento derivado de un contrato de arrendamiento se resuelva en equidad, que se designe árbitro a cualquier persona en pleno uso de sus facultades civiles y que éste dicte el laudo en un lugar a miles de kilómetros del lugar donde esté situada la finca y que además no permita un pago enervador del desahucio transcurrido el plazo de alegaciones. Pero creemos que hacerlo así supondría vulnerar la repetida seguridad jurídica y abocaría, a medio plazo, al fin del arbitraje privado aplicado a los arrendamientos urbanos.

Las instituciones arbitrales deben aprovechar la oportunidad que les brinda la Ley de Arbitraje para aplicar eficazmente este instrumento de solución de conflictos, tanto en la elaboración y recomendación de los convenios arbitrales adecuados a los arrendamientos urbanos como en la designación de los árbitros, quienes deben asumir la responsabilidad de que un laudo que acuerde el lanzamiento es ejecutable aún cuando contra él se interponga la acción de anulación.

Por último, los jueces deberán ejecutar los laudos con la firmeza. Cuando un inquilino no recoge una notificación de un laudo, a pesar de haberse dejado aviso en dos o más ocasiones en el domicilio o local arrendado deberá tener por bien realizada la notificación, por haber sido intentada su entrega en dicho domicilio, y así evitar el uso fraudulento del arbitraje por parte de las partes lo que eliminaría la eficacia del propio procedimiento arbitral.

La declaración de quiebra

Conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 de la Ley concursal, 22/2003, de 9 de julio, "los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedaran sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales". En cambio conforme al segundo apartado del mismo precepto, "los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuaran hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior" (relativos a la intervención de la administración concursal en el proceso pendiente), estableciéndose en el siguiente art. 53.1 del mismo texto legal que "las sentencias y laudos firmes dictados antes o

arbitrabilidad de la controversia) aunque resulta mas discutible, entendemos que se deriva de los dispuesto en los arts. 65.2 LEC y 22 LA. El primero de los referidos preceptos establece que cuando el tribunal que conozca de una cuestión declinatoria "entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado (o por haberse sometido al juicio de árbitros) lo declarara así mediante auto absteniéndose de conocer y sobreyendo el proceso", sin hacer distinción alguna entre la declinatoria por jurisdicción de otro estado o por sumisión a arbitraje, y exigiendo en ambos casos auto motivado (art. 208.2 LEC) en el que el juez deberá examinar si tiene o no jurisdicción para conocer y con ello deberá examinar si corresponde el conocimiento de la demanda a árbitros o no, e incluso exige que en su caso señale ante que órganos deben las partes hacer uso de su derecho a la tutela efectiva.

Por otra parte, no cabe duda que el art. 22 LA atribuye a los árbitros la potestad para decidir sobre su propia jurisdicción, como hemos tenido ocasión de analizar en el capítulo anterior.

Por todo ello, entendemos que en estos dos supuestos, ciertamente excepcionales, cabra plantear ante el juez que conozca de la solicitud de medidas cautelares o de la declinatoria, respectivamente, la excepción de litispendencia con respecto de la misma cuestión planteada ante el arbitro que este conociendo del proceso arbitral del que dimana aquella medida cautelar o aquella cuestión declinatoria. Y una vez mas también aquí, como en la litispendencia que a la inversa puede plantearse ante ese arbitro, el tratamiento procesal que deberá darse a esta excepción de litispendencia es el que contempla el art. 412 LEC en cuanto a su resolución con carácter previo y con base en el principio prior tempore. Y también en este supuesto, deberá aplicarse ese principio conforme a los arts. 410 LEC y 29 LA, de modo que el día a quo en sede arbitral dentro del proceso y en sede judicial la fecha de "interposición de la demanda, si después es admitida".

Arbitraje y Mediación.- Conexiones.-Una primera.

Cuando **las partes** acuden a una solución arbitral para su conflicto **esperan en el fondo en la actuación del árbitro un cierto componente de equidad, de aplicación salomónica de la norma o de los criterios resolutorios**, lo que tendría una cierta relación con la actividad mediadora.

En este punto, es de destacar que la nueva Ley parece orientarse en un sentido contrario, ya que establece una presunción a favor del arbitraje de derecho (art. 34.1), mientras que la de 1988 lo hacía por el de equidad.

Otra segunda

Otra conexión que aprecio entre la mediación y el arbitraje es cuando funciona el llamado "**árbitro de parte**", es decir, cuando en la composición del Tribunal cada parte designa un árbitro y éstos o el Tribunal, un tercero (art. 15.2 b), cabe entender que se hace una actividad mediadora.

Pero la Ley de 2003 no contiene ninguna referencia a la mediación, como tampoco lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siendo así el nuestro una verdadera excepción en los sistemas procesales europeos de reciente reforma donde si ha tenido acogida la mediación.

Málaga, octubre de 2007

sección de derecho de consumidores y usuarios

I. INTRODUCCIÓN

La compraventa de la propia vivienda constituye uno de los actos de mayor trascendencia para la economía familiar y personal, siendo España uno de los países de la Unión Europea en que mayor porcentaje de la población accede a la propiedad de su vivienda (haciendo efectivo el derecho constitucional a una vivienda digna¹). Y es que normalmente, la adquisición de una vivienda se realiza a través de un negocio de carácter oneroso cuyo objeto consiste en la entrega de un inmueble: en este caso una vivienda, un apartamento, un chalet... a cambio de un precio cierto y determinado². Este es el objetivo primordial que persiguen las partes en el contrato de compraventa, que llevado al caso de venta de inmuebles conduce a deducir que el objeto del contrato se cifre precisamente a su adquisición a cambio de una contraprestación de carácter pecuniario.

El objeto de las prestaciones—inmueble, de una parte, precio de otra— van a ser los elementos indispensables para apreciar si el contrato se ha cumplimentado en la forma debida.

Desgraciadamente, la adquisición de un inmueble no siempre resulta satisfactoria. En unos casos porque el inmueble no tiene la calidad que se ha imaginado, en otras ocasiones, el comprador se podrá encontrar con que el precio pactado inicialmente se ha ido incrementando en razón a conceptos que no figuraban inicialmente en el momento de suscribir el contrato, que los metros útiles disponibles de la vivienda no concuerdan respecto a los ofertados, o que existen ciertas anomalías o deficiencias aparecidas con posterioridad a la entrega de la vivienda³.

Normalmente, la resolución de la mayoría de estos problemas tiene mal remedio si se pretende solucionar por la vía amistosa, por lo que, si finalmente el sujeto perjudicado pretende obtener una respuesta satisfactoria no le quedará otra posibilidad que la de proceder judicialmente contra la inmobiliaria o promotora de la vivienda.

En este ámbito, puede decirse que el Derecho del Consumo viene, si no a solucionar plenamente los problemas que puedan surgir si, al menos, a propiciar las bases para obligar a que se facilite al adquirente de una vivienda la información previa que tiene derecho a exigir para que en el momento posterior a la compra no surjan complicaciones generadas por la falta de un desconocimiento notorio sobre lo que se entrega como consecuencia de haber omitido

¹ Dispone el artículo 47 CE que "Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos".

² Sobre la noción de contrato de compraventa vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, arts. 1445 a 1459, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 887 a 907; GARCÍA CANTERO G., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, Tomo XIX, arts. 1445 a 1541, 2ª ed. Madrid, 1991, pp. 19 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª P., *Comentario artículos 1445 y ss. en Jurisprudencia Civil Comentada*, Director M. PASQUAU LIAÑO, Granada, 2000, págs. 2590 y ss.

³ Vid. REYES LÓPEZ, Mª J., *Derecho de Consumo. La protección del consumidor en los contratos de compraventa de vivienda, de arrendamiento de obra y financiación*. Comentarios, Legislación y Jurisprudencia, Valencia, 1993, págs. 59 y ss.; SILLERO CROVETTO, B.; "La protección del consumidor en los contratos de compraventa de vivienda", *El Consultor Inmobiliario*, junio, 2003, págs. 4 y ss.

Protección del consumidor en la contratación inmobiliaria. Derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual

Blanca Sillero Crovetto
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

Carácter también destacado es la onerosidad, por cuanto el contrato supone sacrificio o desplazamientos patrimoniales para cada una de las partes. Es recíproco por cuanto las obligaciones que nacen de él vinculan de este modo a comprador y vendedor y es conmutativo por cuanto la obligación principal que asume una parte se considera en principio como equivalente de la que la otra parte a su vez contrae.

Constituye, la compraventa, el paradigma de los contratos a través de los cuales se realiza el intercambio o comercio de los bienes y de acuerdo con una muy extensa tradición histórica es el contrato que dispone de una más amplia regulación legal. En concreto nuestro Código civil le dedica cerca de 80 artículos, lo que representa un conjunto normativo muy superior al de cualquier otro en tal norma.

Objeto de este contrato pueden ser tanto las cosas corporales como incorpóreas, siempre que:

1. Tengan existencia actual o futura. Cuando nos referimos a cosa futura entendemos por tal la cosa que se espera según el curso natural de los acontecimientos pero que no existe en el momento de la celebración del contrato⁴.
2. La cosa ha de ser determinada⁵.

En el régimen del Código civil se determinan como efectos de la compraventa el nacimiento para el vendedor de la entrega de la cosa encontrando algunas referencias a problemas de cabida y calidad cuando la compraventa tiene por objeto bienes inmuebles⁶ y por otro se refiere a la obligación de pagar el precio.

Este breve repaso a la normativa de la compraventa en el Código civil hay que relacionarla con otros datos muy relevantes, tales como los principios generales de la "autonomía de la voluntad", por cuanto supone la posibilidad que tienen las partes de estipular el contenido de este contrato con todas aquellas cláusulas que consideren oportunas siempre que no sean contrarias a la ley, moral y orden público, principio reflejado en el artículo 1255 Código civil;

la presentación de la documentación necesaria para que el adquirente pueda hacerse una idea precisa de lo que adquiere⁴.

II. LA PROTECCIÓN DISPENSADA AL ADQUIRENTE DE UN INMUEBLE EN EL CÓDIGO CIVIL

Como punto de partida y, como advierte MORRÓN MARTÍN⁵, las relaciones que se establecen entre empresarios inmobiliarios, ya sean promotores o constructores, y consumidores son relaciones amparadas por el Derecho civil, y como tales deberían encontrar fundamentalmente su marco jurídico en el Código Civil, escasamente preocupado por la protección de adquirentes en el marco de una contratación en masa, en la que ni siquiera pensó el legislador del siglo XIX, por lo que su regulación, inspirada en la libertad y autonomía de la voluntad del individuo basó su preocupación en afirmar la validez de cuantos pactos las partes tuviesen a bien introducir con las únicas limitaciones derivadas de la ley, la moral o el orden público (artículo 1255 Cc).

Dispone el artículo 1445 Código civil, que "por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto en dinero o signo que lo represente".

De esta definición se deduce que se trata de un contrato consensual, en el sentido que se perfecciona por el mero consentimiento y productor de obligaciones. Así en el artículo 1450 se señala al efecto que es obligatorio para ambos contratantes si hubieran convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni una ni otra se hayan entregado. Luego otorga a las partes el derecho a exigir el cumplimiento de sus recíprocas obligaciones.

El consentimiento no precisa de ninguna forma⁶.

⁴ 1992 (RJ 1992/8402), 15 noviembre 1993 (RJ 1993/8914), 14 junio 1997 (RJ 1997/4657), 31 diciembre 1997 (RJ 1997/9409) y 21 marzo 1998 (RJ 1998/1511).

⁵ "No hay inconveniente legal ni jurisprudencial en calificar de venta de cosa futura a la de una vivienda todavía en construcción, que el comprador adquiere exclusivamente en función de su terminación como tal vivienda habitable y en la que el vendedor asume la obligación de entregarla al comprador una vez que ha terminado", STS 30 de octubre de 1989 (RJ 1989/6976), análogo pronunciamiento en STS 1 de julio de 1999 (RJ 1992/6498) y 11 de junio de 1998 (RJ 1998/4679). La compraventa de cosa futura, es en cualquier caso un auténtico contrato, sin que quepa su calificación como precontrato, promesa de venta u opción de compra, SSTS 11 de octubre de 1988 (RJ 1988/7410), 22 de marzo de 1993 (RJ 1993/2529) y 9 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8974). El caso de adquisición de un piso en un edificio que se va a construir, se trata de un negocio atípico que carece de regulación legal por lo que hay que prestar especial atención a los pactos de las partes para fijar su contenido", Vid., ROGEL VIDE, C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975.

⁶ Indica la STS 9 de enero de 1995 (RJ 1995/340), que "cosa determinada no es sinónimo de cosa individualmente concretada, sino que el requisito de la determinación del artículo 1445 CC ha de ser entendido en el sentido del artículo 1273 del mismo". Respecto de las peculiares problemáticas que en materia de compraventa inmobiliaria plantea esta exigencia de determinación (o "determinabilidad"), SSTS 18 de mayo de 1982 (RJ 1982/2579) y 2 de junio de 1992 (RJ 1992/4978).

⁷ GARCÍA CANTERO, G., *Comentario del Código civil*, Tomo II, artículos 1469 a 1471, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 921 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Mª P., *Comentario artículos 1469 a 1472, en Jurisprudencia Civil...cit.*, págs. 2624-2646.

⁴ Vid., *Guía sobre la compraventa de vivienda*, www.mju.es: "se trata de una información a los efectos de divulgar lo más posible el conocimiento de los aspectos prácticos de la legislación en materia de compraventa de viviendas y préstamos hipotecarios, que quiere alcanzar la mayor difusión posible de esta normativa jurídica, y ofrecer a los ciudadanos y empresas un fácil acceso a la misma". Por otra parte, y de conformidad con lo previsto en el Plan de Actuación en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, adoptado por la 13ª Conferencia Sectorial de Consumo, y el protocolo para su ejecución, la 102 reunión de la Comisión de Cooperación de Consumo, acordó la aplicación de dicho Plan al sector de la vivienda—compraventa de vivienda nueva, libre y de protección oficial—, concretándolo en el análisis e informe del Pliego de Condiciones Particulares o Contrato de Compraventa, el Anexo, las Condiciones Generales de dicho contrato y las Estipulaciones Especiales en las Viviendas de Protección Oficial (VPO) sometidas a examen por la Asociación de Promotores Constructores de España (APCE). Emite el 3 de abril de 2001, y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 10, 10 bis y disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los consumidores y Usuarios, el informe de *Compraventa de vivienda nueva (libre de protección oficial)*, www.consumo-inc.es

⁵ "La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas" en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, págs. 322-323.

⁶ Dispone el artículo 1450 del Código civil que "La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni una ni el otro se haya entregado", son muchas las sentencias del TS en las que se afirma el carácter consensual que, a la vista del mencionado precepto, puede atribuirse al contrato de compraventa: entre otras muchas, SSTS 20 octubre 1990 (RJ 1990/8029), 21 noviembre 1991 (RJ 1991/8475), 22 octubre

Si bien fueron pocas las sentencias en este sentido, incluso el propio TS tampoco siguió siempre la misma línea, ejemplo es la **S de 2 de diciembre de 1986** (RJ 1986/7191) que se pronunció en sentido contrario al apuntado en los anteriores fallos, al entender que las peticiones de la parte actora eran injustificadas dado que el contrato especificaba correctamente todos los elementos que configuraban la vivienda y las circunstancias que rodearon su adquisición, manteniendo el criterio de que el comprador que conoció la realidad del bien antes de comprar no puede reclamar aunque las características calidades del bien difieran del proyecto técnico y la oferta publicitaria.

III. LA PROTECCIÓN DISPENSADA AL ADQUIRENTE DE UN INMUEBLE EN LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La promulgación de la Constitución y en concreto la redacción del artículo 51 al proclamar que: "Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos", posibilita la redacción en 1984 de la L.Def.Consum.¹¹, en la que el legislador concienzudo de la necesidad de que el consumidor o usuario sepa lo que adquiere, cómo lo adquiere y para que lo adquiere, ha consagrado "el derecho a la información" como un derecho básico de los consumidores en el artículo 2^o, cuyo contenido se regula básicamente en los artículos 13 a 17. Por otra parte reconoce como derecho básico "la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales", lo que desarrolla en los artículos 7 a 12^{is}. Así, declara el TS en **S de 19 de diciembre de 1994** (RJ1994/8539) que "la vigente Ley general protege a este sector tan numeroso de población, en puridad es toda ella un desarrollo minucioso de la protección que en germen se halla en los artículos 1255 y 1258 del Código Civil o, que previenen contra las infracciones de la buena fe, del uso, de la ley y del orden público, sin olvidar que la Ley citada en el mismo sentido establece (artículo 7 y exposición de motivos) que los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados como esa Ley establece, pero "aplicándose además. Lo previsto en las normas civiles y mercantiles", como es procedente, puesto que esa legislación especial como dice su preámbulo "no excluye ni suplanta otras actuaciones y desarrollos normativos derivados de ámbitos competenciales cercanos o conexos", como es la competencia de la Jurisdicción civil para aplicar las normas de Derecho Privado contenidas en los Códigos civil y de Comercio". En similar sentido se pronuncia la **STS de 22 de julio de 1994** (RJ1994/6581) al afirmar que "Indudablemente la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de consumidores y usuarios, es una especie de Ley "marco" que tiene el carácter de principio general informador

¹¹ En desarrollo del artículo 51 de la Constitución el 19 de junio de 1984 se aprobó la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
¹² Vid. LASARTE, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 1ª ed., Madrid 2003; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.; *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, artículo 2, Madrid, 1992, págs. 45 y ss.
¹³ Preceptos que esquemáticamente determinan la existencia de tres fases de protección: 1ª Fase previa a la celebración del contrato: artículos 8 y 9.
 2ª Fase intermedia referida a la protección en la realización del contrato, artículos 10, 10 bis, 10 ter y 10 quater.
 3ª Fase posterior a la formalización del contrato: artículo 11.

y por otra parte, la "igualdad de las partes" a la hora de contratar, sin que la voluntad de una prevalezca sobre la otra y que supone la libertad de contratación.

Ante este panorama legislativo que procede de 1889 nos tenemos que preguntar: ¿está protegido el comprador de una vivienda que realiza un contrato de compraventa sobre bienes inmuebles, vivienda, que lo realiza "en plano"? ¿es cierta la igualdad de las partes que consagra el Código civil entre un comprador de vivienda y una promotora? ¿puede efectivamente introducir el adquirente de la vivienda todas aquellas cláusulas que estima oportunas a sus intereses? O lo que es lo mismo ¿protege el Código civil al adquirente de una vivienda?

Como veremos, la promulgación de la Constitución en 1978 y en particular al consagrar su artículo 51 la protección de los legítimos intereses económicos, el panorama va a cambiar, sin embargo hay que advertir que ya desde 1977 encontramos Sentencias del Tribunal supremo que se anticipan en cierto modo en el reconocimiento de los derechos y garantías a los consumidores que consagrarán la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

En particular la **STS de 27 de enero de 1977** (RJ 1977/121) propició que se empezase a entender que el contenido de la publicidad se integraba como una cláusula más exigible al vendedor, en este caso se ampara al comprador de piso que "al prestar su conformidad en la adquisición" se atenía a los "folletos impresos de propaganda difundidos por la empresa constructora" pues "siendo muy parco el contrato privado suscrito por las parte en elementos descriptivos es lógico que el adquirente del piso se atenga a los prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de la buena fe acogido en el artículo 1258 Código civil al creerlos con todo fundamento, vinculantes para la empresa"¹⁰.

Con la **STS de 8 de febrero de 1981** (RJ 1981/535) esta línea se afianza, para un supuesto en que una empresa constructora de una urbanización de viviendas se negó a ceder a los compradores de los pisos la piscina y las zonas verdes y deportivas vendiéndoselas a la urbanización colindante al entenderlas incluidas en el contrato porque "la pública oferta de venta lo comprendía" y "lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido con base a esa oferta y por tanto en manera alguna supone interpretación errónea del artículo 1253 en relación con el 1283, ambos del Código civil".

Posteriormente la **STS de 20 de marzo de 1982** (RJ 1982/1386) sigue la misma línea al fallar a favor de los recurrentes que habían adquirido un piso con la correspondiente parte alcuota de sótano que se presumía, por los términos en los que el contrato estaba redactado, que estaba destinado a garaje. Al entenderse que en aquella superficie era imposible aparcarse un vehículo el tribunal se pronuncia a favor de los adquirentes ya que la pretensión de los actores había sido la de adquirir una plaza para poder aparcarse su vehículo, como parecía ser la finalidad descrita en la propaganda aunque no figurara expresamente en el contrato la referencia a la palabra garaje.

Los argumentos utilizados en todas estas decisiones por el TS fueron la buena fe y la confianza negocial generada entre las partes de forma que daba pie para entender que el anunciante-ofertante quedaba vinculado.

¹⁰ El TS en **S de 5 de enero de 1980** (RJ 1980/19) condenó a rebajar el precio por la venta de un chalet que al poco de ser adquirido perdió las maravillosas vistas al mar, concepto en virtud del cual se había aumentado precisamente el precio de la venta.

En el momento previo al de la entrega de una vivienda adquiere un papel relevante el artículo 8 de la L.Def.Consum., que indica lo siguiente¹⁷:

"La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido. La oferta, promoción y publicidad falsa o engañosa de productos, actividades y servicios será perseguida y sancionada como fraude. Las asociaciones de consumidores estarán legitimadas para iniciar e intervenir en los procedimientos legalmente habilitados para hacerlas cesar".

Este artículo establece unos condicionamientos mínimos a los que deben ajustar las promotoras o inmobiliarias la forma de promocionar y ofertar sus inmuebles. Se exige que la descripción, tanto de la ubicación del inmueble como de sus características principales, resulten acordes con las cualidades reales. De igual manera, también se prohíbe desempeñar actividades publicitarias que creen falsas expectativas sobre las cualidades del objeto que se compra y extralimitar la finalidad y la utilidad inicialmente previstas respecto al rendimiento de todas y cada una de sus instalaciones.

Así, pues, si la publicidad o la oferta de la vivienda incluye entre sus modalidades de promoción la alusión a instalaciones, aparatos... u otros servicios que por sí solos pueden constituir un reclamo suficiente para que un adquirente se incline por la adquisición de aquella vivienda en lugar de otras que no ofrezcan las mismas características, sin que posteriormente en el contrato se especifique más sobre aquellas condiciones, ni se nieguen ni se amplíen las mismas, es razonable pensar que desde el momento en que la oferta publicitaria fue determinante para al adquisición, que el contenido de aquella oferta vincula al oferente a conceder lo en ello prometido, dado que posteriormente el comprador no recibió ninguna aclaración en sentido opuesto.

En este sentido, hay opiniones que se inclinan por entender que esta disposición tiene carácter imperativo. Hasta el extremo de llegar a afirmar que el perjudicado queda legitimado para reclamar posteriormente si en el momento de realizar la promoción de las viviendas se hubieran incluido referencias a instalaciones, garantías o condiciones que posteriormente no se respetan en la entrega de la vivienda, dado que el oferente ha quedado previamente vinculado por el contenido de su publicidad y, en consecuencia, obligado al cumplimiento de lo

¹⁷ Constituyen su antecedente las Resoluciones del Consejo de la Comunidad Europea de 14 de abril de 1974 que aprueba el anexo del programa preliminar de la CEE para la protección e información de los consumidores, así como la de 19 de mayo de 1981 que aprueba el anexo segundo al mismo programa, al proclamar que la presentación y promoción de bienes o servicios no debe ofrecerse de forma que engañen directa o indirectamente a quienes se los ofrecen, sin que ninguna forma de publicidad deba inducir a error al potencial adquirente del producto. Este precepto fue modificado por la Disposición Final 1ª de la Ley 23/2003, de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo y de nuevo por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

del ordenamiento, como previene su artículo 1.1^o, de acuerdo con el artículo 53 CE y en desarrollo de su artículo 51.1^o y 2^o, y cuya regulación se extiende, primordialmente, al comercio interior y al régimen de autorización de productos comerciales, cual se desprende del número 3, artículo 51 y corrobora el inciso final, número 1, artículo 1 de la Ley, al decir que "en todo caso, la defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 CE y con sujeción a lo establecido en el artículo 139".

El reconocimiento de estos derechos se traslada en particular al supuesto de adquisición de vivienda, y es que la compraventa de la propia vivienda como ya advertimos, constituye uno de los actos de mayor trascendencia para la economía familiar y personal. El reconocimiento de la vivienda como producto de uso ordinario y generalizado, y su utilización mediante compra o arrendamiento como una actividad no solo cotidiana, sino de gran trascendencia en la vida del consumidor, hacen que la L.Def.Consum. haga mención expresa a la misma en tres de sus preceptos:

- Artículo 5.2j)¹⁴.
- Artículo 13.2.
- Disposición Adicional Primera, V, número 22¹⁵.

En ellos se tratan aspectos como: los materiales de construcción, la documentación a entregar en la adquisición de la vivienda y gastos que no se pueden repercutir en el comprador.

1. Integración de la oferta y de la publicidad en el contenido contractual. Análisis del artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁶

Se trata de analizar como se integra la oferta publicitaria de una vivienda dirigida al público en general en el contenido contractual.

¹⁴ Precepto que determina que: "En todo caso, y como garantía de la salud y seguridad de las personas, se observará: j) La prohibición de utilizar en la construcción de viviendas y locales de uso público materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas".

¹⁵ Esta Disposición ha sido redactada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación que establece que: "A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: 22. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa correspondan al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas, la estipulación de que el comprador ha de cargar con los costos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipoteca para financiar su construcción o su división y cancelación)".

Es de resaltar por otra parte la afirmación que encontramos en la **STS de 2 de diciembre de 1996** (RJ 1996/9044) exponiendo que "la doctrina jurisprudencial ha experimentado una nueva orientación en virtud, principalmente, de la Directiva Comunitaria 93/13 de 5 de abril. Esta nueva doctrina jurisprudencial, que ya aparece suficientemente consolidada, parte de considerar que tales cláusulas establecidas en contratos de adhesión en los que los consumidores no han tenido intervención directa en su establecimiento, ni ha podido modificarlas, son notoriamente abusivas para sus intereses, alterando la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones", también en, **SSTS 25 de noviembre de 1996** (RJ1996/8400) y **30 de noviembre de 1996** (RJ 1996/8457).

¹⁶ Vid. ALGABA ROS, S., "La publicidad y la defensa de los consumidores en la compra de bienes inmuebles".

actores al contratar y, de otras en la existencia de defectos y omisión de detalles en la obra entregada, respecto del ofrecido públicamente y contemplado en las memorias descriptivas y contratos correspondientes".

Señala **S. de 21 de julio de 1993** (RJ 1993/6176) la "obligación exclusiva de la promotora a finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los artículos 1096, 1101, 1256 y 1257 Código civil y artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios" y en la **S de 8 de noviembre de 1996** (RJ 1996/8260), tras recoger el resumen jurisprudencial que antecede se afirma que, "bien por la vinculación de la oferta, ya por Ley General de Protección de Consumidores y usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos no se puede prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos, ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria con intención de atraer clientes (artículo 2 del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964, de 11 de junio), constituyendo una clara oferta, de forma que al no entenderlo así se infringen los artículos 57 C.Com., el principio de la buena fe y artículo 1283, debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuere necesario apreciar engaño o fraude, extremos que no requiere el art. 8 de la Ley de Consumidores, máxime si la interpretación se relaciona con el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril".

Manifiesta el TS en **S. de 15 de junio de 2000** (RJ 2000/4418) que "efectivamente el artículo 221 de la Ley Hipotecaria es evidenciador del principio de publicidad registral como instrumento informativo de su contenido. Pero ello no es óbice para la plena vigencia de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, en cuanto como garantía de los derechos que recoge la misma, declara la decisiva influencia de la publicidad sobre los compradores a la hora de contratar, por lo que puede prescindirse de lo ofertado públicamente, y a que la publicidad ha de reputarse integrada en los contratos. Y en el presente caso del *factum* de la sentencia recurrida se desprende como consecuencia de una actuación hermenéutica lógica —y por lo tanto inatacable casacionalmente— que el demandante y ahora recurrido fue inducido a error en su compra en un elemento tan importante cual es, dado el clima de Sevilla, la existencia de una piscina en la segunda fase de la urbanización. Por ello, se vuelve, a repetir, la parte recurrente al publicitar aunque sea indirectamente o por lo menos subliminalmente, la construcción como elemento común, de una piscina en la urbanización, y no llevar a cabo la misma causó un perjuicio a la parte compradora, susceptible de ser indemnizado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13 a 17 de dicha Ley de 19 de julio de 1984".

Por último, desestima el TS en **S. de 18 de marzo de 2002** (RJ 2002/2848) y respecto a la denuncia de que de la letra de la legislación relativa a consumidores y usuarios se evidencia la inexistencia de disposición alguna referente a la obligación de los promotores de vivienda de entregar los Proyectos Básicos y de Ejecución a los adquirentes de aquélla, porque "el artículo 8 de la L.Def.Consum. establece que la oferta publicitaria en cuanto a las prestaciones propias y las condiciones o garantías ofrecidas, se integra en el contrato y pueden exigirse aunque no figuren expresamente incorporadas al mismo; a su vez, el art. 13.2 de este ordenamiento se refiere expresamente a las viviendas que se transmiten e impone el deber de la entrega de la documentación completa suscrita por el vendedor (el promotor, en su caso)...; y el Decreto de 21 de abril de 1989, se refiere a las informaciones a suministrar respecto a la

que en ella se menciona. En caso contrario, se permitiría el engaño con la finalidad de obtener unos beneficios sobre una situación inexistente"¹⁸.

Resulta indudable que el artículo 8 da un paso adelante en la protección al consumidor al referirse a que los extremos contenidos en la publicidad, promoción y oferta pública se incorporarán al contrato de forma especialmente favorable para éste, lo que obliga a interpretar que en el caso que se llegara a demostrar la existencia notoria de contradicciones entre las cláusulas de un contrato suscrito para adquirir una vivienda y la oferta, publicidad o promoción realizada de modo genérico sobre la misma, resultando las condiciones particulares menos favorables para el consumidor, prevalecerá el contenido de la publicidad, la promoción o la oferta sobre el del contrato. Por el contrario, si el contenido de éste es más favorable que las cláusulas ofertadas al público en general según el criterio establecido en este último¹⁹.

Encontramos en torno a la interpretación del artículo 8 de la L.Def.Consum., entre otros, los siguientes pronunciamientos del Tribunal Supremo: así en la **S. 7 de noviembre de 1988** (RJ 1988/8419) se afirma que "la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el artículo 8 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y origina responsabilidad en el oferente".

La **S. 20 de enero de 1989**, toma en cuenta la descripción de calidades que el promotor-constructor hizo en los anuncios publicitarios y declara que ello "permite al juzgador concluir de una parte, en la decisiva influencia de la publicidad" sobre la conducta y voluntad de los

¹⁸ En este sentido FONT GALÁN, J.I., "El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, Madrid, 1990, págs. 77 y ss. Sin embargo, y como pone de manifiesto REYES LÓPEZ, Mª J., esta afirmación merece ser objeto de algunas matizaciones, derivadas una de las peculiaridades de la vivienda, otras dependiendo de la entidad vendedora, por cuanto la influencia de la publicidad no en todas las situaciones es similar, dependerá de las condiciones en que se adquiere el inmueble, no es lo mismo adquirir una vivienda ya terminada en la que están a la vista las calidades, acabados... que adquirir sobre plano. Por otra parte hay que diferenciar si el contrato especifica las peculiaridades y características que definen la vivienda o si el contrato poco específica acerca de aquellas calidades prometidas. Tampoco tiene la misma trascendencia jurídica la publicidad que se emite al público en general, que la oferta en particular, *El Derecho de Consumo...*, op. cit., pp 62 y ss.; CALAIS-AULROY, J., "Publicidad comercial y condiciones generales de los contratos", *Estudios de Consumo*, número 16, 1989, págs. 51 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, M., "Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor", *Estudios de Consumo*, número 16, 1989, págs. 57 y ss. En la **Sentencia Audiencia Provincial de Córdoba, de 17 de julio de 1998** (AC 1998/1361) y respecto a la falta de entrega de la vivienda con los conductos de aire acondicionado ofertados, se afirma que "en efecto, si bien la recepción de la vivienda sin objeción alguna supone "prima facie" aceptar que la misma se ajusta a la contratada, es decir, que ha cumplido con la obligación principal del vendedor y procede pagar el precio, ello sólo implica el desplazamiento al comprador de la carga de la prueba del cumplimiento defectuoso pero no puede tener la virtualidad de excluir posteriores reclamaciones por cuanto la doctrina de los actos propios requiere, entre otros extremos, actos conyugentes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica... concluyendo que han de ejecutarse la instalación de conductos de aire acondicionado en la vivienda, pues la empresa vendedora no entregó al adquirente todo lo que en su actividad publicitaria (memoria de calidades) había anunciado como objeto del contrato de compraventa".

¹⁹ Respecto a la valoración que cabe hacer de la preoferta contractual, vid. PASQUAU LIAÑO, M., "Comentario al artículo 8 de la L.C.U.", en *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1992, págs. 158 y ss.; "Sobre la tutela jurisdiccional civil de los intereses colectivos de los consumidores", *Directiva*, número 1, 1990, págs. 125 y ss.

con conocimiento de causa, sin embargo, es común que el consumidor se mueva en este ámbito con una clara desinformación al respecto, en parte motivada por la inexperiencia y en parte, por una cierta falta de interés en indagar y profundizar en las medidas protectoras de las que dispone en este periodo, desinterés que, lógicamente, se torna en un interés supremo en la fase de consumación o cumplimiento del contrato.

Juega un papel sumamente relevante el deber de información que corresponde al vendedor y que queda recogido en el artículo 13 de la L.Def.Consum.²³

Su primer párrafo está formulado de manera imprecisa, sin dirigirse a ningún sujeto en particular, comprendiendo, el deber genérico de información al indicar que:

"Los bienes, productos y, en su caso, los servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, llevar consigo o permitir de forma cierta y objetiva una información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales..."

Establece este primer párrafo, con carácter general, el derecho a la información que tiene todo usuario o consumidor, sin precisar quienes son las personas o entidades a las que corresponde facilitar la información requerida²⁴.

Centrando el supuesto en la adquisición de viviendas, el párrafo 2º del artículo 13, dispone que:

"En el caso de viviendas cuya primera transmisión se efectúe después de la entrada en vigor de esta Ley, se facilitará además al comprador una documentación completa, suscrita por el vendedor, en la que se defina, en planta o escala, la vivienda y el trazado de todas sus instalaciones, así como los

²³ Vid. ORTI VALLEJO, A., "Comentario al artículo 13 de la L.C.U. en "Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", op. cit., págs. 398 y ss.; REYES LÓPEZ, Mª J., "Derechos básicos de los consumidores y usuarios reconocidos en la legislación vigente, en especial el derecho a la protección de la salud y seguridad, el derecho a la información y a la educación; el derecho a la representación y audiencia en consulta", *Revista General de Derecho*, número 564, septiembre 1991, págs. 7079 y ss.

Nuevo contenido del artículo 13 como consecuencia de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la protección de los consumidores y usuarios: "1) Las condiciones esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas y la información sobre el precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares."

"2) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato." "3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita." "4. Las oficinas y servicios de información y atención al cliente que las empresas pongan a disposición del consumidor deberán asegurar que éste tenga constancia de sus quejas y reclamaciones. Si tales servicios utilizan la atención telefónica o electrónica para llevar a cabo sus funciones deberán garantizar una atención personal directa, más allá de la posibilidad de utilizar complementariamente otros medios técnicos a su alcance".

²⁴ REYES LÓPEZ, Mª J., *El derecho de Consumo...*, op. cit., pág. 75. Respecto a este derecho básico de los consumidores, indica ORTI VALLEJO, A. que el derecho a la información se desarrolla en dos fases: en una se tiene como objetivo primordial la formación del consentimiento mientras que la segunda está orientada a la conclusión del contrato. En ambas etapas se puede constatar como finalidad primordial suministrar la información suficiente al usuario o consumidor a fin de que pueda conformar su voluntad sobre la adecuación del producto o servicio a sus necesidades, facilitándole todos los datos necesarios para ello, "Comentario al artículo 13 de la L.C.U.", op. cit., págs. 379 y ss.

oferta, promoción y publicidad que se realizase para la venta o arrendamiento de viviendas en el marco de una actividad empresarial o profesional²⁰.

La promulgación del artículo 8, no viene según REYES LÓPEZ, a introducir grandes innovaciones respecto a la protección dispensada al adquirente de una vivienda con anterioridad a la L.Def.Consum. Tampoco se puede considerar un precepto excesivamente novedoso debido a que su aplicación no implica una alteración sustancial respecto a la integración del contenido de la publicidad en aplicación de los preceptos del Código civil, en este sentido, se basa en las normas generales contenidas en dicho cuerpo legal sobre eficacia e interpretación de los contratos y las compatibiliza con las previstas en la Ley General de la Publicidad y las de protección al consumidor²¹. No debemos olvidar que según el artículo 1258 del Código Civil, los contratos, una vez perfeccionados, obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a aquello que, de acuerdo con su naturaleza, venga exigido por la buena fe, el uso o la Ley. Tenor que permite ampliar el contenido del contrato a todas las expectativas generadas por las partes, haciendo concurrir este criterio con la interpretación de los artículos 1282 y 1281 del Código Civil, que consagra el criterio de que en el ámbito contractual debe prevalecer lo que expresamente han dicho las partes siempre que resulte acorde con su intención.

2. Estudio del artículo 13 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Dentro del *iter* contractual que en esta obra tratamos, adquiere una importancia extrema la llamada fase prenegociación ya que en ella se sientan las bases de lo que posteriormente se convertirá en materia de contrato y por tanto adquirirá carácter vinculante para las partes. Lo deseable sería, como estima MORRÓN MARTÍN²², que el sujeto contratante se obligue

²⁰ En esta Sentencia y aunque como se afirma "no es de aplicación al supuesto del debate, por su interés, se trae aquí a colación, que respecto a la documentación de la obra ejecutada, el artículo 7 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, dispone que "una vez finalizada la obra, el proyecto, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones debidamente aprobadas, será facilitado al promotor por el director de la obra para la formalización de los correspondientes trámites administrativos", con la indicación de que "a dicha documentación se adjuntará, al menos, el acta de recepción, la relación identificativa de los agentes que han intervenido durante el proceso de edificación, así como la relativa a las instrucciones de uso y mantenimiento del edificio y sus instalaciones de conformidad con la normativa que sea de aplicación" y la precisión de que "toda la documentación a que hacen referencia los apartados anteriores, que constituirá el *Libro del Edificio*, será entregada a los usuarios finales del edificio", de manera que la LOE ha creado la figura jurídica del Libro del Edificio, que operará como documentación registrada de la historia constructiva y la determinación de su alcance jurídico, que no es fijada en el texto legal, corresponderá a los Tribunales cuando surjan contiendas sobre su naturaleza jurídica, calificación, vinculación y efectividad para las partes interesadas, especialmente respecto a los adquirentes finales del edificio, a los que se les entregará obligatoriamente un ejemplar de dicho Libro en un momento coincidente con el de la transmisión del inmueble". Impone la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre del Ruido, que "El Código Técnico de la Edificación, previsto en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, deberá incluir un sistema de verificación acústica de las edificaciones".

²¹ *Derecho de Consumo...*, op. cit., pág. 71.

²² "La protección del consumidor en la compraventa y arrendamiento de vivienda", en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 1999, pág. 324.

catastral no acredita el exacto cumplimiento de aquel deber con el contenido y alcance que se ha señalado, tanto más en cuanto se trata de un aspecto jurídico de especial relevancia en el contrato, que puede dificultar la ulterior inscripción registral del bien comprado, cuya subsanación originará en principio importantes gastos, que el comprador no tiene por qué soportar, e incluso impedir el perfeccionamiento del contrato, tratándose además de datos registrales que deben obrar en poder del vendedor y de normal uso en quien se dedica por razón de su profesión a mediar en el tráfico inmobiliario, por cuya razón cobra sus honorarios. La información no ha de limitarse a los aspectos físicos de la compra, sino que debe alcanzar a los jurídicos —como el Registral, el urbanístico, servidumbres, etc.—, de igual importancia al menos que los primeros, que deben ser conocidos por el vendedor y que desde luego tienen que ser conocidos por quien profesionalmente interviene en el contrato. El incumplimiento de este deber informativo, de asesoramiento o consejo más bien, no puede ser soslayado con la razón de recaer sobre datos que constan en un Registro de contenido público, como es el de la Propiedad, al que tiene libre acceso el comprador, pues la obligación de que se trata de un bien de carácter personal, que por Ley se impone a quien fabrica el producto o presta el servicio, y con aquél carácter debe ser cumplido, y no puede ser obviado por figurar aquéllos en determinadas oficinas de ese carácter, al igual que tampoco lo puede ser por el envío a documentos que no se faciliten al tiempo de celebrarse el contrato, como se dice en el artículo 10 L.Déf.Consum., y con este criterio corrector mediante el auxilio constitucional debe interpretarse el artículo 1483 del código Civil desde esta perspectiva informativa. Y, con igual argumentación, tampoco ha de tenerse por cumplido específico ese deber, aun cuando el comprador declara conocer el estado físico y jurídico del inmueble en el escrito que firmó, pues, negándose su cumplimiento como hace el actor en su demanda, al vendedor, al experto inmobiliario a quien profesionalmente encomendó la venta, correspondía probar que la información había sido solicitada con la extensión requerida por el caso concreto, y esta prueba no se ha trasladado al pleito⁴³.

3. Información respecto al precio de venta

Problema que adquiere especial importancia en el momento de adquirir una vivienda es la manera de hacer frente al pago y las modalidades previstas a tal efecto.

Su regulación se encuentra contenida de forma muy pormenorizada, con la de los gastos, en el artículo 6º, al disponer que:

“1. La información debe ser especialmente detallada y clara en cuanto al precio de la venta, debiéndose tener a disposición del público y de las autoridades competentes una nota explicativa que contendrá los siguientes datos:

1º. Precio total de la venta que se entenderá que incluye en su caso, los honorarios del Agente y el IVA, si la venta se halla sujeta a este impuesto. En todo caso se indicará la cuota que corresponda por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados⁴⁴.

⁴³ En las *Condiciones Generales del Contrato de compraventa de vivienda nueva* informadas favorablemente por la Comisión de Cooperación de Consumo en los términos ya expuestos, aparece respecto del **Precio**, los siguientes términos: “El precio de la vivienda y anexos, en su caso, objeto del presente contrato, así como su forma de pago es la que figura en el contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales:
La parte vendedora repercutirá a la parte compradora, que a su vez vendrá obligada a pagarlo, el importe íntegro del Impuesto sobre el Valor Añadido que grava las percepciones anticipadas y la entrega de la vivienda objeto del presente contrato. La repercusión se realizará sobre la base de la contraprestación total. Dicha repercusión se efectuará a medida que se produzca el devengo del impuesto, es decir para los pagos anticipados anteriores a la entrega de la vivienda en el momento de cobro de cada de ellos y por los importes efectivamente percibidos. La parte de impuesto correspondiente al resto de la base

1. Copia de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda y de la cédula urbanística o certificación acreditativa de las circunstancias urbanísticas de la finca, con referencia al cumplimiento de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización u ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.
2. Estatutos y normas de funcionamiento de la comunidad de propietarios⁴¹, en su caso, así como información de los servicios y suministros de la comunidad. Si la Comunidad ya estaba funcionando se facilitará un extracto de las cuentas y obligaciones de la vivienda.
3. Copias de las autorizaciones legalmente exigidas para la construcción de la vivienda, así como de la licencia o acto equivalente para la utilización y ocupación de la vivienda, zonas comunes y servicios accesorios.
4. Información en cuanto al pago de tributos, de todas clases, que graven la propiedad o utilización de la vivienda.
5. Modalidad en que está prevista la forma del contrato y sus condiciones generales, haciendo constar que el comprador no soportará los gastos derivados de la titulación que legalmente corresponda al vendedor.
6. El conocimiento sobre el contenido de los artículos 1280.1 y 1279 del Código Civil, relativos a la interpretación de los contratos.
7. El derecho a la elección de Notario que corresponde al consumidor⁴².
8. Cuando se trate de primera transmisión se hará constar el nombre y el domicilio del arquitecto y el nombre o razón social y domicilio del constructor.
9. En el caso de que la vivienda, zonas comunes o elementos accesorios no se encuentren totalmente edificados se hará constar con toda claridad la fecha de entrega y la fase en que en cada momento se encuentra la edificación.

La **SAP de Zaragoza (Sección 5ª) de 11 de diciembre de 1998** (AC 1998/2449) y para el supuesto de un comprador de una determinada vivienda que reclama del vendedor, y del agente inmobiliario a través del cual se materializó la venta, la cantidad que entregó como señal a cuenta del precio definitivo y las que tuvo después que satisfacer al Registro de la Propiedad **para adquirir definitivo conocimiento de la situación registral de la finca**, pues estaba constituida por tres fincas registrales independientes, sin que en ninguna de las tres constara la construcción de las características que se compraba y donde los demandados fundamentalmente afirman en su defensa que esa información se proporcionó al entregar cierta documentación catastral y un reportaje fotográfico de la finca en cuestión, se *declara* “en contra del criterio que ha seguido la sentencia del juzgado que la reclamación actora debe prosperar. Es claro que la entrega de unas fotografías o de cierta documentación

Información sobre cargas de la vivienda.
Información sobre el pago de los tributos.
Transcripción de los artículos 1278 y 1280.1º, del Código Civil.
⁴¹ Respecto al contrato en el que “el vendedor exclusivamente facilitó unos estatutos que rigen la vida del complejo, pero sin ofrecer referencia detallada alguna al concreto apartamento sobre el cual se definía la cuota de multipropiedad que se adquiría (sólo se refiere él como apartamento 205, piso 2º, puerta 5), dispone la **SAP de Baleares (Sección 3ª) de 9 de octubre de 1997** (AC 1997/2084), que se trata de un contrato que infringe las normas de protección al consumidor”.
⁴² Declara la **SAP de Baleares (Sección 3ª) de 9 de octubre de 1997** (AC 1997/2084) respecto de la cláusula en la que “los gastos de la escritura son del comprador y el Notario lo designa el vendedor, que “si no chocante si manifiesta una situación de preeminencia de éste”.

Estas indicaciones implican la prohibición de incluir, según dispone el artículo 10, cláusulas que, entre otras:

- A) No reflejen con claridad u omitan, en los casos de pago diferido, la cantidad aplazada, el tipo de interés anual sobre los saldos pendientes de amortización y las condiciones de amortización de los créditos concedidos y las cláusulas que de cualquier forma faculten al vendedor a incrementar el precio aplazado durante la vigencia del contrato.
- B) Impongan un incremento del precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales efectivas que puedan ser libremente aceptadas o rechazadas por el comprador o arrendatario con independencia del contrato principal. A tales efectos:
 1. Las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsible en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca⁴⁵.
 2. Las reformas que propongan los adquirentes serán asimismo objeto de formalización documental que contendrá la descripción del contenido y las repercusiones concretas que graven el precio; así como el plazo de entrega que se hubiese pactado⁴⁷.
- C) Supongan repercusión al comprador de fallos, defectos o errores administrativos o bancarios que no se les sean directamente imputables.
- D) Impongan en la primera venta de viviendas, la obligación de abonar los gastos derivados de la preparación de la titulación que por Ley o por naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipoteca para financiar su construcción su división o cancelación)⁴⁸.

⁴⁴ En lo que al **Proyecto de obra y modificaciones** concierne, dispone el mencionado el Informe que: “La parte vendedora se reserva el derecho de efectuar en las obras, las modificaciones que oficialmente le fuesen impuestas por la autoridad competente, así como aquellas otras que vengan motivadas por exigencias técnicas o jurídicas puestas de manifiesto durante su ejecución, en tanto no supongan una alteración significativa del objeto de este contrato. Tales modificaciones, cuando sean motivadas por causas diligentemente no previsible, deberán contar con la aprobación del adquirente si conllevan modificación del precio. En tales supuestos, la parte compradora autoriza a la parte vendedora para que, en su caso, y antes de la entrega, pueda modificar la declaración de obra nueva y división de propiedad horizontal del edificio, para adecuar los títulos a la nueva realidad física”. Además “en el caso de que tales modificaciones supongan una alteración significativa del objeto del contrato o del precio, la parte compradora podrá optar por resolver el contrato con devolución de las cantidades anticipadas a cuenta”.

⁴⁵ En cuanto a las **Modificaciones propuestas por el comprador**, se prevé, lo que sigue: “Cualquier modificación o reforma propuesta por el comprador y aceptada por el vendedor será, asimismo, objeto de formalización documental que contendrá sucinta descripción de su contenido y las concretas repercusiones que tengan en el precio y en el plazo de entrega”.

⁴⁸ Dispone el artículo 1455 Código Civil que: “Los gastos de otorgamiento de escritura serán de cuenta del vendedor, y los de primera copia y los demás posteriores a la venta serán de cuenta del comprador, salvo pacto en contrario”.

2º. Forma de pago⁴⁴. En el caso de preverse aplazamiento se indicará el tipo de interés aplicable y las cantidades que corresponderá abonar por principal e intereses y fecha de vencimiento de unos y otros.

- 3º. Medios de pago admisibles para las cantidades aplazadas.
- 4º. Si se prevé la subrogación del consumidor en alguna operación de crédito, no concertada por él, con garantía real sobre la propia vivienda, se indicará con claridad el Notario autorizante de la correspondiente escritura, fecha de ésta, datos de su inscripción en el Registro de la Propiedad y la responsabilidad hipotecaria que corresponde a cada vivienda, con expresión de vencimientos y cantidades⁴⁵.
- 5º. Las garantías que deberá constituir el comprador por el precio o la parte del mismo aplazado.

2. En la nota explicativa se hará constar que del importe total de la venta se deducirán las cantidades dadas a cuenta por el adquirente antes de la formalización de la adquisición”.

imponible se devengará y repercutirá a la puesta de la vivienda en poder y posesión del adquirente, en cuyo momento el comprador efectuará el oportuno pago.
En el caso de que se produzca modificación de los tipos impositivos, el precio final, incluido IVA, pactado en el contrato será modificado en la cuantía que resulte de aplicar los tipos vigentes en la fecha de devengo. En ningún caso será aplicable el interés de demora por impago de las diferencias que, pudieran resultar de la modificación de los tipos impositivos si el vendedor no ha instrumentado con antelación suficiente y notificado al comprador, el pago de tales diferencias”.

⁴⁴ Respecto a la **Forma de Pago**, se incorporan las presentes condiciones generales, según el Informe de la Comisión de Cooperación de Consumo: “La forma de pago es la que figura suficientemente detallada en el contrato al que se incorporan las presentes condiciones generales:
- La cantidad pendiente a la entrega de llaves se abonará a la parte vendedora por el comprador en efectivo, cheque bancario o por transferencia a la cuenta bancaria que al efecto designe la parte vendedora. En el supuesto de que el comprador opte en este contrato por no subrogarse en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito por el vendedor, éste se obliga a facilitar a aquél cuanta documentación sea precisa para la formalización por el comprador de un crédito hipotecario y a acreditar en el momento de entrega de llaves y elevación del contrato de compraventa a escritura pública, haber cancelado aquél préstamo, debiendo proceder a inscribir la cancelación.
- Tanto en el supuesto de no obtenerse la conformidad de la entidad financiera a la subrogación del comprador en la garantía hipotecaria y en la obligación personal derivada del préstamo, como en el caso de la no obtención del crédito hipotecario solicitado, la parte compradora se obliga a pagar a la parte vendedora el total importe previsto para dicho préstamo en el plazo de desde la notificación al comprador de la denegación del préstamo, y en todo caso, hasta el momento de la entrega de llaves y cuando sea requerida para ello tras la terminación de las obras. El incumplimiento de esta obligación será causa de resolución del presente contrato a instancia de la parte vendedora. No obstante, el comprador podrá optar por la resolución del contrato, en el momento en que conozca la no conformidad de la Entidad financiera con la subrogación o la no concesión del préstamo solicitado, con devolución de todas las cantidades entregadas a cuenta en el mismo plazo previsto en el párrafo anterior.
- El resto del precio pactado será satisfecho en las condiciones establecidas en el repetido apartado correspondiente del Pliego de condiciones Particulares”.
⁴⁵ En materia de **Subrogación en el préstamo hipotecario suscrito por la parte vendedora**, se incorporan en el mencionado Informe las siguientes cláusulas relativa a:
- Contenido y alcance de la subrogación.
- Constitución y modificaciones de la hipoteca constituida.
- Repercusión de gastos por no subrogación o demora.
- Seguro de incendios.

- De información a los consumidores y usuarios respecto a los derechos y deberes que le asisten al amparo de la L.Def.Consum., sobre aspectos generales del procedimiento registral, requisitos para la inscripción, recursos contra la calificación, etc.
- De denegar la inscripción de las cláusulas abusivas.
- De control de la información general.

Con todas estas medidas se intensifica la información que permitirá al consumidor conseguir una correcta formación de su voluntad a la hora de contratar la adquisición de una vivienda.

VI. BREVES REFLEXIONES FINALES

El análisis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en lo que a la adquisición de vivienda se refiere, así como, del Real Decreto 515/1989, nos permiten afirmar que tales normas sirven para intensificar el apoyo al sujeto más desasistido en las relaciones contractuales, que en este caso es el adquirente de vivienda, a fin de asegurar el justo equilibrio entre las contraprestaciones de las partes, y procurar que el objeto del contrato quede perfectamente fijado desde su origen, evitando futuras reclamaciones sobre el objeto, los servicios pactados y las condiciones generales. Constituyen ambos cuerpos legales una prueba más del protagonismo que está tomando el Estado en la regulación de ciertos ámbitos que tradicionalmente han sido reducto de la iniciativa privada, lo que también se pone de manifiesto, con la promulgación de la Ley de Ordenación de la Edificación, que responde a la finalidad de establecer el marco general en el que pueda fomentarse la calidad de los edificios, así como el compromiso de fijar las garantías suficientes a los usuarios frente a los posibles daños, como una aportación más a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Sin embargo, en nuestros días, la realidad nos demuestra que resulta imprescindible garantizar a los consumidores una adecuada protección jurídica y dotarles de los apropiados mecanismos de información sobre sus derechos y obligaciones y sobre sus posibilidades de elección, cuando se trata de realizar uno de los actos de mayor trascendencia económica familiar y personal, como es la compraventa de la propia vivienda.

garantizará a cualquier persona interesada la información que le sea requerida, durante el horario habilitado al efecto, en orden a la inscripción de derechos sobre bienes inmuebles, los requisitos registrales, los recursos contra la calificación y la minuta de inscripción".

A) Notarios⁵¹

Según el artículo 1 Reglamento Notarial, los Notarios "tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar". El artículo 147 del mismo cuerpo legal precisa que el Notario, "sin mengua de su imparcialidad, insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella".

La función asesora del Notario se ha destacado por todos los autores que han analizado la profesión notarial⁵², y junto al asesoramiento que conduce a una determinada configuración de la relación contractual que queda reflejada en el documento, existe también un asesoramiento autónomo, que según RODRIGUEZ ADRADOS, no necesita la previsión de una ulterior actuación documental, pues se extiende al estudio y consejo sobre las más variadas situaciones jurídicas⁵³.

La función asesora del Notario, profesional del Derecho, se complementa con el aspecto funcional, puesto que los Notarios son a la vez profesionales del Derecho y funcionarios públicos, dice el artículo 1 del Reglamento Notarial.

B) Registradores de la Propiedad y Mercantiles

La disposición Adicional Segunda de la LCGC modifica los artículos 222⁵⁴, 253⁵⁵ y 258⁵⁶ de la Ley Hipotecaria, imponiendo a los Registradores de la Propiedad una triple obligación:

⁵¹ La Disposición adicional vigésimo cuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de octubre del 2000, estableció la integración de los notarios y los corredores de comercio en un cuerpo único de notarios dependientes del Ministerio de Justicia. Los miembros del cuerpo único de notarios ejercen las funciones que hasta la fecha de entrada en vigor de dicha disposición venían realizando los notarios y los corredores de comercio colegiados. El desarrollo reglamentario de la norma legal se llevó a cabo mediante el RD 1643/2000, de 22 de septiembre y por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de septiembre de 2000. Por tanto, a partir del 1 de octubre de 2000, no cabe hablar de corredores de comercio, al haber sido integrados en un único cuerpo con los notarios, por lo que quedan sin contenido las previsiones que respecto a la función de aquéllos contenía el precepto que comentamos.

⁵² Vid., PAU y CURIEL, *op. cit.*, pág. 889; RODRIGUEZ ADRADOS, "El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", *R.D.N.*, enero-marzo, 1980, págs. 311 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, "En tomo a la función notarial", *AAMN*, t. II, 1950, pág. 367.

⁵³ "El Notario.", *cit.*, pág. 350.

⁵⁴ Dispone el artículo 222, apartado 7, Ley Hipotecaria, "Los Registradores en el ejercicio profesional de su función pública deberán informar a cualquier persona que lo solicite en materias relacionadas con el Registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la soliciten".

⁵⁵ Según el apartado 1 del artículo 253 de la Ley Hipotecaria, "Al pie de todo título que se inscriba en el Registro de la Propiedad pondrá el Registrador una nota, firmada por él, que exprese la calificación realizada, y en virtud de la misma el derecho que se ha inscrito, la persona a favor de quien se ha practicado, la especie de inscripción o asiento que haya realizado, el tomo o folio en que se halle, el número de finca y el de la inscripción practicada, y los efectos de la misma, haciendo constar la protección judicial del contenido del asiento. Asimismo se expresarán los derechos que se han cancelado como menciones o por caducidad, al practicar la inscripción del título".

⁵⁶ Establece el artículo 258, apartado 1 de la Ley Hipotecaria que "El Registrador, sin perjuicio de los servicios prestados a los consumidores por los centros de información creados por su colegio profesional,

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 47 de la Constitución reconoce a los españoles el *derecho a una vivienda digna y adecuada*¹ e impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones necesarias y de establecer las normas pertinentes para hacer efectivo ese derecho. El artículo 47 se incardina dentro del Capítulo Tercero del Título Primero de la CE, que lleva por rúbrica "de los principios rectores de la política social y económica". Estamos por tanto, ante un derecho básico, consagrado al más alto nivel normativo, si bien no es un derecho fundamental *stricto sensu*, es decir, no forma parte de ese grupo escogido y de especialísima protección que es el de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título Primero, artículos 14 al 29. Protección que se plasma en la posibilidad de su directa invocación ante los tribunales, mediante un procedimiento especial y sumario de tutela de estos derechos y en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. En cambio, tratándose de los principios recogidos en el Capítulo 3º, en el que se incardina el derecho a la vivienda, dice el art. 53.3 CE que sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.

El mandato constitucional del art. 47 ha de verse complementado con otro de los principios básicos informadores del ordenamiento jurídico, como es el de *defensa de los consumidores y usuarios del art. 51* (al fin y al cabo, el adquirente es consumidor de un producto de primera necesidad, como es la vivienda).

De ese modo, la compra de la vivienda y la financiación de ese negocio jurídico a través del préstamo bancario con garantía hipotecaria se erige en un acto de gran trascendencia jurídica y económica. El cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato exige al prestatario un esfuerzo económico considerable cuyo cumplimiento ocupará, a buen seguro, gran parte de su vida, habida cuenta de los cada vez más amplios plazos de amortización que se establecen para las operaciones de préstamo hipotecario destinadas a la adquisición de vivienda.

II. FINANCIACIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA VIVIENDA: EL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Por lo que se refiere al mercado español, tradicionalmente se ha afirmado que España es un país de "propietarios" de inmuebles. El mercado español es —a diferencia de otros mercados europeos— un mercado con una clara y marcada tendencia a la propiedad, en el que los ciudadanos optan prioritariamente por la adquisición en propiedad de su vivienda desechando otras formas alternativas de utilización de la vivienda tales como el arrendamiento. Esto obedece a que sociológicamente está muy enraizado el hecho de adquirir en propiedad la vivienda que habitamos. Tanto es así, que si en algunos países como Alemania o Suiza, un 50 o 60% del censo de viviendas están alquiladas, en nuestro país difícilmente, dependiendo

¹ Del mismo modo la Constitución europea recoge, dentro del capítulo dedicado a los derechos fundamentales, una mención específica a la vivienda. Así, declara: "Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales" (Art. II-94-3).

Protección al consumidor en la compraventa de viviendas y su financiación: derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual, en el ámbito de la contratación bancaria

María Mateos Ferres
Abogado
Directora Servicios Jurídicos Ausbanc Consumo

el bien hipotecado y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido.

1. Normativa básica

A) Normativa específica sobre transparencia en los préstamos hipotecarios

A los meros efectos de introducción, señalaremos que, por clara influencia de la legislación francesa que data de 1979, nuestro legislador decidió en 1994, y con base en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, dictar una norma tuitiva de los legítimos intereses de los titulares de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda. Así nació la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

En este sentido, el art. 48.2 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas han de prever. La mencionada Orden de Transparencia hace uso de esa habilitación concedida al Ministro de Economía y Hacienda, para garantizar la adecuada información y protección de los prestatarios, otorgando especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, pues, como señala el Preámbulo de la Orden, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas. La Orden pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión de las implicaciones financieras del préstamo que finalmente vaya a concertar.

Esta norma tiene tres límites de aplicación:

- se exige que se trate de un préstamo hipotecario y que la hipoteca recaiga sobre una vivienda
- que el prestatario sea una persona física
- y que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 150.253,03 euros (25 millones de pesetas). Evidentemente, este límite cuantitativo ha de ser objeto de crítica, teniendo en cuenta el precio medio de la vivienda sobre todo en las grandes ciudades. La reducción de la protección que presta la norma que implica en la práctica ese límite excluye la eficacia de la Orden para un gran número de operaciones de préstamo que deberían estar amparadas por ella.

B) Normativa general sobre préstamos con garantía hipotecaria

Como legislación sustantiva básica que regula el contrato de préstamo por un lado y el derecho real de hipoteca por otro, tenemos: **Código Civil** (artículos 1740 y siguientes), **Ley Hipotecaria** y **Reglamento Hipotecario** de 14 de febrero de 1947, B.O.E. núm. 106 de 16 de abril de 1947, y como adjetiva la nueva **Ley de Enjuiciamiento Civil**, Ley 1/2000 de 7 de enero, publicada en el B.O.E. de 8 de enero de 2000 en cuanto al procedimiento de ejecución hipotecaria, (en adelante L.E.C.).

Amén de la ya reiterada **Ley 26/1988 de 29 de julio** sobre *Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*, **Ley 2/1981 de 25 de marzo**, de *Regulación de Mercado Hipotecario*,

de la Comunidad Autónoma en cuestión, se alcanza el porcentaje del 10%. Las razones son muchas y muy variadas, partiendo de la mencionada conciencia social y terminando por las escasas medidas de fomento del alquiler y, en cambio, las repetidas reducciones fiscales por la compra de vivienda, entre otros muchos factores.

Si a esa conciencia social unimos el esfuerzo económico notable que para cualquier ciudadano medio implica la compra de su vivienda, que generalmente le imposibilita para un pago en efectivo de la vivienda, comprenderemos la frecuencia con que se suscriben en España préstamos con garantía hipotecaria y, por ende, la importancia notoria, podríamos calificarla incluso de capital, que este tipo de financiación tiene en nuestro sistema bancario-financiero, como medio más idóneo, y a su vez más utilizado, de financiar la adquisición de la misma.

Ahora bien, ¿qué es el préstamo hipotecario, desde un punto de vista jurídico? En este tipo de préstamos nos encontramos en realidad ante dos negocios jurídicos: por un lado, el contrato de préstamo, y por otro, la constitución del derecho de hipoteca en garantía de la devolución del préstamo.

El préstamo es uno de los típicos contratos del tráfico bancario y viene definido en el artículo 1.740 del CC, a cuyo tenor

"Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelve, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo.

El comodato es esencialmente gratuito. El simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar intereses"

Evidentemente, aunque el interés no es un elemento esencial del concepto legal del préstamo, sí es obvio que la realidad en los préstamos bancarios es el devengo de intereses. De este modo, el interés viene a ser la contraprestación que percibe la entidad de crédito por la entrega del capital del préstamo, a los que habrán de añadirse las comisiones y gastos pactados.

El contrato de préstamo se ha venido configurando tradicionalmente por la doctrina como un contrato real, en cuanto que se perfecciona con la entrega del capital que constituye la obligación del prestamista, así como también es un contrato de carácter unilateral, pues origina obligaciones sólo para una de las partes, el prestatario, quien deberá devolver la suma prestada con los correspondientes intereses que se pactasen.

En cuanto a la hipoteca, se trata de un derecho real de garantía que recae sobre un bien inmueble; en el caso de los préstamos para adquisición de vivienda, normalmente la hipoteca recae sobre la vivienda objeto de la compra. Con la constitución de la hipoteca, el acreedor, la entidad prestamista titular de ese derecho de garantía, se asegura el cumplimiento de la obligación del prestatario mediante la facultad de realización del valor del inmueble hipotecado inherente a ese derecho, enajenando el bien y percibiendo el producto de la enajenación forzosa a través del procedimiento de ejecución establecido en la ley. Por todo lo dicho, podemos dar la siguiente definición de los préstamos con garantía hipotecaria: **son aquellos préstamos en los que, además de la responsabilidad personal del prestatario, incorporan un derecho real de garantía y de realización del valor que recae sobre bienes inmuebles, asegurando el cumplimiento y la satisfacción forzosa de un préstamo o crédito mediante la concesión al acreedor de la facultad de realización del valor, enajenando**

ver incrementada la protección de sus derechos, cuanto más en relación a servicios de uso común y generalizado como son los prestados por entidades bancarias. En ese sentido, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispone en su art. 2.2 que los derechos de los consumidores y usuarios serán protegidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. En desarrollo de este precepto legal, el Real Decreto 1507/2000 atribuye el carácter de servicio de uso común a los "servicios bancarios y financieros".

2. La protección del consumidor en el proceso de financiación de la adquisición de la vivienda

El proceso de adquisición de una vivienda y financiación de la misma no suele ser una situación esporádica que se solvente de forma rápida y puntual, sino que se extiende a lo largo del tiempo, lo que conlleva la necesidad de que la protección al consumidor se mantenga a lo largo de todo el proceso mediante un ordenamiento tuitivo que ofrezca soluciones para el consumidor que le amparen tanto en la fase precontractual, como en la puramente contractual y postcontractual.

Siguiendo el contenido de la Orden de Transparencia de 1994 y para una mayor claridad expositiva pueden distinguirse distintas fases o etapas en el proceso de contratación de un préstamo hipotecario para adquisición de vivienda:

- una fase preparatoria o previa a la suscripción del contrato, en la que juega un papel principal tanto la publicidad como los deberes de información que pesan sobre la entidad,
- la fase de otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario,
- y las incidencias posteriores a la contratación que pueden acontecer durante la vida del préstamo.

A) Fase precontractual o de actos preparatorios

En términos de defensa precontractual, el mayor valor lo van a desarrollar las normas que tratan de garantizar la transparencia de mercado y la adecuada información al consumidor. Sólo un consumidor bien informado puede elegir el producto que mejor conviene a sus necesidades y puede efectuar una contratación inteligente. Aunque esta necesidad de información es predicable en general de cualquier consumidor, en el caso del comprador de una vivienda, un bien esencial y de primera necesidad, el requisito de una información completa, clara, veraz, transparente y gratuita, adquiere su más alta cuota. En esta línea encontramos dos elementos básicos y fundamentales cuya concurrencia y adecuación son imprescindibles en el proceso de financiación de la vivienda:

LA PUBLICIDAD

Como primer elemento determinante en esta fase previa a la suscripción de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria hay que destacar la PUBLICIDAD. Prácticamente cualquier mensaje publicitario en el sector financiero puede afectar al comportamiento económico de los destinatarios de la publicidad y las decisiones o las expectativas derivadas del mismo siempre tienen repercusiones económicas. Por esta razón, en los casos de publicidad financiera debe exigirse el estricto cumplimiento de las normas generales en materia publicitaria,

Real Decreto 685/1982 que la desarrolla, **Orden de 12 de diciembre de 1989**, B.O.E. del 19 de diciembre, *sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito*, **Circular del Banco de España 8/90 de 7 de septiembre**, B.O.E. del 20 de septiembre 1990 y sus consecutivas modificaciones sobre *transparencia de las operaciones y protección a la clientela*²; así como la **Ley 2/1994 de 30 de marzo**, B.O.E. del 4 de abril de 1994 sobre subrogación y novación modificativa, vienen a completar la normativa básica del préstamo hipotecario junto a la antes citada **Orden de 5 de mayo de 1994**, B.O.E. del 11 de mayo de 1994.

Por otro lado, los préstamos hipotecarios celebrados por las entidades de crédito son típicos contratos de adhesión, esto es, contratos uniformes cuyo contenido se establece de forma unilateral por las entidades y que es impuesto a la parte prestataria sin posibilidad de negociación del clausulado del contrato. Por esta razón, han de respetar las exigencias derivadas de la normativa especial de protección de los consumidores. Particularmente, será de aplicación a estos contratos el **art. 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios**³ (recientemente modificado por Ley 44/2006, de *Mejora de la protección de los consumidores y usuarios*) y la prohibición de introducir cláusulas abusivas. Dice este precepto que:

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas abusivas. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

La intervención normativa en este ámbito de las relaciones jurídico-privadas ha ido examinada a equilibrar en lo posible la balanza, de manera que los consumidores puedan

² Resulta importante señalar que en un intento de codificar en sólo texto la normativa tuitiva sobre transparencia, las disposiciones en aplicación de la Orden ya citada de 5 de mayo de 1994, se han incorporando a la Circular 8/90 del Banco de España, principalmente por la Circular 5/94 de 22 de julio del Banco de España. Dicha incorporación es tan absoluta que incluso los anexos VII y VIII, de la modificada Circular 8/90 rezan en sus títulos de la siguiente forma:

- Anexo VII: Folleto informativo sobre préstamos hipotecarios sujetos a la Orden de del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994.

- Anexo VIII: Tipos de referencia oficiales del Mercado Hipotecario. Definición y forma de cálculo.

Con posterioridad se han dictado igualmente otra serie de normas aplicables a la reiteradamente mencionada transparencia del mercado hipotecario, de las que ha de destacarse la Circular 3/2001 del Banco de España, de 24 de septiembre (BOE 9 de octubre) modificando la norma sexta bis en el sentido de permitir la entrega de la oferta vinculante al prestatario por medios electrónicos, y modificando el anexo VII en relación con el folleto informativo.

³ Ley 26/1984, de 19 de julio.

zación. En toda publicidad autorizada expresamente deberá constar la expresión *Registrado en el Banco de España con el n.º*, o su abreviatura *RBE n.º*.

3.- La publicidad deberá presentar al público, con claridad, precisión y respeto de la competencia, las *características de la oferta financiera*, debiendo contener una *descripción suficiente* del producto ofertado, que muestre los aspectos más significativos del mismo y, en particular, su *coste o rendimiento efectivo (TAE) mediante un ejemplo representativo*.

Es preciso en cualquier caso distinguir entre dos categorías de mensajes publicitarios sobre los productos bancarios, y en particular, de los préstamos hipotecarios, en tanto en cuanto cada una de ellas conlleva el cumplimiento de los distintos requisitos legales que han quedado señalados:

- En primer lugar, la publicidad puede ser *genérica*, entendido por tal aquella que no hace referencia de forma explícita o implícita en su mensaje al coste o rendimiento para el público de un determinado producto (p.e. aquella que no dice nada sobre el tipo de interés, comisiones, plazo...). Esta categoría de publicidad financiera, aunque no está sometida a requisitos legales específicos, exige el cumplimiento de los preceptos que regulan la publicidad engañosa en las normas generales de publicidad que señalábamos (LGP, LGCU e incluso Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal), en aras a evitar los mensajes de mero impacto publicitario basados en exageraciones desproporcionadas, así como la omisión de características esenciales de los productos objeto de la publicidad, sobre la base de que si bien en estos casos la publicidad no es sinónimo de información, tampoco es lícito que sea sinónimo de desinformación.
- En segundo término, la publicidad financiera puede ser *específica*, entendiéndose por tal la que hace referencia, explícita o implícita, al coste o rendimiento para el público de un determinado producto ofrecido por una entidad bancaria o financiera, en cuyo caso es exigible el estricto cumplimiento de la normativa sectorial aplicable (Norma novena de la Circular 8/1990 del Banco de España).

Para finalizar a este respecto, podemos hacer alusión a algunos casos de publicidad ilícita que se observan con cierta frecuencia en los anuncios realizados por las entidades de crédito en la práctica:

- aquellos que omiten el ejemplo representativo de la TAE, utilizando para su cálculo el plazo en el que realmente se suelen contratar los préstamos que se anuncian y no los plazos máximos que la entidad esté dispuesta a ofrecer. Lo que suele ocurrir en la práctica es que algunas entidades solo ponen el porcentaje de la TAE y hacen caso omiso del ejemplo. Otras, incluyen un ejemplo que no puede calificarse de representativo, como por ejemplo, el supuesto en que el cálculo de la TAE se efectúa en base al plazo máximo que el banco está dispuesto a ofrecer (30 ó 40 años) ya que así se diluyen en el tiempo las comisiones y gastos pagados al comienzo del préstamo, obteniéndose una TAE menor que si el cálculo se efectúa teniendo en cuenta el plazo habitual por el que se suele contratar la operación, normalmente 15 ó 20 años.
- Aquellos referidos a préstamos con cuotas fijas, pero con tipo de interés variable, en los que no debe omitirse esta última circunstancia, ya que en otro caos se potencia la idea de la seguridad que proporciona una cuota fija durante toda la vida del préstamo que no es cierta en este tipo de préstamos, pues si los tipos de interés suben se alarga el plazo de amortización y si bajan éste se acorta.

sobre todo en lo que se refiere a la utilización de publicidad engañosa, además del respecto de las especiales exigencias impuestas por la normativa sectorial del mercado financiero.

La normativa general en materia publicitaria, que protagoniza la Ley General de la Publicidad⁴ califica como ilícita la publicidad engañosa, definiéndose la misma como aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar a su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que *silencia datos fundamentales* de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios. También es ilícita la publicidad que *infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad* de determinados productos, bienes, actividades o servicios (artículo 3 LGP).

Por otro lado, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios reconoce en su artículo segundo, 1, d), como *derecho básico* de los consumidores, "La *información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*"

Por su parte, el artículo octavo del mismo texto legal, exige que la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajusten a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad y de acuerdo con el principio de conformidad con el contrato regulado en su legislación específica. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas, son *exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*.

Pero más específicamente, existe una regulación de la publicidad financiera o bancaria en las siguientes normas, comprendida básicamente por la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre *Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito* (Artículo 48.2, d), la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre *tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito* y la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre *transparencia de las operaciones y protección de la clientela* (Norma Novena) que ha venido a definir el marco regulatorio de la publicidad de los productos bancarios y, por ende, de los préstamos con garantía hipotecaria:

1.- Se considera publicidad toda forma de comunicación por la que se ofrezcan operaciones, servicios o productos financieros, o se divulgue información sobre ellos, cualquiera que sea el medio que se utilice: prensa, radio, televisión, filmaciones, carteles interiores o exteriores, vallas, folletos, circulares, etc, incluyendo las circulares y cartas personalizadas que formen parte de una campaña de difusión, así como la que se incluya en las páginas propias de Internet de la entidad de crédito, o la que pueda figurar en las páginas de terceros que ofrezcan los servicios de una entidad de crédito.

2.- Se incide en la necesidad de *autorización previa* de la publicidad que realicen las entidades de crédito sobre operaciones, servicios o productos financieros en la que se haga referencia, explícita o implícita, a su coste o rendimiento para el público. Esa autorización corresponde al *Banco de España*, salvo en el caso de que el ámbito de difusión de los anuncios no exceda del de una Comunidad Autónoma, en cuyo supuesto corresponde a ésta la autori-

⁴ Ley 34/1988, de 11 de noviembre.

habría lugar a la apertura por parte del Banco de España del pertinente expediente sancionador a tenor de lo previsto en la Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. Recordar también las potestades de supervisión y sanción que ciertas Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos estatutos de autonomía, tienen en relación con Cajas de Ahorro y Cooperativas de su ámbito territorial.

- *Falta de entrega al solicitante del folleto informativo*: En cuyo caso resulta de aplicación lo meritado en el párrafo anterior.
- *Falta de datos para identificar el coste de la operación*: En principio los folletos deben contener todos los elementos que hemos enumerado anteriormente. Si bien estos documentos están sujetos a su previa entrega al Banco de España, podría ocurrir que maliciosamente se oculten datos en perjuicio del usuario. La Orden nos remite al respecto al régimen sancionador previsto en la Ley 26/1984 sobre publicidad falsa y engañosa para los casos en que los folletos no cumplan los requisitos establecidos en su anexo I.

Por mor de la Circular nº 3/2001, de 24 de septiembre (BOE 9 octubre) que modifica la Circular 8/90 del Banco de España, Anexo VII, en relación con el folleto informativo se establece un nuevo párrafo introductorio:

"De conformidad con lo previsto en el art.40 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, se hará constar expresamente, el derecho que asiste al cliente de proponer, y **elegir de mutuo acuerdo con el prestamista**, la persona o Entidad que vaya a llevar a cabo la tasación del inmueble objeto de la hipoteca, la que se vaya a encargar de la gestión administrativa de la operación, así como la Entidad aseguradora que en su caso, vaya a cubrir las contingencias que la Entidad prestamista exija para la formalización del préstamo".

Consideramos nuevamente que resulta bienintencionado nuestro legislador, pero totalmente inoperante en cuanto a sus pretensiones. Exigir un mutuo acuerdo entre partes, que de suyo, no se encuentran en un plano de igualdad, implica a efectos prácticos que las entidades crediticias impongan la sociedad tasadora, la entidad gestora, y la Compañía de Seguros de su conveniencia. De lege ferenda habría que exigir que las mismas fueran seleccionadas por el prestatario, dentro de las incluidas en los Registros Administrativos oportunos, que garanticen su idoneidad (A similitud por ejemplo del Registro de Contratantes con la Administración Pública).

- La oferta vinculante

Regulada en el art. 5 de la Orden de Transparencia, supone que una vez efectuadas la tasación del inmueble, y en su caso las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca, y la capacidad financiera del prestatario, las entidades de crédito deberán (Art. 5.1):

- a) o notificar al interesado la denegación del préstamo.
- b) o entregarle por escrito una oferta vinculante en la que se especifiquen las condiciones financieras del futuro préstamo hipotecario a las que se refiere la misma Orden de Transparencia.

- Aquellos referidos a préstamos con un periodo de carencia en la amortización, que suelen destacar en el mensaje publicitario que en un periodo determinado se paga 0, pero no se debe omitir el hecho de que durante dicho periodo se devengan intereses, los cuales se acumulan al principal del préstamo.
- Aquellos cuyo mensaje se sostiene en la facilidad o rapidez en la concesión del préstamo, en tanto en cuanto son susceptibles de inducir a error a los destinatarios que pueden creer que la concesión puede ser inmediata o automática y precipitarse en el proceso de compraventa de la vivienda sobre esa creencia.

LA INFORMACIÓN

- El folleto informativo.

Establece la exposición de motivos de la Orden de Transparencia que como premisa del buen funcionamiento de cualquier mercado con múltiples oferentes, ha de facilitarse la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito. Para ello exige de estas últimas la entrega de un **folleto informativo** a todos los que soliciten un préstamo hipotecario, en los que se especifique con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Resulta a nuestro juicio excesivamente presuntuosa la norma en sus objetivos, dado que como la misma señala en el artículo 3.3, las condiciones contenidas en el folleto informativo tan sólo tiene **carácter orientativo y no vinculan a la entidad**, excepto comisiones y gastos a repercutir al cliente. Ello hace que las entidades introduzcan en dichos folletos informativos condiciones financieras de máximos, que luego son rápidamente reducidas en la negociación directa del cliente con los empleados de la sucursal.

Señalar grosso modo que el folleto informativo debe recoger de una forma clara, concreta y fácilmente comprensible en él las tarifas y comisiones que serán de aplicación, evitando la inclusión de conceptos innecesarios e irrelevantes. La entrega se realizará siempre de forma **gratuita** y el interesado lo podrá conservar aunque no formalice el préstamo con la entidad emisora del folleto (Art. 3.2 de la Orden)

Los elementos mínimos que deben contener los folletos informativos se recogen en el anexo I de la Circular del Banco de España 8/90, y simplificando podemos destacar los siguientes:

- 1.- *Identificación*: denominación comercial, cuantía máxima.
 - 2.- *Plazo*: total, de carencia de amortización del principal, periodicidad de los pagos y sistema de amortización.
 - 3.- *Tipo*: Modalidad (fijo o variable), índice de referencia en los variables reseñando su evolución en los dos últimos años y el valor actual; plazo de revisión
 - 4.- *Comisiones*: Todas las aplicables y, en especial la de apertura y las de amortización anticipada (total y parcial).
 - 5.- *Gastos a cargo del prestatario*: Tanto los de servicios que prestará o concertará la entidad como los que deberá contratar el cliente.
 - 6.- *Impuestos y aranceles* aplicables.
 - 7.- *Importe de cuotas periódicas a título orientativo*.
- Pese a la importancia de la información que antes destacábamos, son diversas las malas prácticas que se efectúan por las entidades de crédito al respecto:
- *Carencia de folleto informativo en la sucursal*: Conculca directamente lo dispuesto en la propia Orden de Transparencia, por ello en aplicación del art. 2.1 de la misma,

por parte de la entidad de la entrega de la misma, en ningún caso supone aquiescencia a una futura formalización.

Gratuidad de la oferta vinculante. Cuestión ésta no pacífica desde el punto de vista doctrinal, sobre todo si se trata de ofertas dirigidas a provocar una subrogación en otra entidad bancaria. Aunque las entidades argumentan que con la oferta vinculante realizan un servicio específico: el análisis jurídico y económico de la viabilidad de la operación, y que ello implica un coste, del que sólo se resarcan si se ultima la operación, la Circular del Banco de España 8/90 prevé explícitamente su carácter gratuito⁵.

Discrepancias entre la oferta vinculante y el documento notarial. Establece el art. 7.3.1º de la Orden de Transparencia que el Notario, en el momento del otorgamiento, deberá comprobar si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las cláusulas financieras del documento contractual, advirtiéndolo al prestatario de las diferencias que, en su caso, hubiera constatado y de su derecho a desistir de la operación. Es obvio que en estos casos se produce un claro incumplimiento por parte de la entidad de su obligación de transparencia informativa a su cliente, siéndole por ello imputables a la misma exclusivamente los prejuicios que se pudieran deparar de la discrepancia⁶. Así también lo ha entendido el Servicio de Reclamaciones del Banco de España⁷. Ha de priorizarse por ello lo dispuesto en la oferta vinculante, y no lo establecido en la escritura del préstamo, siempre que ello así convenga al prestatario, incluso si el Notario advirtió de las discrepancias.

Grado de cumplimiento por parte de las Entidades en relación a la entrega del folleto informativo y oferta vinculante. Resulta obvio que se ha producido una relajación por parte de las Entidades de Crédito en el cumplimiento de las obligaciones que imponía la Orden de 5 de mayo de 1994, hasta el punto de haberse podido constatar en la práctica que:

- el folleto informativo, aún existiendo en la mayor parte de las sucursales, ha perdido su carácter de "informativo", para convertirse en un folleto de distribución comercial, sin afán alguno didáctico y tuitivo que le atribuía la propia Orden.
- la entrega de la oferta vinculante al prestatario con la periodicidad exigida se ha convertido en un acto "extraño". Por regla general es firmada por el prestatario al unisono que suscribe la escritura pública de hipoteca del préstamo al que debería de referirse dicha oferta.

B) Fase de otorgamiento del préstamo hipotecario

En el iter lógico de realización del acto de consumo, después de la obtención y análisis de la publicidad y de la información obtenida, el cliente adopta una decisión en torno al producto hipotecario que desea y formaliza el correspondiente contrato con el prestador. Como en todo sector del ordenamiento jurídico, el control del contenido específico del contrato es otra de las piezas fundamentales en la protección del consumidor.

Paradigma de esta fase de protección es, además de la normativa sobre cláusulas abusivas y condiciones generales que pretende garantizar que el contrato contenga disposiciones

Desde el punto de vista jurídico estamos ante un acto unilateral, en el sentido de que tan sólo vincula a la entidad oferente, y en ningún caso al prestatario, teniendo además un plazo mínimo de validez, en concreto diez días hábiles a contar desde su fecha de entrega. Además la oferta ha de estar firmada por un representante de la entidad, y en la misma se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual en el despacho del Notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento (Art. 5.2 en relación con el 7.2).

Someramente, y haciendo un ejercicio de concisión, según el anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994, la oferta vinculante deberá contener por este orden las siguientes condiciones y cláusulas financieras:

1.- **Capital del préstamo:** Importe y forma de entrega. Si se entrega en una de las denominadas cuentas especiales de las que el prestatario no puede disponer libremente, se hará constar el plazo y las condiciones cuyo cumplimiento debe acreditar para poder hacerlo.

2.- **Amortización:** En su caso, fecha de primer y último pago de amortización así como el número, periodicidad y cuantía en que se divida.

Condiciones para el ejercicio de la facultad de pago anticipado total o parcial y su imputación a la reducción de capital o plazo.

Regulación, cuando exista esta posibilidad, de las facultades reconocidas al prestatario para alterar el calendario de amortización.

3.- **Intereses ordinarios:** el tipo de interés anual aplicable al préstamo especificado si es fijo o variable.

Si es fijo, para toda la vida del préstamo, se expresará su valor en tanto por cierto nominal anual.

Si fuera variable, primero deberá ser expresado el tipo de interés de cualquier forma siempre que sea concreto, comprensible por el prestatario y conforme a derecho y, segundo, habrá de identificarse y ajustarse el índice de referencia así como establecer un sustitutivo cuando resulte de imposible aplicación al pactado. En estos casos hay que establecer también los límites a la variación del aplicable.

4.- **Comisiones:** Imprescindiblemente hay que determinar la de apertura y en su caso las de reembolso anticipado y los gastos que se pacten a cargo del prestatario.

Siempre que se establezcan comisiones correspondientes a un servicio específico de la entidad hay que comprobar su comunicación al Banco de España.

Por último, siempre deberá establecerse la carta de pagos y el tipo de interés anual equivalente.

5.- **Intereses de demora:** tanto el tipo como la base de aplicación. Igualmente deberá de recoger las causas especiales, distintas de las generales, que faculten a la entidad prestataria para resolver anticipadamente el contrato de préstamo.

Las malas prácticas que podemos detectar al respecto son, entre otras, y sin ánimo de resultar exhaustivo, las siguientes:

Carácter unilateral de la oferta vinculante. El tenor del art. 5 de la Orden de Transparencia no deja lugar a la menor duda. El contenido de la oferta vincula única y exclusivamente a la entidad crediticia, y en ningún caso, al prestatario. Es decir, éste último no contrae obligación alguna de formalizar el préstamo hipotecario con la entidad emisora de la oferta vinculante. Si su firma consta en la propia oferta, lo es a los meros efectos de acreditar el cumplimiento

⁵ Norma Quinta, punto 1. k.

⁶ Art. 1.288 del Código Civil

⁷ Exptes. 1336/94, página 39 de la Memoria del SRBE de 1994; Exptes. 1.862/95 y 1.729/94 de la memoria del SRBE de 1995.

informar a las partes del valor y alcance del documento a firmar, siga el siguiente guión, que hemos resumido del siguiente modo⁸:

- Comprobación de que el índice o tipo de interés de referencia es uno de los oficiales previstos por el Banco de España.
- Que el tipo de interés aplicable durante el período inicial sea inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho período inicial el tipo de interés variable pactado para períodos posteriores.
- Las limitaciones a la variación del tipo de interés y semejanza entre los tipos máximos y mínimos.
- En los préstamos de interés fijo, deberá comprobar el coste efectivo de la operación.
- En todo caso, advertir si existe la posibilidad de reembolso anticipado y, en su caso, las cantidades que deberá satisfacer el prestatario si hace uso de esta facultad.
- Por último, el Notario analizará el clausulado para evitar que existan cláusulas no financieras que debieran haber tenido esta consideración y que supongan cargos para el cliente.

Quisiéramos reseñar algunas **malas prácticas** apreciadas en esta fase:

Falta de información sobre la libre elección del Notario. Pese a que existe la posibilidad de elección de Notario, no suele informarse al cliente de la facultad que le asiste para realizar esta elección, imponiéndose generalmente el Notario de la confianza de la entidad concedente del préstamo.

Renuncia al derecho de examen previo del proyecto de escritura pública⁹. Recoge la Orden de Transparencia el derecho que le asiste al prestatario de examinar durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento el proyecto de escritura pública del préstamo hipotecario a firmar. Pero es éste un derecho en desuso que pocos prestatarios utilizan. Al parecer, todos ellos renuncian a él y así ha de hacerse constar en la propia escritura pública en el momento de la firma por imperativo de la Orden. El caso es que las entidades no informan de este derecho y tampoco se observa especial interés en el Cuerpo Notarial en fomentar su uso. Lo cierto es que su utilización evitaría sorpresas en el momento de la firma y se obviarían muchos de los aspectos negativos de la intervención notarial que arriba señalábamos.

CLÁUSULAS ABUSIVAS MÁS HABITUALES

Tenemos que considerar que cuando el ciudadano decide adquirir una vivienda a través de un préstamo hipotecario, su mayor preocupación es la adquisición del bien, la comprobación de que el inmueble en el que va a vivir durante muchos años cumpla los requisitos de habitabilidad, de confort y otros que le resultan esenciales, lo cual convierte el contrato de préstamo hipotecario, en la práctica, en un contrato psicológicamente secundario para el consumidor en el que su grado de concentración e interés es menor (No olvidemos además que elegir la vivienda de nuestro agrado no es tarea fácil, ello sin contar con la premura que los compradores y el mercado suelen imponer para que "no te quiten" la vivienda de tus sueños).

Además, los detalles en los que más atención va a prestar es en las condiciones particulares, es decir, el tipo de interés, el diferencial, el plazo y, sobre todo, la cuota mensual que va a tener que hacer frente, dejando el resto de condiciones financieras o no relegadas a un

⁸ Art. 7.3 de la Orden de Transparencia.

⁹ Art. 7.2 de la Orden de Transparencia.

ajustadas a derecho que además respondan a un adecuado equilibrio entre las partes y un límite a la genérica libertad de pactos del artículo 1255 Código civil, la intervención notarial.

LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

Quizás es aquí donde se han presentado las mayores dificultades. Así expresamente señala la Orden en su citada Exposición de Motivos que: "A esa adecuada comprensión (se sobreentiende condiciones financieras del contrato) deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndole expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas, que por su propia naturaleza, pudieran pasarle inadvertidas"

En la medida en que este colectivo generalmente no cumple escrupulosamente con los cometidos contemplados en la Orden, AUSBANC CONSUMO mantiene una postura crítica frente a la función notarial, que en estos casos, y salvando loables excepciones, presenta serias deficiencias, por los siguientes motivos:

- la masificación en el otorgamiento de escrituras de préstamos hipotecarios implica que los notarios actúen con minutas previamente redactadas por las asesorías jurídicas de las entidades crediticias.
- El hecho de que el notario sea designado la mayor parte de las veces por la entidad crediticia implica, a los ojos del prestatario, que el otorgamiento sea un acto protocolario más a realizar en la consecución de su préstamo, sin que sea consciente en realidad de que dicho profesional es el llamado por nuestro legislador para velar por sus legítimos intereses.
- Cierta temor reverencial a los actos con cierta solemnidad, que impide al usuario un claro discernimiento del contenido de la escritura que debe firmar, unido al hecho del desconocimiento de que la misma ha sido redactada por la entidad crediticia y no por el notario interviniente.
- Problemas prácticos que implican muchas veces que se otorgue a la vez no sólo un préstamo hipotecario, sino también la compraventa del inmueble a hipotecar, e incluso la cancelación de una hipoteca del anterior propietario. La negativa en ese momento a la firma del préstamo hipotecario, por disconformidad con el mismo, implicaría que el resto de operaciones tampoco puedan celebrarse con el posible incumplimiento de obligaciones, por ejemplo, plazos de compra, previamente asumidas en contratos privados de compraventa o contratos de arras.
- O finalmente, las propias veleidades de la Norma que, tras establecer de forma nítida los derechos de los usuarios, no culmina con un catálogo sancionador para los supuestos de incumplimiento, haciendo obligada su remisión a otros cuerpos normativos.

En definitiva, la Orden consagra al Notario como una especie de supervisor final o garante máximo de los derechos de los usuarios, exigiéndole que advierta a éstos expresamente del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarles inadvertidas y que verifique si existen discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las de la escritura. Así, se establece que el fedatario, en su deber de

cláusulas (lo que significa incluir en este punto la responsabilidad objetiva de las entidades de crédito tan solicitada durante años por la doctrina). Pueden citarse muchos ejemplos de cláusulas que pueden ser reputadas abusivas, algunas afectan al precio, otras a los derechos de las partes, algunas son cuestiones procesales, otras materiales. No entraremos demasiado en las múltiples categorías o tipos sino que nos vamos a centrar en aquellas que por unas u otras razones se han convertido en caballos de batalla especiales de AUSBANC CONSUMO y que están sirviendo la polémica en los medios de comunicación y en los tribunales durante los últimos años.

• **La cláusula de redondeo al alza**

Consiste en que en el momento de revisar el tipo de interés (se sabe que hay un tipo nominal inicial que resulta efectivo durante el primer año o los seis primeros meses y después cumplido ese momento se revisa cada año o cada seis meses o cada trimestre, conforme a lo previsto en la escritura, según el índice de referencia pactado más el diferencial previsto). La finalidad de estas cláusulas no es otra que las de intentar mantener durante toda la vigencia del contrato la equivalencia de las prestaciones iniciales entre ambas partes que podría verse perturbada por la variación del precio del dinero que sin duda va a producirse a lo largo de la vida del préstamo. Por ejemplo, el primer año se pacta un 4%, y después del primer año se aplicará el EURIBOR más un 0,5%. Hasta aquí todo está correcto, conforme a ley, siempre por supuesto que el tipo de interés no sea usurario o que el índice de referencia no sea objetivo o no esté pactado y sea conforme a Ley. Lo problemático surge cuando a este sistema de cálculo para la revisión se añade una cláusula por la cual el tipo de interés resultante de esta operación se verá incrementado hasta alcanzar el más cercano porcentaje (generalmente un cuarto de punto).

El problema que se deriva de esta práctica consiste en que supone un notable incremento del precio que el cliente paga en concepto de intereses pues cada vez que se produce esta revisión del tipo de interés se aumentan unas décimas el tipo de interés, lo que sumado a las siguientes revisiones va dando unas diferencias en el interés pagado que obligan al cliente a asumir mayor carga financiera.

La razón de ser de este tipo de cláusulas está en razones históricas donde los sistemas de cálculo de intereses no permitían la exactitud que ahora puede lograrse. Sin embargo en la actualidad esta razón se convierte en excusa.

Pero es que aún subsistiendo esta razón (cosa que no ocurre) resultaría injustificable que este redondeo para alcanzar una cifra de más fácil manejo se produjera siempre al alza, es decir, en perjuicio del deudor. Podría entenderse en todo caso que si hay imposibilidad o dificultad para calcular el tipo de interés debería redondearse al alza o a la baja al tipo de interés más cercano pero no siempre al más alto para el consumidor.

El argumento esgrimido por las entidades de crédito de su necesidad ya no resulta de recibo como tampoco parece acertado acudir a la posibilidad de redondeo que recoge la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 de transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios ya que sólo puede referirse a un redondeo equilibrado o compensado, es decir, a la fracción de punto más cercana, sea al alza o a la baja, por lo que podría favorecer tanto al prestamista como al prestatario.

Nos encontramos, en definitiva, ante una cláusula que perjudica de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, al tiempo que comporta una posición de desequilibrio

segundo plano. Esta situación produce un relajamiento en la revisión del resto de condiciones que, de una forma u otra también pueden condicionar el precio del producto (de ahí que todo el condicionado del préstamo deba ser revisado conforme a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, pues supone que de una forma u otra condiciona la cuantía y no debe ser considerada excluida de esta revisión por el hecho de ser precio).

Sin embargo la mayoría de las veces, las auténticas ventajas no están tanto en el tipo de interés inicial (comúnmente conocido como "tipo gancho") y el plazo, sino en otras condiciones como el tipo de referencia, el sistema de amortización, o las comisiones de amortización anticipada, de apertura o de cancelación total. También la obligación de contratar otros productos vinculados, las limitaciones de responsabilidad o las inversiones de la carga de la prueba y otras cuestiones menos "populares" pueden suponer a la larga notables ventajas para el consumidor y una reducción del coste económico de la operación. En definitiva, un buen préstamo no es necesariamente el que tiene un tipo de interés más bajo sino aquel que, en conjunto, ofrece mayores derechos y opciones al consumidor.

Por ello, está entre nuestras obligaciones como consumidores responsables y en particular la nuestra como abogados de AUSBANC CONSUMO, asociación encargada de la defensa de los consumidores y del saneamiento del mercado financiero, comprobar de entre las condiciones ofrecidas en el mercado cuáles resultan legítimas y cuáles no.

En general conviene aclarar que resultan abusivas todas aquellas cláusulas en las que no se respeta un equilibrio entre las obligaciones de las partes, en virtud del principio de equidad que establecen las normas tutelativas para el consumidor (LCGC, LGDCU y normas específicas en el ámbito bancario como las órdenes ministeriales y otras).

Conviene, sin embargo, aclarar que no todos los comportamientos bancarios perjudiciales para el consumidor son cláusulas abusivas, algunas veces se trata simplemente de las denominadas malas prácticas bancarias, es decir, de comportamientos que infringen las buenas costumbres o los pactos de buena fe e incluso los códigos deontológicos, pero que sin embargo no infringen normas jurídicas vinculantes como tales. En estos casos la reclamación del cliente y las denuncias públicas de asociaciones de consumidores pueden llegar a modificar el mercado al crear una conciencia de "legalidad" pero no puede exigirse en vía judicial una satisfacción económica o jurídica pues no puede decirse, en puridad, que haya una infracción legal.

Ya hemos dejado señaladas anteriormente diversas malas prácticas bancarias que se han detectado en el proceso de financiación de la vivienda (falta de entrega del folleto informativo o la falta de contenido adecuado de este tipo de folletos, la falta de notificación al cliente de la entidad y el precio de quien va a realizar la tasación inmobiliaria, igualmente la demora en la tramitación de préstamos con subvención pública y muy especialmente la falta de entrega de la oferta vinculante o su desacuerdo con la escritura notarial, o el cobro por la misma. También constituyen malas prácticas la imposición de una cláusula de renuncia al derecho de examen previo de la escritura pública en sede notarial o la obligación de firmar el préstamo hipotecario en los establecimientos de las entidades de crédito). Cosa bien distinta a las malas prácticas, es la vulneración de normas jurídicas imperativas que provoca el nacimiento de derechos para los perjudicados. Se trata de los casos donde entre el clausulado contractual encontramos cláusulas abusivas. Han de reputarse abusivas, y por tanto han de tenerse como no puestas, aquellas cláusulas que causen, en perjuicio del consumidor, un grave desequilibrio y lo que es más importante, con independencia de la buena o mala fe del predisponente de estas

mercado a aquellas entidades aseguradoras que no tengan acuerdos con las entidades de crédito puesto que para el cliente la facilidad que supone que en la misma entidad que le concede el crédito le "resuelvan" los demás trámites (tasación, gestión, seguros, etc) va a ser suficiente para aceptar sin más el producto, sin comparar con otras ofertas y desde luego sin ser consciente del peligro que supone que la aseguradora y la entidad de crédito tengan esta relación.

El peligro proviene de la práctica mostrada por algunas entidades de situarse en el seguro de amortización como beneficiario, limitándose el cliente a ser el pagador de las cuotas pero no el beneficiario del importe en caso de producirse el siniestro asegurado. En la práctica esto supone que llegado el momento de hacer efectivo el seguro la entidad de crédito puede elegir (puesto que la legislación no impone ninguna relación entre las diversas garantías que para afianzar el préstamo se hayan creado) entre hacer efectiva la deuda sobre el propio seguro, o también sobre la finca hipotecada, los avalistas o cualquier otra garantía. Parece bastante claro entonces que teniendo en cuenta que en caso de ejecutar el seguro esto afectará a la cuenta de resultados del grupo financiero (recordemos que la entidad de crédito y la aseguradora pertenecen al mismo grupo empresarial) lo más razonable, pero también lo más injusto para el consumidor, es la elección de cualquier otra garantía pero no del seguro que se había creado expresamente para esta contingencia. En definitiva se pagará durante años un seguro a cambio de nada pues nunca se producirá el supuesto de que la entidad ejercite esta garantía.

Por supuesto que contra esta práctica se lucha desde AUSBANC evitando en la medida de lo posible que estas situaciones se materialicen; sin embargo, en tanto no haya una prelación legal de las garantías hipotecarias, se impida este tipo de acuerdos entre entidades de crédito y aseguradoras y la comercialización conjunta de ambos productos o se declare ilegal la posición de la entidad de crédito como beneficiario del seguro, la lucha tendrá que hacerse en los tribunales, con el esfuerzo temporal y económico que esto supone para los particulares.

En cualquier caso, ya la Audiencia Nacional en sentencia de 17 de septiembre de 2003 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de junio de 2006, Sección 3ª, vino a instar al Tribunal de Defensa de la Competencia a que tramitase la denuncia que AUSBANC interpuso ante dicho órgano a fin de que se declarara anticompetitiva esta práctica, encontrándose en consecuencia el expediente actualmente en tramitación.

C) Fase posterior a la contratación

C.1) Especial referencia al derecho de rehabilitación de préstamos hipotecarios concedida por el artículo 693 de la LEC

Teniendo en cuenta la duración de un préstamo hipotecario en relación con la vida de un ciudadano es de imaginar que se puedan producir en ese periodo algunos imprevistos, evoluciones o modificaciones en las circunstancias personales de quienes lo suscriben. Del mismo modo que, según se ha visto, el banco considera las posibilidades de evolución futura de los solicitantes, en términos de mejora, también ha de preverse solución alguna para los casos donde estos cambios sean perjudiciales para el cliente. No es difícil imaginar situaciones como enfermedades, accidentes, desempleos, separaciones matrimoniales y otras

entre los derechos y obligaciones de las partes, que por ello tiene la consideración de **abusiva**, recogida en el artículo 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁰, y tal y como ha sido ya declarado en múltiples ocasiones por nuestros tribunales de justicia al estimar las acciones colectivas de cesación ejercitadas por AUSBANC en petición de la nulidad, por abusiva, de la citada cláusula de redondeo al alza frente a distintas entidades de crédito (SAP Palma de Mallorca de 17-3-03, SAP Barcelona de 29-3-05, SAP Barcelona de 23-3-06, SAP Barcelona de 13-7-05, SAP Jaén de 19-6-06, SAP Madrid de 10-10-02, entre otras).

• **Tipos de interés no objetivos**

Durante la década de los 80 y de los 90 hubo dos prácticas que afectaron a innumerables préstamos con garantía hipotecaria suscritos en esas fechas. La primera de ellas consistía en que el tipo de referencia que se hacía constar en la escritura pública de préstamo era el tipo preferencial del propio banco o de una entidad de su propio grupo; y, en el segundo caso, la referencia era el tipo preferencial de otras entidades que, como consecuencia de la evolución normativa había sido cambiado conceptualmente, lo que dio pie a las entidades a modificar unilateralmente los contratos y a sustituir los tipos de referencia por otros más altos.

La postura de AUSBANC fue que, en ambos casos, dicho tipo de referencia era susceptible de reputarse nulo, en función de los dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil, que impide que el cumplimiento de los contratos pueda dejarse al arbitrio de una de las partes, de forma que se iniciaron diversos procedimientos judiciales instando la nulidad de este tipo de interés de referencia, que fueron acogidas por los tribunales en sentencias tales como la dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 13ª, de 28 de febrero de 1995, sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4ª, de 16 de marzo de 2000, de la Sección 5ª de 6 de noviembre de 2000 y 4 de julio de 2002.

• **Cláusulas sobre la imposición de la contratación de seguros de vida/amortización vinculados al préstamo hipotecario**

Otra de las cuestiones más problemáticas detectadas por AUSBANC en los últimos años en relación con la concesión de préstamos hipotecarios lo supone la obligación que muchas entidades imponen a sus clientes de contratar un préstamo de vida o amortización del crédito.

La finalidad de este seguro es garantizar que, en caso de producirse la muerte, accidente o cualquier otra situación que imposibilite del pago de la deuda por parte del cliente a la entidad de crédito se hará efectivo por parte de la entidad aseguradora.

La exigencia de esta contratación no es en sí misma ilegítima y puede suponer para el deudor del crédito una garantía de pago de su deuda en caso de que acontezca algún suceso o imprevisto que merme su capacidad económica. El problema se origina cuando la entidad impone que dicho seguro se contrate con una compañía aseguradora del mismo grupo empresarial que la entidad de crédito. En primer lugar por la merma que, en términos de derecho de la competencia, supone en el mercado asegurador al limitar y prácticamente excluir del

¹⁰ Según modificación introducida por la DA 1ª, párrafo 3, de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 13 de abril de 1998.

anterioridad pudieran beneficiarse de ese descenso. Con esa finalidad se dictó la **Ley 2/1994, de Subrogación y Modificación de Préstamos Hipotecarios**, de 30 de marzo.

La ley, no está de más recordarlo, no inventaba nada nuevo: la facultad del deudor para subrogar a un nuevo acreedor en lugar del anterior venía ya reconocida en nuestro ordenamiento privado. Así, el art. 1.211 del Código Civil dispone que "el deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada". El obstáculo principal que surge para hacer uso libremente de esa facultad de cambiar el préstamo a otra entidad, que es como se conoce vulgarmente a lo que técnicamente se denomina "subrogación" es el de los fuertes gastos y penalizaciones que llevaba consigo esa posibilidad, fundamentalmente la comisión establecida en los préstamos por la cancelación anticipada y los gastos inherentes a la formalización de la cancelación de una operación y la apertura de un nuevo préstamo. La Ley de Subrogación de 1994 vino a reducir significativamente esos costes y su finalidad tuitiva de los intereses de los prestatarios es evidente: no cabe pues renuncia a los derechos que concede a aquéllos, siendo nula cualquier estipulación que imponga esa renuncia¹¹.

C.2.a) La novación modificativa

El primero de los instrumentos que posee el prestatario para llevar a cabo una modificación (entendida, claro está, como mejora) de las condiciones de su préstamo, surgida, bien a causa de nuevas necesidades de financiación —que exige una ampliación del capital del préstamo— o bien a causa de una dificultad sobrevenida en el regular cumplimiento de las obligaciones de amortización periódica —porque las condiciones inicialmente pactadas supongan una carga financiera excesiva— es el de renegociar con su entidad la modificación de las condiciones (novación). La finalidad es clara, y así la propia Exposición de Motivos de la Ley de Subrogación señala que "se ha considerado beneficioso tanto para los acreedores como para los deudores bonificar los mismos costes, antes dichos, en el caso de la novación modificativa del préstamo hipotecario entre acreedor y deudor; operación que resultará muy beneficiosa para el deudor por ser la que soporta menos gastos y muy estimulante para el acreedor al darle ocasión de no perder a su propio cliente". La ley sólo mencionó la figura de la novación modificativa en su artículo 9, modificado por Ley 36/2003:

"Estarán exentas en la modalidad gradual de Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas de novación modificativa de préstamos hipotecarios pactados de común acuerdo entre acreedor y deudor, siempre que el acreedor sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley y la modificación se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas.

Para el cálculo de los honorarios notariales y registrales de dicho tipo de escrituras, se tomará como base la que resulte de aplicar a la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la novación el diferencial entre el interés del préstamo que se modifica y el interés nuevo. En el caso de novaciones modificativas referidas exclusivamente a la alteración del plazo del préstamo, se tomará como base el 1 por 1.000 de la cifra del capital pendiente de amortizar en el momento de la novación".

¹¹ Art. 1.2: "La subrogación a que se refiere el apartado anterior será de aplicación a los contratos de préstamo hipotecario, cualquiera que sea la fecha

circunstancias similares y la influencia que estas situaciones puedan tener sobre la solvencia (capacidad de pago) de los deudores.

Resultaba, de este modo, bastante injusto que el ciudadano que después de varios años pagando religiosamente su cuota hipotecaria al banco tras una situación de infortunio temporal como las indicadas, no podía hacer frente a una o varias cuotas y se encontraba con una reclamación judicial por parte de la entidad de crédito del total del préstamo hipotecario (incluso aunque en su mayor parte estuviera ya satisfecho), más los intereses (ordinarios y moratorios), gastos y costas procesales. De esta forma a la desfavorable situación en la que esta familia se encontraba se veía notablemente agravada al hacerse imposible el pago de la deuda requerida por el banco (si no se ha podido hacer frente a 1 o 5 ó 10 cuotas, más difícil será pensar en la devolución de la mayor parte del capital, más intereses y costas). La situación pasaba de difícil a imposible y la consecuencia más notable era la pérdida en pública subasta de la vivienda familiar, con las consiguientes consecuencias.

Sea como fuere para acabar con esta situación injusta para los ciudadanos y siguiendo una propuesta que desde hace años AUSBANC reclamaba la nueva LEC ha previsto, a partir del pasado 8 de enero del 2001, fecha de entrada en vigor de esta Ley, la posibilidad de rehabilitación del préstamo hipotecario en los casos donde se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se trate de una vivienda habitual
- Que sea la primera vez que se utiliza este derecho de rehabilitación
- Que se pague el montante de las cuotas vencidas y no pagadas y los intereses que de ellas deriven (no el total del capital prestado y no los intereses calculados sobre este importe total sino sólo sobre el capital vencido y no pagado).

El plazo para acogerse a esta posibilidad de rehabilitación se extiende hasta el día mismo señalado para la subasta del bien hipotecado y el pago lo puede hacer tanto el propio deudor como un tercero en nombre de éste. Lo único que debe hacerse es consignar en el juzgado la cantidad adeudada por las cuotas vencidas, alegando la aplicación del artículo 693.3 de la LEC.

El único problema con que se cuenta en la actualidad es el desconocimiento de este derecho que nos asiste a todos los ciudadanos que, por unas u otras razones, no se ha dado a conocer suficientemente. Quizás los Notarios podrían incluir en sus minutas una cláusula conteniendo este derecho y los jueces o los secretarios judiciales podrían hacer constar, de oficio, en los requerimientos de ejecución inmobiliaria, la posibilidad de ejercitar este derecho, para que el ciudadano conozca y, en su caso, ejercite este derecho fundamental.

Una cuestión debatida entre los representantes legales de las entidades de crédito y los defensores de los consumidores es la fórmula para calcular las costas que deben hacerse frente. Mientras para las entidades de crédito las costas han de ser calculadas sobre el importe total del préstamo para nosotros éstas deben ser calculadas exclusivamente sobre las cantidades adeudadas. Afortunadamente los tribunales, por ahora, nos han dado la razón (Sentencia del juzgado de 1ª instancia, número 10 de Palma de Mallorca de 19 de septiembre de 2001).

C.2.) Novación y subrogación de préstamos hipotecarios

La coyuntura económica que se vivió en los primeros años de la última década del pasado siglo, significada por un descenso generalizado de los tipos de interés, puso al descubierto las dificultades existentes para que las personas con préstamos hipotecarios suscritos con

5. Si la entidad acreedora se negara a facilitar certificado de débito, o por cualquier otro motivo se negara a admitir el pago, bastará con que la entidad subrogada lo calcule, bajo su responsabilidad y asumiendo las consecuencias de su error, que no serán repercutibles al deudor, depositando dicha suma ante el notario, a disposición de la entidad acreedora.

La Norma Sexta Bis de la Circular 8/1990 del Banco de España se refiere a la oferta vinculante que ha de entregar la entidad que pretenda subrogarse en el préstamo. Esa oferta debe ser firmada por representante de la entidad y tendrá un plazo de validez no inferior a 10 días hábiles desde su entrega. En la oferta se especificarán las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras que resulten de aplicación.

III. PROPUESTAS DE FUTURO. LA REFORMA DEL MERCADO HIPOTECARIO

Desde que en marzo de 2007, momento en que entraba en tramitación parlamentaria, nos fuera presentado a bombo y platillo el *Proyecto de ley por el que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria*, muchos han sido los motivos de preocupación ante una reforma cuya razón de ser se nos antojaba infundada amén que posiblemente innecesaria. Igualmente han sido abundantes las críticas al texto y numerosas las enmiendas presentadas, sobre las que ahora planea la sombra de varias propuestas transaccionales que pueden poner en grave peligro, entre otras cuestiones, la esencia de la función registral y la seguridad jurídica, provocando una vulneración de los esenciales derechos de los consumidores hipotecados, con claras repercusiones en el mercado financiero español.

Nos centraremos aquí en dos de los aspectos más controvertidos de la reforma tal y como ha sido planteada: la función notarial y registral, y nuevas figuras hipotecarias.

1. La función notarial y registral en la reforma

Sin duda uno de los grandes temas que subyace en este proyecto, en línea con algunos cuantos proyectos más que actualmente se debaten en el Congreso, es el de las funciones de Notarios y Registradores, así como el de sus aranceles. De una lectura de las últimas propuestas legislativas puede intuirse un intento por posicionar o reforzar el cuerpo notarial atribuyéndole nuevas funciones y competencias con las consiguientes oportunidades de negocio que ello conlleva. Subyace en estas actuaciones el intento de compensar por una presunta pérdida de condiciones que este cuerpo de fedatarios públicos pudiera sufrir como consecuencia de la libre prestación de servicios notariales en Europa que presuntamente puede alterar el mercado español por cuanto dicho colectivo podría no estar en igualdad de circunstancias que sus homólogos europeos.

Sin entrar a valorar la veracidad y magnitud de dichas afirmaciones que excederían con mucho el objeto de este trabajo lo preocupante de la cuestión es si tal "compensación" se realiza a costa de la seguridad jurídica del sistema hipotecario que hasta el momento en este país viene dada por la fe pública registral. Esta parece ser la indeseable consecuencia de una ley que pretende modificar el procedimiento hipotecario en aspectos esenciales que garantizan la seguridad del tráfico jurídico.

La formalización de la novación no exige formalismo o solemnidad alguna, a diferencia de la subrogación, de manera que basta con que conste en un mero documento privado suscrito por entidad y cliente. Asimismo, es preciso destacar que la Ley establece un límite al importe de la comisión que las entidades pueden percibir por la modificación de las condiciones, cuando esa modificación tiene por objeto ampliar el plazo de amortización del préstamo. **En tal caso, la entidad acreedora no podrá percibir por ese concepto una comisión superior al 0,1% de la cifra de capital pendiente de amortizar.**

C.2.B) La subrogación

Cuando la vía de la renegociación de las condiciones del préstamo no resulta efectiva, siempre queda al prestatario la posibilidad de subrogar su préstamo con otra entidad financiera. El artículo 4 de la Ley de Subrogación reza del siguiente modo: "En la escritura de subrogación sólo se podrá pactar la modificación de las condiciones del tipo de interés tanto ordinario como de demora inicialmente pactado o vigente, la ampliación del plazo del préstamo, o ambas".

La facultad de subrogación prevista en la norma es extensible a toda operación de préstamo otorgada por una entidad de crédito a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Mercado Hipotecario, cualquiera que sea la fecha de su formalización y aunque no conste en los mismos la posibilidad de amortización anticipada. La subrogación ha de formalizarse inexcusablemente en documento público, que habrá de constar en el Registro de la Propiedad por nota marginal que expresará las circunstancias siguientes:

1. La persona jurídica subrogada en los derechos del acreedor.
2. Las nuevas condiciones pactadas del tipo de interés, del plazo, o de ambos.
3. La escritura que se anote, su fecha, y el notario que la autorice.
4. La fecha de presentación de la escritura en el Registro y la de la nota marginal.
5. La firma del Registrador, que implicará la conformidad de la nota con la copia de la escritura de donde se hubiere tomado.

Bastará para que el Registrador practique la inscripción de la subrogación que la escritura cumpla lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley, aunque no se haya realizado aún la notificación al primitivo acreedor. No serán objeto de nueva calificación las cláusulas inscritas del préstamo hipotecario que no se modifiquen. El Registrador no podrá exigir la presentación del título de crédito.

En cuanto al procedimiento a seguir en su formalización se recoge en el artículo 2 de la Ley. Puede sintetizarse de la siguiente manera:

1. La entidad dispuesta a subrogarse presentará al deudor una oferta vinculante en la que constarán las nuevas condiciones financieras.
2. Aceptada por el deudor se notificará a la entidad acreedora, amén de requerirle para que en el plazo máximo de siete días naturales entregue certificación del importe del débito del deudor.
3. La entidad acreedora podrá enervar la subrogación si en plazo máximo de quince días naturales consigue formalizar novación modificativa del préstamo con el deudor prestatario.
4. En la escritura de subrogación, la entidad subrogada debe declarar haber pagado a la acreedora todos los importes devengados y no satisfechos ya proceda esta cantidad del capital pendiente e intereses así como, en su caso, de la comisión devengada.

ños pero esenciales matices sobre las enmiendas presentadas por PP, IU y CIU, reconducen ahora la reforma hacia un peligroso camino para la seguridad jurídica de los consumidores al pretender:

- que la inscripción de las cláusulas sin trascendencia real, como especialmente de la vencimiento anticipado, sean transcritas en la inscripción registral tal como se deduce del título notarial, prohibiendo la previa calificación registral que dejaría fuera a aquellas cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas, es decir, las contrarias a derecho¹³.
- que la ejecución hipotecaria pueda versar, no ya sobre el contenido de la inscripción registral que es el que dar fe frente a terceros, sino sobre el título notarial, otorgando a la escritura notarial un valor incluso preeminente sobre el contenido de la inscripción registral¹⁴.

La hipotética adopción de estas dos medidas pondría en serio peligro una de las más esenciales funciones registrales al obligar al registrador a dar acceso a su registro de cualquier contenido, incluso contrario a derecho, para permitir posteriormente que se inicie el proceso ejecutivo contra el inmueble sobre la base de cualquiera de las cláusulas, incluso aunque estas fueran contrarias a derecho, en un proceso cuyos motivos de oposición están tasados por Ley y donde no se contemplaría la posibilidad de oposición por contravenir la cláusula en cuestión el derecho imperativo o prohibitivo.

Desde Ausbanc se apela al buen hacer del órgano legislativo y a la agilidad estival de todos los miembros del parlamento para que el texto finalmente aprobado garantice en todo caso que el baluarte último de la seguridad jurídica que es la calificación registral siga operando y permita impedir el acceso al registro y sus efectos, de cláusulas contrarias a derecho, así como que, siguiendo esa misma línea, se impida el inicio de la ejecución hipotecaria por ningún otro criterio que no sea la inscripción registral depurada tras esa función calificadora.

2. La hipoteca inversa

La hipoteca inversa participa de las mismas características de la hipoteca tradicional, la hipoteca no deja de ser una garantía para el cumplimiento de una obligación garantizada. La novedad, o la evolución, de la hipoteca inversa, no se refiere a la hipoteca en sí, sino a la finalidad de la obligación garantizada en la hipoteca. Mientras que en un préstamo hipotecario digamos "normal" o típico se garantiza un préstamo destinado a la adquisición de una vivienda, en una hipoteca inversa la finalidad es garantizar la devolución de una renta periódica vitalicia o temporal, que recibe el cliente del banco para completar sus ingresos. La

¹³ La propuesta transaccional al artículo 10, párrafo 1, inciso primero del Proyecto presenta el siguiente tenor literal: "Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, no serán objeto de calificación registral y en caso de calificación registral de las cláusulas de trascendencia real previstas en el párrafo anterior, se transcribirán en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización".

¹⁴ Concretamente la propuesta transaccional al artículo 10, apartado 2 del Proyecto que dejaría el artículo 130 de la Ley Hipotecaria con el siguiente tenor literal: "El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de los extremos contenidos en el título y en el asiento respectivos".

De los muchos aspectos discutibles contenidos en la citada reforma preocupa especialmente el destino final que puedan tener aquellas disposiciones que afectan a la inscripción registral del derecho real de hipoteca y sus consecuencias sobre el proceso de ejecución directa contra la vivienda, bien esencial para todos los consumidores, protegido constitucionalmente.

El Registro de la Propiedad tiene la virtud de permitir a terceros que no fueron parte en su momento en el contrato entre comprador y vendedor o entre entidad de crédito y prestatario un conocimiento de aquellas condiciones de dicha relación contractual que puedan tener interés para él como tercero de buena fe que puede estar interesado en adquirir esa vivienda y además en subrogarse en la hipoteca o que sea acreedor del titular de la misma. De ahí que no todos los pactos o condiciones sean inscritos en el Registro sino únicamente aquellos que puedan tener trascendencia frente a terceros por afectar al derecho de propiedad o a cualquier otro derecho real inscrito. En cambio los pactos que carecen de repercusión frente a terceros no son inscritos en nuestro sistema registral, como tampoco lo son aquellas cláusulas o condiciones que además tengan un carácter contrario a las normas imperativas o prohibitivas como son las cláusulas abusivas.

Como corolario al valor de seguridad jurídica otorgado por el Registro de la Propiedad sólo son oponibles frente a terceros los derechos y cláusulas inscritos en el Registro y, por tanto, sólo en virtud de las cláusulas inscritas en el mismo puede iniciarse el especial proceso de ejecución hipotecario¹², un proceso especial que permite a las entidades de crédito ejecutar el bien inmueble garantizado con hipoteca sin permitir apenas los motivos de oposición. Con ello se garantiza que no podrá ejecutarse un inmueble sobre la base de ninguna cláusula abusiva habida cuenta de que éstas no habrán sido inscritas en el Registro por ser contrarias a las normas imperativas o prohibitivas, mecanismo éste que otorga una importantísima seguridad jurídica a los consumidores teniendo en cuenta que, sin embargo, no son infrecuentes las escrituras públicas de hipoteca, autorizadas por Notario, que contienen algunas de estas cláusulas.

Si en el sistema actual sólo tienen acceso al registro de la propiedad las cláusulas con trascendencia real —es decir, las que afectan al valor del derecho bien o la garantía— y que hayan superado el proceso de calificación efectuado por el Registrador de la Propiedad, siendo además éstas las únicas que pueden motivar el inicio de una ejecución hipotecaria, las propuestas de esta controvertida reforma pretenden desde un inicio que el acceso al registro se extienda a todas las cláusulas contractuales, tengan éstas o no trascendencia real, abriendo el abanico de posibilidades de acceso al proceso especial de ejecución hipotecaria a cualquiera de estas cláusulas inscritas.

Esta opción de ampliación de las cláusulas inscritas que en línea de principio estaba llamada a acercar nuestro ordenamiento jurídico al de algunos países de la Unión Europea y a garantizar que, en caso de un posterior comprador del inmueble subrogado en dicho préstamo hipotecario, pueda conocer todas las cláusulas, se puede ver completamente pervertida si prosperan algunas de las propuestas transaccionales del Gobierno que, introduciendo peque-

¹² Artículo 130 Ley Hipotecaria, en su versión modificada por la Ley 1/2000, de 7 de enero. "El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita y, dado su carácter constitutivo, sobre la base de los extremos contenidos en el asiento respectivo".

recomendable, si es posible, hablar con los futuros herederos, previsiblemente hijos, para ver si puede encontrarse en la familia una solución económica que garantice a los padres una subsistencia digna en el periodo de vejez y una herencia a los hijos. Plantearse en definitiva la posibilidad de que sean los hijos quienes paguen una renta a los padres, similar a la que pagaría el Banco, asegurándose la titularidad de la vivienda para cuando los padres fallezcan. Existen formulas legales para ello. Si pueden afrontarla, sin duda harán el mejor negocio de su vida (el que haría el Banco).

garantía es la vivienda de propiedad del cliente, en este caso previsiblemente una persona de avanzada edad.

Jurídicamente se estructura como una hipoteca de máximo, es decir, no se fija el importe exacto garantizado por la finca hipotecada, sino que se fija el máximo al que puede ascender la responsabilidad hipotecaria, en función de las rentas periódicas que se paguen al cliente. Si bien la entidad financiera puede calcular los años durante los cuales se pagará la pensión hipotecaria, para que la operación le sea interesante, no puede garantizar cuanto tiempo vivirá la persona deudora que haya a recibir la renta periódica. Aunque llegue un momento en que la entidad no pague la renta (si se pactó que fuera temporal y no vitalicia) es obvio que se seguirán devengando intereses.

En AUSBANC CONSUMO, como asociación de consumidores y usuarios, de entrada la hipoteca inversa es un producto que produce cierto temor, porque: va destinado a un segmento de la población especialmente vulnerable, el de las personas mayores. Puede dar lugar a abusos, como de hecho se han detectado: comerciales sin escrúpulos que acuden a residencias geriátricas para ofrecer duros a cuatro pesetas.

No obstante ir destinada a un sector especialmente vulnerable, la hipoteca inversa no es en sí un producto esencialmente malo, puede aportar soluciones concretas a casos concretos, y aunque desde el punto de vista financiero no es un buen producto, como tampoco no lo es una hipoteca a 50 años, puede ser una opción aceptable en determinados supuestos, sobre todo queda contractualmente determinado que el capital y los intereses no son exigibles hasta la muerte del deudor o deudores.

Ahora bien, quizás la crítica más inmediata que se puede efectuar de este producto es que puede ser una operación muy cara para el cliente y, correlativamente, muy lucrativa para la entidad financiera. Esto es especialmente reprochable teniendo en cuenta a quién va dirigida, más aún si tenemos en cuenta que quién la comercializa más en estos momentos son Cajas de Ahorros, entidades sin ánimo de lucro y con una vocación social establecida en sus propios estatutos fundacionales. No existe ningún motivo objetivo para que sean tan caras, mucho más que los préstamos hipotecarios habituales, ya que la operación está sobradamente garantizada tanto por el valor de la finca y se futura revalorización como por el patrimonio de los herederos.

Es de esperar que cuando aumente la oferta de hipotecas inversas y aumente la oferta por parte de entidades financieras los precios se normalicen y bajen, parece que estamos en la fase de salida de un producto. Actualmente son caras como lo fueron otros bienes de consumo en su fase inicial de comercialización.

En definitiva, destacar que:

- No es una hipoteca en la que en vez de pagar se reciba dinero, sin duda se devolverá el dinero que se reciba y con un precio, tipo de interés, anormalmente alto.
- No es estrictamente una pensión, elemento que puede inducir a error. Es un crédito garantizado con hipoteca.
- Se debe conocer muy bien e informarse del contenido antes de firmar una hipoteca inversa, porque es un producto financieramente complejo, especialmente para el sector de la población a que va destinado.
- Finalmente, es un crédito, como hemos dicho, que grava nuestro patrimonio, y en definitiva, despatrimonializa a los titulares de la hipoteca inversa y a sus herederos. Es

I. INTRODUCCIÓN

La contratación inmobiliaria se realiza en abrumadora mayoría a través de condiciones generales; esto supone, como es sabido, que una de las partes predetermina el contenido contractual, y lo impone a la otra, que, de pretender acceder a la propiedad del inmueble, se ha de limitar a aceptarlo, disponiendo de escasas (muy a menudo ninguna) posibilidades de negociación de los distintos aspectos que conforman el contrato.

Esta sistemática, que constituye una realidad social consolidada tiempo atrás, se separa de la idea de contrato como acuerdo de voluntades al que libremente llegan las partes, tras tratos preliminares, discusiones, forcejeos que se desarrollan en un plano de igualdad, modelo decimonónico para el que el Código Civil disponía de elementos suficientes de protección, pero que quiebran en los casos de contratación en masa. En los contratos adhesivos existe el evidente peligro de que el promotor adecue el contenido contractual a sus propios intereses, olvidando los del consumidor. No cabe aducir ante ello que el comprador elige de entre las posibilidades que el mercado le ofrece la que más le conviene, puesto que, en lo que a condiciones generales de contratación se refiere, el mercado no opera adecuadamente: el adquirente en estos casos únicamente presta un consentimiento limitado al binomio precio-inmueble, mas no al resto del contenido contractual, que en la mayoría de los casos ni conoce ni alcanza a comprender.

Ello hizo necesario articular una fórmula en que, facilitándose el tráfico económico mediante la realización de contratos de adhesión con cláusulas predispuestas a aplicar a una pluralidad de contratantes, se garantizara al tiempo suficientemente la protección del más débil, optando el legislador español por un sistema híbrido en el que el elemento determinante de la legislación a aplicar y consecuentemente definitorio del rigor exigible en la contratación viene establecido no tanto por la desigualdad de facto de las partes contratantes cuanto por el carácter de consumidor o no, estrictamente considerado en función de la concepción legal, del adherente.

Se diseña así un sistema en que las normas iusprivatísticas del Código Civil conviven —veces difícilmente— con las exigencias de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Ley 26/84 de 19 de julio), y con la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998 de 13 de abril), que modifica el marco jurídico preexistente de protección al consumidor, estableciendo como derecho básico de los consumidores la protección de sus legítimos intereses económicos y sociales, en particular frente a la inclusión de cláusulas abusivas; y modifica también el art. 10 e introduce el 10.bis que establecen una regulación específica de las cláusulas abusivas; además, y por Disposición Adicional Primera, realiza una enumeración enunciativa de estas cláusulas, en la llamada y conocida *lista negra*.

Ante este panorama, y teniendo en cuenta la relativa juventud de las normas de defensa y protección de consumidores y usuarios, se ha ido consolidando un cuerpo jurisprudencial no siempre uniforme, e incluso a veces no exento de importantes contradicciones en ocasiones inexplicables. Ello puede deberse a la no siempre fácil incardinación de las normas del Código Civil, inspirado en la primacía del principio de autonomía de la voluntad y de la fuerza de ley de lo pactado, con las normas protectoras de los consumidores, que vienen en definitiva a intervenir en el contrato, bien para integrarlo o completarlo, bien para tener por no puestas algunas de sus cláusulas. En ocasiones parece deducirse una falta de asimilación judicial del sistema establecido por la LGDCU y la LCGC, y en especial de los principios que inspiran la

Análisis desde el punto de vista jurisprudencial de la contratación inmobiliaria. Medidas a adoptar para mejorar la protección

M^a Elena Narváez Valdivia
Abogada

106 | M^a ELENA NARVÁEZ VALDIVIA

- El profesional o empresario que adquiere un bien o utiliza un servicio como destinatario final, si bien en atención a necesidades propias de la actividad profesional o empresarial (piénsese por ejemplo, en el ámbito de la contratación que nos interesa, en la adquisición por un profesional de una oficina para desarrollar su actividad)
- Los supuestos en los que un bien o un servicio se adquiere para un fin o un destino mixto, esto es, parcialmente profesional y parcialmente personal (pensemos de nuevo en el empresario o profesional que adquiere un inmueble que utiliza parcialmente como vivienda y donde tiene ubicada su actividad)

Por otro lado, si la exigencia de que el consumidor sea el destinatario final encuentra su justificación en el hecho de que la protección especial del consumidor tiene como fundamento la desigualdad entre las partes que se produce en la relación de consumo, ¿no debiera protegerse igualmente aquellos supuestos en que se contrata entre una gran empresa y un pequeño comerciante?

¿Y no sería equiparable a estos casos aquéllos en que el adquirente, sea o no empresario, ha de suscribir, sí o sí, contratos adhesivos, para poder alcanzar el producto?

O qué sucede con aquellos supuestos en que el empresario o profesional no contrata en el sector de su especialidad profesional; en estos supuestos carece de los especiales conocimientos que le situarían en situación de igualdad en la contratación con el proveedor, lo que justificaría una especial protección.

Y, por el contrario, ¿podrían ser dudosos, de cara a negar la protección, los supuestos en los que el adquirente destinatario final, por sus especiales conocimientos sobre la materia contratada, no se encuentre en una posición de inferioridad real que justifique la aplicación de la especial protección legal? (pensemos ahora, por ejemplo, en un notario que contrata su vivienda).

Parte de la doctrina aboga por una interpretación menos rigurosa del concepto de consumidor, especialmente cuando las adquisiciones realizadas por los profesionales no se relacionan con su tráfico peculiar, para dar cabida en estos casos a una especial protección del adquirente que de facto se encuentra en una posición de desigualdad manifiesta.

Sin embargo, esta ampliación del concepto encuentra el inconveniente de que podría difuminar excesivamente la noción misma de consumidor, si asimilamos sistemáticamente al pequeño y mediano empresario con el particular consumidor, además de dar lugar a una gran inseguridad jurídica por el variado casuismo a que la aplicación práctica de este criterio podría dar lugar.

2. Respuestas jurisprudenciales

Destinatario final. - La jurisprudencia mayoritaria niega el carácter de consumidor al adquirente de los bienes o usuario de los servicios en el caso de que se trate de empresarios o profesionales, ya sean personas físicas o jurídicas, que, aunque se conviertan en destinatarios finales del producto, de una u otra forma lo utilicen dentro del ámbito empresarial o profesional. Esta respuesta jurisprudencial traduce a nuestro entender un análisis en ocasiones superficial de la relación jurídica realmente establecida, un automatismo en la aplicación del concepto más restringido de consumidor, un olvido de la situación que la legislación especial de consumidores y usuarios pretende proteger, y una aplicación automática de la presunción del destino negocial a bienes o servicios por el único hecho de ser adquiridos por empresarios o profesionales.

No obstante ello, algunas, pocas, sentencias otorgan adecuado amparo a la relación de consumo, yendo más allá del tenor restrictivo de la norma, entendiendo que el adquirente, en la

regulación: la protección de la parte más débil en la contratación, el consumidor, que no tiene que soportar las consecuencias de cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, ni aquellas que no haya tenido la oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato; ni las abusivas; debiendo resolverse las contradicciones y las dudas interpretativas siempre a favor del adherente. Quizá se deba a la rémora iusprivatista tradicional en que la preponderancia del acuerdo de voluntades encontraba su lógica ante una situación de facto de equilibrio entre los contratantes, situación que, recordemos, no se produce en la mayor parte de la contratación inmobiliaria, especialmente en los supuestos de primera transmisión.

La protección que el ordenamiento dispensa al consumidor se articula en torno por un lado a la correspondencia entre la vivienda entregada y la oferta y publicidad que en relación a ella realiza el vendedor, y por otro a la regulación que realiza la LCGC sobre el control de contenido de las cláusulas impuestas a través de los arts. 10 y 10 bis de la LGDCU y de la lista negra de cláusulas abusivas que se establece en su Disposición Adicional Primera, que incorpora la normativa de la Directiva 93/13 de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Pero con carácter previo habremos de definir la persona a la que va dirigida la protección a otorgar y en qué supuestos puede beneficiarse de ella.

Finalmente propondremos algunas de las medidas que pudieran adoptarse para mejorar la protección del consumidor inmobiliario.

II. PRESUPUESTO DE LA PUESTA EN MARCHA DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN: LA CONDICIÓN DE CONSUMIDOR DEL COMPRADOR

Consumidor a los fines que nos ocupan es, para la LGDCU y la Ley 13/2003 de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, la persona física o jurídica que adquiere como destinatario final un bien inmueble, no teniendo tal carácter si lo hace con el fin de integrarlo en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

1. El comprador de vivienda como destinatario final

El destino final del producto, la finalidad ajena al ámbito profesional o empresarial de la adquisición del bien o de la utilización del servicio, es el elemento decisivo para establecer o no la existencia de una relación de consumo. El ánimo claro del legislador es alejar del concepto de consumidor cualquier negocio jurídico conectado por vía del adquirente, ya sea persona física, ya sea jurídica, con el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, de manera tal que únicamente tendrán esta consideración en las operaciones que se destinen al uso personal o familiar, o, si es persona jurídica, para el propio uso, siempre que sea ajeno a su actividad.

En la delimitación, desde este punto de vista, del concepto de consumidor no ofrece dudas que lo será el particular que adquiere un bien o servicio para su uso como destinatario final. Tampoco plantea problema negar tal condición a los negocios entre particulares, a los contratos entre empresarios dentro de su propio ámbito negocial, y al empresario o profesional que adquiere para su comercialización o integración en su proceso de producción.

Los problemas se plantean generalmente en zonas intermedias, y así, partiendo de la finalidad de protección de la norma, podemos pensar que ofrezcan dudas los siguientes supuestos:

En lo que se refiere a la jurisprudencia de nuestros Tribunales, y en ese mismo sentido, la SAP de Asturias de 30 de enero de 2004, sobre la adquisición de sistema de seguridad y vigilancia en parte destinado a empresa pero que también lo es a uso doméstico, concluye que la seguridad jurídica y la unidad de acto impiden dividir el régimen jurídico aplicable, debiendo acudir-se para la calificación jurídica del acto como de consumo o empresarial al acto de adquisición, de forma que si se adquiere dentro del ámbito empresarial no es un acto de consumo, aunque pueda parcialmente destinarse el bien o servicio adquirido a uso privado.

... El art. 1.3 no se refiere a los procesos de producción o transformación que quedan en el ámbito privado sino a aquellos que caen fuera del mismo. Así las cosas, no sería consumidor quien adquiera para integrar en procesos de producción para el mercado, es decir, quien realice una actividad empresarial. Si se adquiere dentro del ámbito empresarial o profesional no es consumidor aunque los utilice parcialmente en el ámbito familiar. A un mismo acto no se le puede aplicar dos regímenes jurídicos distintos, por motivos de seguridad jurídica y por el principio de unidad de acto, el régimen jurídico será el mismo. En los supuestos de adquisición de bienes para fines personal y empresarial, la calificación del acto como de consumo o empresarial, dependerá del caso, del uso principal y de la actividad; es decir, sólo cuando la adquisición se realiza para el uso exclusivo personal, familiar o doméstico debe tener el concepto de consumidor y quedar protegido. De lo contrario se crearía una gran inseguridad jurídica al tener que individualizar cada una de las actuaciones del adquirente para saber si se destinaban a uso personal o profesional. De la finalidad pretendida y de la ubicación de los materiales de seguridad se infiere en el caso enjuiciado que su destino principal es la seguridad de la propia empresa e indirectamente la personal del empresario y su familia.

Insistimos en la crítica a la rigidez en la aplicación del concepto de consumidor con carácter restringido, también en los casos de destino mixto del bien o servicio adquirido. Pensemos por ejemplo en un profesional que adquiere un inmueble para ubicar en él su domicilio, pero con el propósito de destinarlo además a la realización de su trabajo; es muy posible que el destino profesional no sea en absoluto "irrelevante", y evidentemente el uso no es exclusivamente doméstico; ¿no es susceptible de la protección especial que la ley otorga al consumidor?

Profesionales que actúan al margen de su actividad.- En estos supuestos si bien las opiniones doctrinales son radicalmente divergentes, una interpretación estricta del concepto de consumidor determina su exclusión del ámbito de las relaciones de consumo, de manera que quien actúa en una relación jurídica por necesidades de su actividad profesional no puede ser considerado consumidor o usuario.

Sin embargo, si atendemos a la finalidad de la protección que la ley otorga al consumidor, nada impide que, en determinados supuestos, también los empresarios y profesionales, cuando actúan al margen de su actividad empresarial o profesional, la obtengan, en tanto en cuanto se produzca una situación de desigualdad en la contratación.

Sería adecuado examinar, en cada caso concreto, si el profesional que actúa fuera de su especialidad merece o no una protección específica. La apreciación de si la adquisición realizada se relaciona o no con el tráfico peculiar del profesional puede ser objeto de una interpretación más o menos rigurosa, según el grado de complejidad de la actividad ejercida, de modo que se posibilitara, para el caso de que la adquisición no se relacione con la actividad propia del profesional, que pueda ser considerado como consumidor o usuario.

Y ello porque podremos encontrar situaciones en las que el profesional sí disponga de unos conocimientos técnicos o de información que haga que se sitúe en una posición si no de supe-

concreta adquisición, a pesar de no destinar el bien para consumo familiar, personal o doméstico, se ha comportado como consumidor, es el último eslabón de la cadena, adquiriendo bienes o servicios que no van a ser directamente incorporados a su proceso de producción puesto que no consiste en ello su actividad normal, ni por ello puede conocer los defectos del producto, estando por tanto necesitado su interés de especial protección.

En este sentido, especialmente significativa es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 22 de marzo de 2000:

... Sentado lo anterior cabe afirmar que el consumidor se caracteriza esencialmente por su postura de destinatario final del producto o servicio que ha pagado. Esta figura de tanta importancia en nuestra sociedad actual conlleva de una parte su pasividad en la contratación puesto que al consumidor no se le permite discusión alguna sino que reclamada su atención por una publicidad que asegure las excelencias del producto y normalmente su validez no le cabe sino adquirirlo por el indiscutible precio que se le pide o rechazarlo. Esa situación de inferioridad hija de esos contratos en masa y reglados llevó al legislador a proteger a ese consumidor indefenso en muchas ocasiones frente a las promesas derivadas de una publicidad cada mes más apremiante y el resultado final obtenido frente a lo que en principio se anunciaba, pero indudablemente la cuestión básica es su situación de último eslabón de la cadena y por eso se le llama consumidor en cuanto agota el producto o servicio. Pero ello no quiere decir que por fuerza el consumidor deba adquirir para sí el producto o el servicio pues perfectamente puede valerse del mismo para necesidades de su negocio de suerte que aun siendo consumidor del producto en sentido técnico no es el destinatario final. Lo que es esencial en este aspecto es si el que adquiere el producto lo hace para integrarlo en su cadena de producción industrial o económica lo que nos remitiría al contrato de compraventa mercantil o si simplemente lo necesita para las que pudiéramos llamar realidades ordinarias impuestas por la vida social o por el tráfico mercantil. Y en ese sentido no es relevante ni decisiva la calificación profesional del consumidor frente al producto que adquiere. Es perfectamente posible que cuando un mecánico compra para sí un automóvil pueda ser considerado consumidor del producto y pueda reclamar, por ejemplo, frente a una publicidad exagerada. Evidentemente cuando una empresa compra para sus posibles clientes productos de consumo (ej. productos de limpieza o higiene para los servicios, productos de ventilación u otros semejantes), se coloca en situación de consumidor ya que no comercia ni engloba en su cadena productiva ese bien o ese servicio, sino que simplemente se vale de él como una necesidad más a cubrir en atención al cliente, pero no forma parte ni el bien ni el servicio de lo que es específicamente su actuación profesional. En definitiva no solo es consumidor el ama de casa o el ciudadano particular en sus momentos de ocio mientras agota las excelencias del bien adquirido o del servicio contratado; también lo es quien por necesidad adquiere aquél bien o servicio.

Destino mixto de los bienes o servicios contratados.- En el caso de que un bien se destine parcialmente a uso privado y en parte a profesional, la STJCE de 20 de enero de 2005 resuelve una cuestión prejudicial en este sentido, concluyendo que no podrá invocarse las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas (competencia en caso de contratos celebrados con consumidores), salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional.

Mantiene el Tribunal Europeo el concepto más restringido de consumidor, de manera que es preciso que el destino profesional del bien o servicio contratado carezca absolutamente de relevancia práctica, sea totalmente accesorio e insignificante, para poder contextualizar el negocio jurídico dentro del ámbito del Derecho de Consumo.

una Comunidad de Propietarios y el propietario de uno de los pisos, no duda en aplicar la Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios.

En el mismo sentido la STS de 23 de mayo de 2003, entre otras, en la que estima la demanda promovida contra el promotor por la Comunidad de Propietarios en reclamación del cumplimiento de la publicidad aneja al contrato.

3. El consumidor ha de contratar con empresario o profesional

Por vía de delimitación negativa, en consecuencia, no entrarían dentro del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de contratos entre particulares, los más frecuentes en el ámbito de la segunda o ulteriores transmisiones de vivienda, o aquellos en los que un particular provee de bienes a una persona jurídica destinataria final, ni aquellos en los que un empresario o profesional dispone de los bienes al margen de su actividad o a título particular.

Es indiferente que el empresario o profesional sea de naturaleza pública o privada; en consecuencia, la contratación pública también se somete a las normas de Derecho de Consumo.

Si para ser consumidor es preciso contratar con empresario o profesional, ¿esto impide que puedan ser considerados consumidores los que adquieren por medio de propietarios intermedios, esto es, en el caso de cesión de contrato? Claramente no; es pacífica la jurisprudencia que establece que la cesión contractual coloca al cesionario en la posición jurídica del cedente frente al causante; por todas, la STS de 30 de junio de 1997:

... del hecho de haberse producido la adquisición de la propiedad, por medio de propietarios intermedios que no son directamente el causante, no se infiere que los nuevos adquirentes pierdan legitimación para reclamar. Los señores P. J. y G. M., al adquirir las viviendas de los anteriores propietarios, se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido estableciendo la jurisprudencia, pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. "No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del artículo 1257 del Código Civil, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto 'inter vivos' (Sentencias de 5 octubre 1975, 3 octubre 1979 [RJ 1979/3236] y 20 febrero 1981 [RJ 1981/1007]), y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor de acceso a las plazas de garaje" (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 noviembre 1981 [RJ 1981/4412]). Es reiterada la jurisprudencia que, por tanto, se manifiesta en el sentido de que "los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante", así entre otras, Sentencias de 12 noviembre 1960 [RJ 1960/3473], 27 junio 1961 [RJ 1961/3016], 9 febrero y 5 octubre 1965 [RJ 1965/533], 25 abril 1975 [RJ 1975/2095] y 3 octubre 1979 [RJ 1979/3236]. "Por virtud de la regla 'nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet', el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido" (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 abril 1977 [RJ 1977/1510]). En igual sentido y entre otras, la Sentencia de 5 mayo 1961 [RJ 1961/2310], declaró que "el comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el artículo 1101 del Código Civil con carácter general, sin distinguir si la finca ha cambiado o no de propietario".

rioridad si al menos más ventajosa que el mero consumidor. Y habrá también supuestos en los que el profesional se salga totalmente de su competencia y actúe como un consumidor en el sentido más estricto. Por ello, parte de la doctrina ha abogado por otorgar a estos profesionales la consideración de consumidores.

La jurisprudencia más común, aplicando la interpretación más restringida de "consumidor" suele negarle este carácter aún en los supuestos en los que la reclamación tiene como objeto una relación contractual ajena a su ámbito profesional. No obstante, alguna resolución si le confiere el carácter de consumidor; así, la SAP de Granada, de 16 de febrero de 2002 se pronuncia sobre el carácter de consumidor de un farmacéutico que compra en pública subasta un inmueble que no se corresponde con la publicidad que del mismo la empresa organizadora de la venta proporciona, y al que la demandada tilda como un "abogado negociante ajeno a la calidad de consumidor", razonando finalmente la Sala que el comprador, aún siendo profesional, no se dedica habitualmente al negocio inmobiliario, y otorgándole la protección que la ley dispensa al destinatario final del producto.

Igualmente, la SAP de Valencia de 16 de abril de 2002 resuelve, admitiéndole la condición de consumidor, el caso de un abogado, perito, por tanto, en la materia, que firma un contrato de arrendamiento de servicios para finalidad particular, de los calificados de adhesión; el conocimiento específico de la materia que tiene el abogado no le priva de su carácter de consumidor, si contrata para uso familiar, personal o doméstico.

La Comunidad de Propietarios como consumidor.- Es reiterada la jurisprudencia que, aun cuando reconoce la carencia de personalidad jurídica de la Comunidad de Propietarios, si le otorga su condición de consumidor en los procedimientos en los que acciona frente a la entidad promotora de una edificación constituida en régimen de propiedad horizontal, en cuanto que son los propietarios del edificio los que actúan a través de la figura del Presidente de la Comunidad de Propietarios, a través de la figura de la representación orgánica, y entre ellos a buen seguro hay destinatarios finales.

En tal sentido, la SAP de Murcia, de 23 de enero de 2001:

Así, por un lado, se sostiene que la Comunidad de Propietarios no puede ser considerada consumidor, por cuanto que no es destinataria final, en los términos del artículo 1.2 de la Ley; olvidando de este modo que, como recuerda la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 2^a) de 25 de octubre de 1996 es reiterada la jurisprudencia que consideró, a raíz de la Ley de Propiedad Horizontal, que la comunidad de propietarios carece de personalidad jurídica, la cual y los demás órganos, y destacadamente el presidente de la misma, lo son de gestión y representación de un particularizado régimen de propiedad (SSTS 12 de febrero [RJ 1986, 548] y 24 de diciembre de 1986 [RJ 1986, 7797], 8 de marzo de 1991 [RJ 1991, 2201] y 19 de noviembre de 1993 [RJ 1993, 9154]), y es precisamente esta falta de personalidad la que ha llevado al Tribunal Constitucional a declarar en sentencia 14 junio 1999 (RTC 1999, 115) que "aunque en la práctica y como licencia del lenguaje, las Comunidades de Propietarios de un edificio constituido bajo el régimen de la propiedad horizontal dicen actuar como demandantes y como demandados a través de su Presidente, en virtud de la llamada 'representación orgánica' que le reconoce el actual art. 13.3 LPH (antiguo art. 12 LPH), en rigor son los propietarios del edificio, en cuanto propietarios constituidos bajo el régimen de la propiedad horizontal, los que actúan a través de la figura del Presidente de la Junta de Propietarios que ostenta ex lege la representación de dichos propietarios en los asuntos que afectan a la Comunidad". Y no cabe la menor duda de que entre los propietarios adquirentes de un inmueble en el complejo residencial los hay destinatarios finales. Es de destacar sobre este particular la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8260] que, en un supuesto similar al que nos ocupa, en el que la cuestión litigiosa la plantea el Presidente de

Esta postura jurisprudencial se ha consolidado tras la vigencia del art. 8 de la LGDCU, que, junto con los arts. 3 y 8 del Real Decreto 515/1989 de 21 de abril sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas, la Ley 34/88 de 11 de noviembre General de Publicidad (aplicable al ámbito inmobiliario por mandato expreso de su art. 2), y últimamente el Decreto 218/2005 de 11 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de información al consumidor en la compraventa y arrendamiento de viviendas en Andalucía, constituyen el cuerpo normativo aplicable.

La oferta, promoción y publicidad se ha de ajustar a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, esto es, ha de ser **veraz**, y su contenido será exigible por los consumidores aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado, salvo que éste contenga cláusulas más beneficiosas, en cuyo caso éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad.

Esta exigencia de veracidad determina, por un lado la necesidad de huir de los términos oscuros o ambiguos: el que adquiere tiene evidentemente derecho a conocer las características generales del edificio, y ha de bastar para ello con que acuda al contrato y a los elementos publicitarios que han de formar parte integrante del mismo, *sin que se pueda exigir que acuda a ningún registro administrativo para precisar lo que de la propia documentación contractual les tenía que quedar claro*, así se pronuncia la SAP de Zaragoza, de 4 de abril de 2002 frente a las alegaciones del promotor que argumenta que el comprador, para comprobar todos los detalles del edificio, debería haber acudido a los proyectos y licencias administrativas. No obstante ello, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de marzo de 2002, ha manifestado el derecho de los compradores a solicitar y obtener de la promotora los planos, Proyectos Básicos y de Ejecución y Memoria de Calidades de la edificación; *la alegación de la recurrente sobre la imposibilidad de entrega de Proyectos y Memorias sin que se viole la propiedad intelectual de los Arquitectos, amén de que con ella se defienden sin idoneidad procesal pre-tos derechos de personas ajenas al proceso, resulta inocua al objeto pretendido, pues la vulneración aducida sólo se produciría en la coyuntura de reproducción o plagio, como también lo es la cuestión de que los proyectos abarcan urbanizaciones distintas, ya que la reclamación ejercitada se contrae a los relativos a la edificación de la comunidad actora.*

Por otro lado, la veracidad supone que no cabe que el promotor altere, modifique, exagere, retoque, ni siquiera dentro de lo que pudiera considerarse *práctica habitual* en el campo publicitario a fin de hacer más atractivo el producto, las características del inmueble. En este sentido resulta ilustrativa la SAP de Valencia, de 4 de febrero de 2003:

...la Sala no puede compartir los razonamientos del Juez de Instancia al calificar su contenido de "dolus bonus" como mera proyección virtual de una configuración exagerada, habitual en el campo de la construcción y con finalidad de hacer atrayente la oferta para el futuro comprador, pero carente de mediciones y distancias, incluso imputando a la compradora su falta de diligencia por no haber interesado conocer la separación efectiva entre ambos bloques. Este razonamiento contiene una interpretación errónea del contrato concertado pues olvida toda una normativa legal que resulta aplicable al caso enjuiciado. (...) Conforme a este cuerpo legal aplicado al caso presente, no puede decirse que esos folletos son meros reclamo para potenciales clientes, sino que son documentos que forman parte del contrato y por los que puede medirse la diligencia exigible del empresario, pues implica la obligación del Promotor de que la obra tenga las características y condiciones con que se han ofertado al público y sobre la base de las cuales se contrata, teniendo derecho el adquirente a exigir del vendedor que se cumpla aquello que ha sido ofertado.

III. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A TRAVÉS DE LA INTEGRACIÓN EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL DE LA OFERTA, PROMOCIÓN Y PUBLICIDAD

La importancia del mercado inmobiliario y la contratación de bienes inmuebles de manera masiva determinan la utilización de instrumentos para promover o incentivar la compra. Así surge la publicidad en este mercado, como medio idóneo para facilitar el objetivo, y a su vez se genera en el consumidor una expectativa que ha motivado su comportamiento económico. Como indica la SAP Murcia de 23 de enero de 2001, *la actividad publicitaria presenta una naturaleza competitiva preferencial, dirigida a provocar la adquisición de bienes y servicios por el público, para lo que se utilizan todos los medios de difusión al alcance. Su misma dinámica, en cuanto es medio e instrumento para la obtención del mayor lucro económico posible, la hace en sí actividad de riesgo, en la que cabe la previsibilidad y exige el necesario control, la actuación más diligente y el imprescindible cuidado, y, sobre todo, el respeto a los derechos ajenos. Las actuaciones no son en sí totalmente neutras, inocuas, ya que pueden resultar enormemente ofensivas y perjudiciales, por las consecuencias económicas graves que suelen ocasionar cuando no se observan elementales principios de ética y, en todo caso, la normativa que las disciplina.* Es por ello que la publicidad ha sido merecedora de especial atención.

La publicidad se inserta directamente en una fase previa al contrato, en el momento de la formación de la voluntad, del consentimiento del consumidor, que va a ser determinante de su perfección, de manera que su contenido no tiene un mero carácter descriptivo, sino auténticamente normativo en la medida en que en función de ella el comprador va a configurar su consentimiento. Esta función normativa ha sido destacada por la jurisprudencia, en el sentido de que la finca que se compra o vende ha de hallarse situada, configurada, orientada y deslindada, tal y como se indica en el gráfico, de tal modo que las diferencias con la realidad se traducen en cuestiones de orden jurídico. (SAP Barcelona de 27 de febrero de 2007).

Este carácter definitorio exige extremar los cuidados y regular la utilización de los elementos de información ajenos al propio contrato, en evitación de que en base a ellos se produzca en el comprador un consentimiento viciado, además de garantizar que el que adquiere condicionado por la publicidad obtenida del producto vea cumplidas sus legítimas expectativas, y protegerlo de la publicidad engañosa o incumplida.

Ya la jurisprudencia anterior a la LGDCU, bajo el prisma de la buena fe y el art. 1.258 del Cc. concluía que resultaba contrario a ella dar publicidad sobre extremos que después no se incluyeran en el contrato o no se entreguen al consumidor; la buena fe ya permitía la integración del contrato a través de la publicidad.

Así STS de 27 de enero de 1977 ampara al comprador de un piso que presta su consentimiento para la adquisición conforme a los folletos de propaganda difundidos por la constructora; siendo parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, el TS señala que lo publicitado debe tener carácter vinculante e integrarse en el contrato por aplicación del 1258 Cc. Igualmente la STS de 9 de febrero de 1981 incluye en el contrato bienes que no formaban parte del mismo, en concreto zona deportiva y piscina, dado que *"la pública oferta de venta lo comprendía... lo que sirvió de público y general ofrecimiento indudablemente, y en tanto no se excluya expresamente, es comprendido con base en esa oferta"*.

se cumpliera, y aún así contrató con posterioridad: la STS de 2 de diciembre de 1986 sobre la construcción de un bloque de viviendas en la que se publicó que la parte baja tendría como destino zona de juegos, aunque en el proyecto final se incorporaron locales comerciales. En este caso el TS no otorgó valor vinculante a la publicidad pues el comprador visitó la obra finalizada y con posterioridad firmó el contrato conociendo los cambios producidos.

La vinculación de la oferta, promoción y publicidad y su inclusión como elementos contractuales plenamente exigibles determinará su necesidad de integración en el contrato, e igualmente de que con base a las mismas se interpreten sus cláusulas y su contenido obligatorio, con las necesarias consecuencias de nulidad derivadas de las actuaciones contradictorias que hayan podido realizarse. Así con claridad se ha manifestado el Tribunal Supremo, en su STS de 23 de mayo de 2003, en un supuesto en que acciona una Comunidad de propietarios en reclamación de elemento común, y las pretensiones derivadas notariales y registrales, de una tercera cancha de tenis que ha sido vendida a un tercero por la promotora, que no la incluyó en su declaración de obra nueva y división de la propiedad horizontal, cuando de la oferta, promoción y publicidad se deducía que la comunidad dispondría de tres pistas de tenis, e incluso así aparecía en la memoria del proyecto de ejecución realizado por el arquitecto, al que se remiten los contratos privados.

Lo cual es una norma moderna que responde a unos principios clásicos del Derecho. Estos son, en primer lugar, el principio de veracidad, no en el sentido de que la oferta, promoción y publicidad deben ser objetivos e imparciales, como si respondieran a una política de información y educación del público, sino que no pueden ser engañosos y llevar a error al particular; en segundo lugar, el principio de buena fe que proclama el artículo 1258 del Código civil (LEG 1889, 27) y ha desarrollado profusamente la jurisprudencia, que impone a cada contratante que cumpla lo pactado y lo que deriva, con un criterio lógico, de la buena fe: "sus derivaciones naturales", dice la sentencia de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995, 8349), "cumplida efectividad" dice la de 17 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1406). Aquella norma moderna, de la Ley de consumidores y usuarios, establece la integración del contrato basado en ambos principios aludidos, de lo que son precedentes las sentencias de 14 de junio de 1976 y 27 de enero de 1977; el contrato queda complementado—integrado—con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad.

Por ello, cuando la sentencia de la Audiencia Provincial destaca los elementos positivos—publicidad, proyecto y contratos privados—y los negativos—ocultación del carácter privativo que se le dio a la tercera cancha de tenis, ocultación que califica de "dolosa"— integra correctamente la contratación, en la que incluye la mencionada cancha, que, por tanto, forma parte de la compraventa y, por ende, declara acertadamente el carácter común de aquella y la nulidad de la parte de la escritura de obra nueva y división en propiedad horizontal que se opone a ello.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la vinculación de la publicidad y sus efectos en la integración del contrato es prácticamente unánime; así,

dice la sentencia de 7 de noviembre de 1988 (RJ 1988, 8419) que "la publicidad sobre un objeto, sobre todo si es un objeto aún no existente, forma parte esencial de la oferta, como se reconoce por la doctrina y ha venido a proclamar el art. 8 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906), general para la defensa de los consumidores y usuarios, y origina responsabilidad del oferente"; la de 21 de julio de 1993 (RJ 1993, 6176) señala "la obligación exclusiva de la promotora de finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo que establecen los arts. 1096, 1101, 1256 y 1258 del Código Civil y art. 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". La sentencia de 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8260), después de citar las dos anteriores además de otras varias, concluye: "Quiere

Como establece el art. 8.1 de la LGDCU y, específicamente para vivienda el 3.2 RD 515/89, los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad **serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado**. Ello determina que en los casos en que la venta de la vivienda se verifica sobre plano, por medio de un documento privado en el que se describen las condiciones del inmueble en construcción y mediante el suministro a la compradora de ciertos documentos precontractuales en los que se indican las calidades, condiciones y elementos que forman parte de la construcción, tales documentos vinculan contractualmente a la vendedora, y facultan al comprador para exigir de la promotora que la vivienda se adecue fielmente a las condiciones, características y prestaciones ofertadas en la publicidad.

Y esto debe ser así sin que deba valorarse el hecho de que el comprador no hubiera sido ajeno a la construcción y la hubiese visitado antes de otorgarse la escritura pública; ni que suponga consentimiento con el estado en que le fue entregado el inmueble, ni por ello renunciado el derecho al exacto cumplimiento, por el mero hecho de admitir la entrega con el otorgamiento de escritura pública, aunque en ella se hiciera constar que había inspeccionado el inmueble y mostrado su conformidad con las calidades pactadas; máxime cuando de la escritura no se deduzca de forma clara y terminante renuncia alguna (SAP Almería 28 de marzo de 2005). En el mismo sentido la SAP Córdoba de 10 de octubre de 2002, que, en un supuesto en que la promotora alega que el comprador había visto con anterioridad a la compra la casa terminada y que por tanto sabía que la separación entre patios era de malla metálica y seto y no de obra, por lo que no puede alegar incumplimiento contractual, resuelve la no incompatibilidad de esta situación con la reclamación del cumplimiento:

Ciertamente la falta de observación alguna por el comprador a la firma de la escritura pública permitiría avalar la tesis de la recurrente o, al menos, son un indicio relevante de que el Sr. O., antes de la firma de la escritura pública, visitó la vivienda que adquiriría—lo cual, por otra parte, es práctica lógica y habitual en la compraventa de inmuebles—pero de ello no se derivan las consecuencias que pretende la apelante.

En efecto si bien la recepción de la vivienda sin objeción supone prima facie aceptar que la misma se ajusta a la contratada, es decir, que ha cumplido con la obligación principal del vendedor y procede pagar el precio, ello sólo implica el desplazamiento al comprador de la carga de la prueba del cumplimiento defectuoso pero no puede tener la virtualidad de excluir ulteriores reclamaciones, por cuanto la doctrina de los actos propios requiere, entre otros extremos, actos concluyentes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica. La esencia vinculante del acto propio en cuanto significativo de la expresión del consentimiento, es que se realice con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho y con la exigencia de que origine un nexo causal eficiente entre el acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior, con fundamento en un comportamiento voluntario, concluyente e indubitado, de tal modo que defina de modo inalterable la situación del que lo realiza (ss. Ts. 12-7-90 [RJ 1990, 5856], 5-3-91 [RJ 1991, 1718], 4-6-92 [RJ 1992, 4999], 12-4-93 [RJ 1993, 2995] y 30-5-95 [RJ 1995, 4205]), doctrina no aplicable al caso enjuiciado: cumplimiento defectuoso de una obligación en que la aceptación de la cosa a la entrega satisfacción no implica renuncia anticipada a posibles deficiencias de la misma, sin que la reclamación de su subsanación se halle en contradicción con la conducta anterior y sea incompatible con la misma.

Sin embargo, en sentido opuesto, el TS ha manifestado que al comprador no le vincula la publicidad cuando podría haber comprobado al celebrar el contrato que la publicidad no

puestas por una empresa que las impone a sus clientes cuando celebran contratos concretos, sin posibilidad de modificarlas o discutirías. En estos casos, el comprador toma únicamente en consideración los aspectos económicos del negocio, de forma que sólo presta su consentimiento al binomio inmueble-precio, mas no al resto de las condiciones del contrato, que en la gran mayoría de los casos ni siquiera conoce, o si las conoce, ni las comprende ni las toma en consideración a la hora de determinar su voluntad de contratar.

La contratación con cláusulas predisuestas o con condiciones generales de contratación, constituyendo un sistema extendido y económicamente aconsejable, genera lógicamente el riesgo de que la parte más fuerte, la empresa predisponente, imponga condiciones en la redacción contractual en que, aprovechando el desequilibrio existente entre las partes, y anulada la posibilidad de discusión o negociación del contenido del documento a transcribir, lo redacte en su propio beneficio, teniendo únicamente presente sus intereses y sus riesgos, en perjuicio de los del consumidor.

A este respecto no cabe decir, como en adelante veremos que hace alguna jurisprudencia, que el mercado equilibra la situación, pudiendo elegir el consumidor de entre las opciones existentes la que le resulte más ventajosa: en materia de condiciones generales de la contratación los mecanismos del mercado no funcionan, por un lado porque, como se ha dicho, el consumidor hace abstracción de tales condiciones a la hora de seleccionar el producto a adquirir; por otro porque esas distintas opciones en la práctica no existen: la gran mayoría de los condicionados generales son muy similares y además sobre ellos no cabe la negociación: el comprador lo acepta y contrata o renuncia a contratar.

Para dar adecuada solución a este problema, y una eficaz protección de los derechos del consumidor el ordenamiento jurídico español ha optado por un sistema híbrido, en el que, sin modificar el articulado del Código Civil, coexiste con el mismo un sistema de control de contenido, a aplicar en los supuestos de contratos masa o de adhesión cuando se contrata con un consumidor destinatario final, y establecido por la LGDCU 26/1984. El art. 10 bis de este texto, en su redacción introducida por la LCGC 7/1998, establece que serán abusivas las **estipulaciones no negociadas individualmente** (distintas del precio) y todas aquellas **prácticas no consentidas expresamente**, que, **en contra de las exigencias de la buena fe** (buena fe objetiva a que se refiere el art. 1.258 del Cc) causen, **en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones** de las partes que se deriven del contrato.

Además de los supuestos que pudieran estar incluidos en esta definición general, serán consideradas abusivas **en todo caso**, los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de la Ley.

1. Sujetos objeto de protección por esta regulación

EL CONCEPTO DE CONSUMIDOR Y LA LEY 7/1998 SOBRE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

Desde la previsión constitucional del art. 51 y hasta su definitiva publicación en el año 1998, se han sucedido varios Anteproyectos de Ley de Condiciones Generales de la Contratación en los que, con pretensión de uniformidad, se contemplaba toda la actividad contractual que se realizaba con condiciones generales, sin establecer restricción alguna respecto a que una de las partes fuese un consumidor o un destinatario final del producto o servicio contratado: la regu-

decirse con el resumen jurisprudencial que antecede que, bien por la vinculación a la oferta, ya por la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios, sea por los artículos generales sobre obligaciones y contratos que se han ido citando, la Audiencia no podía prescindir de los treinta y cinco folletos de propaganda aportados a los autos; y al tenerlos en cuenta, su valoración de la prueba se muestra, cuando menos, ilógica, ya que se trata de documentos que contienen actividad publicitaria, con intención de atraer a los clientes (art. 2 del Estatuto de la Publicidad, Ley 61/1964, de 11 de junio [RCL 1964, 1269]), constituyendo una clara oferta, de forma que, al no entenderlo así se infringen los arts. 57 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), el principio de la buena fe y el art. 1283, a que alude el motivo tercero, debiendo tal publicidad integrar los contratos, pues para que no fuese así tenía que excluirse expresamente de los mismos el contenido de los folletos, sin que para tal consideración fuera necesario apreciar engaño o fraude, extremo que no requiere el art. 8 de la Ley de Consumidores (sobre sus principios y compatibilidad con las normas de derecho sustantivo, civil y mercantil, ver sentencia de 22 de julio de 1994 [RJ 1994, 6581]), que también ha de considerarse infringido (motivos 4º y 5º, en relación con la jurisprudencia acotada), máxime si la interpretación se relaciona con el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril [RCL 1989, 1091]". Doctrina que igualmente mantiene la sentencia de 30 de junio de 1997 (RJ 1997, 5406) con cita expresa del art. 8 de la Ley 26/1984. (STS de 29 de septiembre de 2004).

En los casos en que el contenido contractual contradice la publicidad, hay que distinguir si el contrato es más beneficioso o más perjudicial para el consumidor. En el primer caso cabe la modificación de la cláusula, por aplicación del art. 8 LGDCU y del carácter protector del consumidor de las normas sobre publicidad. Por el contrario, si la norma contractual perjudica al consumidor en contra de los contenidos publicitarios, en principio prevalecería y sería exigible el contenido publicitario sobre el contractual, salvo, lógicamente, que se tratara de una cláusula particular, negociada ad hoc y expresamente consentida por el consumidor.

Así entendida la vinculación de la oferta, promoción y publicidad, corresponde al Juzgado o Tribunal examinar si en efecto su contenido se ajusta a la pretensión ejercitada para proceder, si es así, a la integración del contrato. En este sentido, la SAP Málaga de 30 de mayo de 2003 niega la existencia de incumplimiento del promotor al no haber ejecutado una puerta en un conjunto para el acceso al Paseo Marítimo, por entender que del folleto no se desprende con claridad la existencia de tal elemento.

Por último, es frecuente que el empresario intente evitar el juego del art. 3.2 RD 575/89 mediante cláusulas que acompañen a la publicidad del tipo: **"Este folleto es meramente orientativo, no tiene valor contractual; está sujeto a modificaciones..."** De los propios términos del art. 3.2 se desprende que **todo tipo de publicidad va a tener valor vinculante, y su incumplimiento en perjuicio del consumidor, salvo que éste expresa y claramente lo haya consentido, determinará la capacidad integradora del contenido de lo publicitado**. El carácter vinculante de la publicidad no se deriva de la voluntad del anunciante, sino del texto de la ley, en defensa del consumidor y para evitar situaciones fraudulentas. Lo contrario supondría dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento del contrato y de las propias normas.

VI. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A TRAVÉS DEL CONTROL DEL CONTENIDO CONTRACTUAL: LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

La realidad socioeconómica nos demuestra que la mayor parte de la contratación inmobiliaria se realiza en masa a través de unas condiciones uniformes, preestablecidas o predis-

El Comité Económico y Social en su Dictamen sobre el "Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE C 116 de 20 de abril de 2001) se pronuncia a favor de la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva, a fin de dar cabida a supuestos en que aún no estando ante un destinatario final, se pudieran declarar abusivas ciertas cláusulas en contratos entre profesionales en que se produce una situación de desequilibrio material. El propio Dictamen se muestra favorable, caso de no reformarse en este sentido la Directiva, de que se reconozca en ella **"la aplicación analógica con carácter obligatorio en aquellos casos en los que una cláusula considerada abusiva en una relación contractual 'consumidor-empresa', forme parte de una relación contractual entre empresas en una fase anterior de la cadena de distribución"**.

Por ello, sería aconsejable de lege ferenda que el Derecho positivo regule esa posición de desequilibrio también entre empresarios, aunque algunos indican que podría introducir un factor de inseguridad desaconsejable desde el punto de vista empresarial.

Para salvar la rigidez de la interpretación legal, cierto sector doctrinal aboga por una interpretación finalista, de forma tal que, según la finalidad de la norma, se pueda otorgar la concreta protección a los contratantes que sin constituirse en destinatarios finales, ostenten en el contrato una posición jurídica similar a la del consumidor stricto sensu.

Otros apuestan por la aplicación analógica del art. 1 LGDCU a los contratos entre profesionales y empresarios, al menos a los supuestos en que las relaciones se establecen entre un pequeño o mediano empresario y una gran empresa; sin embargo, aunque en determinados casos pudiera concluirse la existencia de identidad de razón entre los supuestos protegidos por la norma a aplicar por analogía (protección de la parte más débil de la contratación) no parece fácil concluir la existencia de una laguna, imprescindible para proceder a la aplicación analógica, cuando el art. 1 LGDCU define con carácter concreto y claramente restrictivo el concepto de consumidor.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6ª de 12 de abril de 2000 en relación con contrato de leasing, al disponer:

"... Por último, ya esta Sala ha tenido ocasión de señalar (S. núm. 71, de 23-2-2000 [JUR 2000, 124793]) que ni siquiera puede invocarse la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, en materia de cláusula contractual abusiva, cuando el sujeto pasivo no es un consumidor o usuario, pues el concepto de cláusula abusiva sólo tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores, como con toda claridad lo determina el Preámbulo de la Exposición de Motivos de esta última Ley, en donde se distingue entre condiciones generales y cláusulas abusivas, señalando que las primeras se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores, exigiéndose en uno u otro caso que dichas condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o (en ciertos casos de contratación no escrita) exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez, y además, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas, con lo que claro resulta que el concepto de cláusula contractual abusiva, como indicamos, sólo tiene su ámbito propio en la relación con los consumidores. Lo que no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva por contraria a la buena fe o motivadora de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios, pero habrá de tenerse en cuenta, en tal caso, las específicas características de la contratación entre empresas. Así reza el referido Preámbulo y así lo exponemos..."

lación así establecida preveía ser aplicada no sólo a consumidores finales, sino también a empresarios y profesionales siempre que una de las partes predispusiera un contenido contractual, con ánimo de incorporarlo a una pluralidad de contratos y que fuera impuesto al contratante.

Para establecer más confusión sobre el contenido subjetivo de la protección que respecto de las cláusulas abusivas la LCGC otorga, su Exposición de Motivos contiene pasajes que después han trascendido al articulado; así el apartado VIII establece:

"La Disposición Adicional Primera de la Ley está dirigida a la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. En la línea de incremento de protección respecto de los mínimos establecidos en la Directiva, la Ley mantiene el concepto amplio de consumidor hasta ahora existente, abarcando tanto a la persona física como a la jurídica que sea destinataria final de los bienes y servicios, si bien debe entenderse incluida también —según criterio de la Directiva— a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria final de los bienes o servicios objeto de contrato".

Por otro lado, el art. 2 de la LCGC establece:

*"1.- La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica-adherente. (...)
3.- El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad"*.

Sin embargo, la regulación que la Disposición Adicional 1ª de la LCGC da a algunos preceptos de la LGDCU no modifica el ámbito subjetivo de aplicación de ésta última, de manera que continúan estos preceptos introducidos por la Ley 7/1998 limitados por el concepto de "consumidor y usuario" que se acoge en la Ley 26/84.

Esto afecta especialmente a la regulación de las llamadas "cláusulas abusivas", contenida en los arts. 10, 10 bis y Disposición Adicional 1ª de la LGDCU, de tal manera que los contratos redactados con condiciones generales, predisuestos e impuestos por el empresario solamente están protegidos por la dinámica de las cláusulas abusivas, con la consecuencia de su nulidad que hará que se tengan por no puestas y haya el contrato de ser integrado conforme a las exigencias legales, cuando el adherente pueda ser considerado consumidor conforme al dictado del art. 1 de la LGDCU.

En consecuencia, si nos encontramos ante un contrato al que se adhiere un profesional o empresario, no podrá aplicarse el régimen establecido en la Disposición Adicional 1ª de la LCGC, a menos que adquiera para destinar el bien a su propio uso familiar o doméstico. Y una misma cláusula será o no nula por abusiva según el adherente sea el destinatario final del producto, o un empresario o profesional que integre el bien en su proceso de producción.

Esta definición restrictiva es criticada en cuanto a que si lo que la norma pretende es dispensar una protección adecuada a la parte más débil en la contratación, evitando la exclusión de la libertad de una de las partes en la configuración del contenido contractual, y estableciéndose para ello unas mínimas garantías para los casos de contratos masa o de adhesión, esta protección debería predicarse no sólo respecto del consumidor destinatario final del producto, sino también respecto del empresario o profesional que, de facto, se encuentra en una posición de clara debilidad respecto del predisponente, y que tampoco puede intervenir de forma alguna en la determinación del contenido negocial, limitándose a aceptar en bloque el contrato impuesto.

Es usual en el ámbito de la contratación inmobiliaria la existencia de cláusulas en las que las promotoras se reservan la facultad de poder modificar unilateralmente tanto el proyecto como la memoria de calidades con respecto a los inicialmente ofertados al consumidor y que por tanto forman parte del contenido contractual. "La parte vendedora se reserva el derecho a efectuar en las obras las modificaciones que oficialmente le fuesen impuestas, así como aquellas otras que le sean autorizadas y vengan motivadas por exigencias técnicas, jurídicas o comerciales, durante su ejecución"; o "la vendedora se reserva la facultad para modificar la obra en aquello que crea oportuno, así como ordenar los espacios comunes de la parcela proyectando las instalaciones que crea conveniente"; o "el comprador autoriza al vendedor a realizar las modificaciones que viniesen motivadas por exigencias de orden técnico o jurídico, así como aquellas que supongan cambios en el proyecto o de la memoria de calidades..."

Hay que recordar el ya mencionado carácter normativo y no meramente descriptivo de la publicidad, planos, memoria, etc, que determina que, conformada con base a ellos la voluntad del consumidor, su modificación unilateral no pueda ampararse sin olvido de los derechos del comprador.

La casuística a que da lugar el ejercicio de la citada facultad por el predisponente es variada: así, puede afectar a la configuración misma de la vivienda, superficie, distribución o calidades; o afectar a los elementos comunes y relevantes desde el punto de vista de la formación de la voluntad del consumidor: piscina, jardines, espacios recreativos o de ocio, anejos, etc.

Este tipo de cláusulas sería inicialmente nula, si suponen alteración en el precio, por contravenir la normativa de carácter imperativo que se contiene en el RD 515/89, art. 10 b)1, que prevé la necesidad de que el comprador, una vez comunicada esta circunstancia, manifieste su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca. cuando se indica que "las reformas de obra motivadas en causas diligentemente no previsible en el momento de la aprobación de los proyectos de urbanización o construcción que hayan de originar modificación del precio estipulado, serán previamente comunicadas a los adquirentes quienes deberán dar su conformidad a la cuantía exacta que la reforma produzca". Por tanto, las cláusulas analizadas serían nulas en tanto que la modificación unilateralmente decidida por el predisponente conlleve un consiguiente incremento del precio.

Cuando las cláusulas amparen modificaciones que no supongan un incremento del precio final de la vivienda, su nulidad por considerarse abusivas al amparo del número 2º de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU exige que las modificaciones no respondan a motivos debidamente justificados en el contrato, o estos aparezcan formulados de manera vaga e imprecisa, lo que sucede, p. ej. cuando la cláusula en que se reserva al promotor la facultad de modificar el objeto del contrato se justifica simplemente en "razones o motivos comerciales".

En cualquier caso, para determinar el carácter abusivo o no de este tipo de cláusulas habremos de acudir a los criterios generales del art. 10 bis 1 LCU, y analizar el contenido y el contexto contractual sobre la base de la buena fe y el equilibrio de las prestaciones, para concluir si se pretende o no el desplazamiento de la regulación legal sin otra finalidad que el interés exclusivo del promotor en perjuicio del consumidor. Piénsese p. ej. en el caso de que en el contrato, junto con la reserva a favor del promotor de la facultad de modificar el proyecto o la memoria de calidades se incluya en otra cláusula la necesidad de recabar el

En igual sentido la SJMERCANTIL de Madrid de 26 de julio DE 2005:

Del artículo 8 LCGC deriva un doble régimen de control de contenido, uno para los no-consumidores (artículo 8.1 LCGC), y otro para los consumidores (artículo 8.2 LCGC). Partiendo de esta doble regulación se constata la imposibilidad de declarar necesariamente la nulidad de cláusulas que de haber sido concertadas con un consumidor tendrían el carácter de abusivo según el artículo 10 bis LCU. Y ello porque el artículo 8.1 LCGC determina la nulidad de aquellas cláusulas "que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva"; y dentro de esta norma imperativa o prohibitiva no cabe incluir la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios puesto que el legislador ha querido ceñir su imperatividad sólo para cuando el adherente sea un consumidor (vid. artículo 8.2 LCGC: "en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor"). De ahí que el concepto de cláusula abusiva cobre su sentido sólo en el ámbito de la contratación con consumidores, no en la contratación con quienes no merezcan dicho calificativo en el que el concepto de "cláusula abusiva" desaparece para ser sustituido por el de "cláusula contraria a norma imperativa o prohibitiva". ...
 2. Precisamente por lo que acabamos de decir, procede averiguar cuáles de los contratos de seguro cuyo contenido se somete parcialmente a enjuiciamiento se encuentra destinado únicamente a ser celebrado con consumidores.

Partiendo de estas premisas, la sentencia discrimina, dentro de las cláusulas de los condicionados de las pólizas de seguro cuya nulidad se solicita, realizando el examen de cada una de ellas en función de la Ley de Contratos de Seguros o de la LCGC y LGDCU según el destino de las pólizas.

2. Supuestos especiales de cláusulas abusivas de la disposición adicional primera de la LGDCU

La Disposición Adicional Primera de la LGDCU incorpora el listado de los supuestos de cláusulas abusivas del Anexo de la Directiva 93/13 e incorpora nuevos supuestos recogidos con anterioridad en la LGDCU. Se trata de un listado de carácter meramente indicativo, y no exhaustivo, de manera que cabe declarar abusivas cláusulas que, no figurando en él, reúnan las características que la ley les atribuye; además, queda la puerta abierta para que el legislador español introduzca nuevos supuestos asimilando su tratamiento jurídico al previsto para los casos ya recogidos en la disposición adicional, cosa que hizo en la reciente Ley de Mejora 44/2006.

Además, la lista de la ley española es imperativa o de carácter vinculante: Art. 10 bis 1 in fine: "En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley"; y la propia Disposición Adicional Primera, que sanciona: "...tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes".

Analizaremos las cláusulas que más frecuentemente aparecen en los contratos inmobiliarios y que pueden ser consideradas abusivas, incardinándolas en uno o varios de los apartados de la Disposición Adicional y algunas de las soluciones jurisprudenciales, con frecuencia contradictorias, que se vienen sucediendo al respecto.

A) Cláusulas que permiten al promotor modificar las condiciones del proyecto inicial o alterar el precio pactado. (La reserva a favor del profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo (Disposición Adicional 1º. 2º)

de las cláusulas, puesto que tanto el precio como el objeto del contrato quedan sometidos a la voluntad de una sola de las partes, siendo además la del precio oscura.

Igual resultado alcanza la SJPI de Sevilla de 6 de marzo de 2003, relacionado con un "documento de reserva", en el que el precio se fija "provisionalmente", de modo que era la empresa la que lo fijaría finalmente, sin establecerse criterios objetivos de revalorización, ni se reconocía a los compradores el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultara superior al inicialmente estipulado de forma provisional.

A los documentos de reserva, o cualesquiera otros que pudieran ser calificados de pre-contractuales, les será, lógicamente, aplicable el régimen de cláusulas abusivas siempre que concurren los demás requisitos de predisposición por la empresa, imposición, intención de utilizarse en una pluralidad de ocasiones, y en perjuicio del consumidor.

B) Cláusulas que otorgan al vendedor la facultad de desistimiento unilateral del contrato.- Consecuencias del desistimiento.- Disposición Adicional 1ª, números 2. 16 y 17.

Es frecuente encontrar en los precontratos, contratos de reserva, o de arras, que se permita al vendedor desistir del contrato, no previéndose que el comprador ejercite tal facultad, o siendo diferentes las consecuencias de uno y otro desistimiento; por lo general, el vendedor hace suyas las cantidades entregadas en concepto de arras, en tanto que el comprador las pierde.

Es el caso de la SAP Castellón de 10 de octubre de 2000, que resuelve el carácter abusivo de una cláusula por la que la entidad promotora puede libremente desistir de la operación, devolviendo al comprador únicamente la cantidad que abonó como señal o arras, en tanto que si es éste el que desiste, o no formaliza la escritura pública en el plazo indicado, perderá todo su derecho a la reserva, quedando la cantidad entregada en poder de la vendedora conforme al art. 1454 del Código Civil y en concepto de indemnización por los perjuicios causados y por la limitación de la facultad de disposición que la reserva comporta. Creemos de interés reproducir parcialmente la sentencia para poder seguir el razonamiento que concluye con la nulidad parcial de la cláusula y la integración conforme al 1454 Cc.:

La referida cláusula regula la facultad de desistimiento del contrato. Reconoce la misma para ambas partes sin necesidad de causa justificada, esto es, una facultad de desistimiento ad nutum, pero con consecuencias distintas para ambas partes: la empresa predisponente deberá devolver las arras o señal entregada por la consumidora adherente (500.000 ptas.), mientras que la demandante adherente perderá las mismas.

Las cláusulas de desistimiento o resolución unilateral que autorizan al empresario predisponente a poner fin al contrato sin justificación suficiente y, todavía más grave, ad nutum o de forma libre utilizadas en los formularios de condiciones generales en contratación con consumidores han sido calificadas de abusivas por la Ley 7/1998. Así lo establecen los actuales números 2 y 17 de la Disposición Adicional primera de la LGDCU, los cuales —como medida protectora de los intereses de los consumidores— prohíben las cláusulas, como el tenor de la analizada, que autorizan al predisponente a desvincularse del contrato de forma arbitraria o sin causa justificada y sin incurrir en responsabilidad frente al consumidor; también contrarias al art. 1256 Cc en contratación con no consumidores, ya que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato. El núm. 2 de la D.A. 1ª establece que serán abusivas las cláusulas que prevean el derecho del empresario de resolver el contrato "salvo por incumplimiento o por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del mismo", es decir, la mencionada disposición pretende

consentimiento del consumidor para cualquier modificación; ello podría no romper el equilibrio contractual, e incluso podría reforzar la posición del consumidor.

La SAP Granada, de 3 de marzo de 2006 es contundente al apreciar el carácter abusivo de una cláusula tipo que permite la modificación de las características constructivas de la vivienda objeto del contrato siempre que no supongan una alteración sustancial:

no es mas que una "patente de corso" que se concede así mismo la promotora para, al socaire de las directrices marcadas por el arquitecto director de la obra, poder hacer modificaciones en el proyecto inicial siempre y cuando no afecten de manera directa y sustancial al inmueble, considerándose autorizada por el comprador en ese mismo momento, hasta el punto de quedar vinculado por las modificaciones que unilateralmente lleve a cabo la vendedora que, sin su conocimiento y consentimiento, en el curso de los trabajos de construcción puede hacer cuantas alteraciones crea conveniente con el único límite de una ambigua y confusa obligación por su parte, y es que las modificaciones no afecten de forma directa y sustancial al inmueble, es decir, que "no supongan una alteración esencial", resultando que la vendedora queda relevada de toda responsabilidad contractual por las modificaciones que autorice el arquitecto director de la obra y las que sea conveniente introducir, siempre que no afecten de forma esencial y directa a la vivienda, siendo elemental que la autoridad que tiene el arquitecto para consentir la modificación del proyecto inicial se constituye a que es responsable técnico de la seguridad del edificio, pudiendo en todo caso permitir cualquier modificación del proyecto inicial en que se haya advertido la existencia de riesgos constructivos, o dificultades técnicas insalvables presentadas durante la ejecución material de los trabajos y que hubieren sido difícilmente previsible a la hora de la redacción del proyecto inicial y elaboración de los planos...

En el mismo sentido, la SAP de Navarra de 11 de noviembre de 2004, que anula una cláusula inserta en el contrato privado por la que el comprador acepta de antemano las modificaciones que el arquitecto de la obra pueda introducir antes de su terminación;

resulta claramente abusiva en cuanto, según la interpretación que propugna la recurrente, le otorgaría una facultad de modificar unilateralmente el contrato en aspectos sustanciales, lo que vulnera, asimismo, el principio general por el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 del C. Civil); cláusula, que asimismo resulta abusiva por ser contraria a las exigencias de buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, amén de venir expresamente recogida en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio en su apartado 1. 2º. En esta sentido se han pronunciado el T.S. en sentencia de 4-12-1998 EDJ 1998/26408, la A.P. de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4ª en sentencia de 17-11-2003 EDJ 2003/191382, y la Sección 7ª de la A.P. de Valencia en sentencia de 30-3-2002 EDJ 2002/22068).

Frecuentemente las cláusulas que permiten al vendedor realizar las modificaciones paralelamente le facultan para alteraciones del precio. El nº 7 de la Disposición Adicional permite la validez de la cláusula si concurren razones objetivas y se permite al comprador desistir si el precio final llega a ser considerablemente superior al estipulado. Sobre este caso resuelve la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 de mayo de 2003; el contrato contenía una cláusula facultando al vendedor a introducir alteraciones durante la construcción en la finca, desviándose de las especificaciones del proyecto, sin necesidad de previo aviso; en otra se fija el precio con carácter definitivo "salvo lo que pudiera resultar de las estipulaciones de este contrato". Las modificaciones ejecutadas dan como resultado una mayor cabida de la finca, lo que la vendedora pretende suponga un incremento en el precio. La Audiencia mantiene el carácter abusivo

15 de abril de 2005, que en cambio resuelve aplicando la facultad moderadora y fijando la indemnización al comprador en el doble de la cantidad entregada en concepto de reserva:

La SAP de Sevilla de 10 de febrero de 2006, que considera nula la cláusula por la que se establece la pérdida de la cantidad entregada por el reservista sin contraprestación alguna en el supuesto de desistimiento de la otra parte, aplica en cambio el régimen de resolución por incumplimiento e indemnización de los daños que se pudieran acreditar.

C) Cláusulas que imponen consecuencias desproporcionadas para el caso de incumplimiento del comprador (Disposición Adicional 1. 3ª)

Hablamos de las cláusulas penales que introduce el predisponente en perjuicio del consumidor al estipularse como indemnización por su incumplimiento la retención por el vendedor de todo o parte de las cantidades entregadas a cuenta del precio. Es una obligación accesoria, de carácter generalmente pecuniario, a cargo del deudor y a favor del acreedor, que sanciona fijando de forma previa las consecuencias, el incumplimiento o irregular cumplimiento de la obligación contractual.

El promotor pretende con ello por un lado de ejercer presión sobre el deudor que le confirme al cumplimiento, pues ordinariamente el importe de la cláusula penal supera con creces el daño efectivamente producido al vendedor; además, supone una ventaja para el vendedor, que no tendrá que demostrar la existencia ni cuantía de los daños que se derivan del incumplimiento.

Para que tengan carácter de abusiva es preciso que se establezca *indemnización desproporcionadamente alta*, conceptos jurídicos indeterminados, para cuya precisión habremos de estar a las demás cláusulas de contrato y a las circunstancias concurrentes: será preciso comparar la cuantía de la indemnización con los daños y perjuicios previsibles en el momento de celebración del contrato; se tendrá en cuenta el grado de culpabilidad del deudor, la situación económica de las partes y los daños efectivamente probados.

Habrà que valorar también, para determinar el desequilibrio existente, las consecuencias que el propio contrato prevea para el caso de incumplimiento del vendedor.

Así, la STS de 26 de diciembre de 1990 entiende que no es una indemnización desproporcionadamente alta, y descarta su carácter abusivo, la consistente en el pago de 100.000 Ptas. diarias por no devolución de una finca transcurridos siete días de ser requerido el deudor.

STS 15 de julio 2003 o 22 de mayo de 2001 declara la resolución del contrato con pérdida por el comprador de las cantidades entregadas en compensación por el tiempo que poseyó el inmueble comprado. En igual sentido, la SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2004 no considera desproporcionada la cláusula penal por la que se impone la pérdida de las cantidades ya pagadas, al no superar el importe de lo que sería el alquiler de la vivienda durante el tiempo en el que fue ocupada por los compradores.

La SAP Alicante 17 Julio de 2000 resuelve no anulando la cláusula penal que establece una indemnización de 600.000 Ptas., sino rebajando su cuantía a 200.000.

La SAP de Zaragoza 20 diciembre de 2002 declara nula por abusiva una cláusula en la que se establece la retención por la demandada de las sumas entregadas a cuenta por la compradora a la promotora, ascendentes a 1.000.000 Ptas., pero no por la existencia de una indemnización desproporcionada para el consumidor, sino por falta de sanción equivalente prevista para el supuesto de incumplimiento por el vendedor.

especificar las circunstancias que constituirán *justa causa de resolución*, distinguiendo al respecto entre incumplimiento del adherente y alteración sobreviniente de las circunstancias (art. 1124 y 1129 Cc) ... *De este modo se prohíbe la resolución ad nutum o libre del contrato por el predisponente, debiendo establecer la cláusula las causas de resolución de forma concreta para que el consumidor adherente pueda en todo momento conocer qué hechos son susceptibles de provocar la extinción del contrato, que deberán ser concretos y de entidad suficiente. Además, indirectamente con la prohibición de las cláusulas de resolución ad nutum se impide que el empresario pueda burlar las normas sobre exoneración de responsabilidad por incumplimiento contractual (núms. 9, 10 y 12 D.A. P), ya que esta clase de cláusulas autoriza al empresario a desvincularse del contrato arbitrariamente sin incurrir en responsabilidad frente al consumidor. No obstante, el núm. 17 de la D.A. 1ª parece que admite las cláusulas de resolución discrecional del contrato siempre que el consumidor se le reconozca dicha facultad (objeto de crítica por la práctica unanimidad de la doctrina en contratación bancaria y de seguros). El citado precepto establece que es abusiva "La autorización al profesional para rescindir el contrato discrecionalmente si al consumidor no se le reconoce la misma facultad"; lo que sucede con el tenor de la cláusula del documento suscrito por las partes en la presente litis, que reconoce dicha facultad de desistimiento para ambas partes.*

SIXTO Admitida en el presente contrato a tenor del núm. 17 D.A. 1ª cláusula 4ª que contiene la facultad de desistimiento ad nutum para ambas partes contratantes, no obstante es el supuesto del núm. 16 D.A. 1ª el directamente aplicable al presente caso. Dicho número considera abusiva "la retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el profesional". Una cláusula de este tipo infringe el art. 1454 Cc dedicado a regular las arras, precepto según el cual "si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas.... Del tenor de la cláusula 16ª se deduce que la misma alude precisamente al supuesto de las arras penitenciales, que cumplen la función de permitir a ambos contratantes desligarse posteriormente del contrato ya perfeccionado y, por tanto, obligatorio. Se faculta a ambas partes para desistir del contrato mediante, eso sí, una contraprestación por el desistimiento. Tal y como se desprende del art. 1454 Cc el contratante que desiste del contrato debe perder las arras si fue quien las entregó o devolverlas duplicadas, si fue quien las recibió.

Es por ello que una cláusula como la nº 16 es abusiva, ya que no puede el predisponente quedarse con las cantidades pagadas por el consumidor si éste desiste, pero en cambio, en caso de desistimiento por el profesional que éste no tenga que devolverlas duplicadas. El fundamento del carácter abusivo de la cláusula es el enriquecimiento injustificado que ello produce en el predisponente.

"En dicha cláusula únicamente está penalizada la parte compradora, la cual además de perder la cantidad entregada, está siempre a la voluntad de lo que quiera disponer la parte vendedora, ya que ésta puede incurrir en mora para entregar la vivienda objeto del contrato durante más de dos años y la única penalización es para la parte compradora, que pierde la suma entregada si desiste; mientras que la parte vendedora puede desistir en cualquier momento sin ninguna clase de requerimiento y sin pagar por ello cantidad alguna, lo que implica que cuando tuviera un nuevo comprador dispuesto a pagar mayor cantidad, sólo tenía (como hizo la parte demandada en el presente caso) no fijar un día y hora concreto para la formalización del contrato, darle "largas" a la parte compradora con quien estipuló el contrato y posteriormente "desistir", alegando además que ya había pasado el plazo para formalizar el contrato de compraventa".

En consecuencia, debe ser declarada abusiva no la totalidad de la cláusula 4ª, sino exclusivamente la última frase que para el caso de desistimiento de la empresa demandada, ésta sólo "deberá devolver al comprador la cantidad que hoy recibe como señal o arras".

La Audiencia en este caso integra el contrato, sustituyendo la cláusula anulada por la devolución al comprador de la cantidad duplicada recibida por el vendedor en concepto de arras. En el mismo sentido las SAP de Málaga de 20 de mayo de 2003 y de Pontevedra de

Prender como hace la entidad demandada hoy apelante que al decir contractualmente que la vivienda y anexos serán entregados "... aproximadamente" ello ha de entenderse como que el promotor no asume un compromiso concreto para una fecha concreta, atenta a la razón y al buen juicio.

De aceptarse la tesis de la demandada hoy apelante se estaría dejando a su arbitrio el cumplimiento de su principal obligación, cual es la entrega de la vivienda vendida en el plazo determinado en el contrato de compraventa, lo que se halla vedado por el artículo 1256 del Código Civil.

Tal interpretación resulta, además, totalmente rechazable cuando se pretende oponer al resignado consumidor en actitud prepotente y abusiva por parte de constructoras o promotoras, como es el caso. El carácter abusivo de una cláusula como la que ahora se desprende de la literalidad de la disposición adicional 1ª, apartado 1, 5ª de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios: será abusiva "la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional". Por ello, en absoluto se puede aceptar que los términos utilizados en el contrato para fijar la fecha de entrega sean *meramente orientativos, sin que comprometan al promotor. Antes al contrario, son parte de las obligaciones que asume el promotor de las viviendas y debe cumplirlas según lo pactado, sólo cuando se dé alguno de los supuestos de fuerza mayor no imputable a la promotora, podrá decirse que queda ésta exenta de responsabilidad por el retraso. Y, lo cierto es que la promotora no ha probado, como era de su incumbencia, la existencia de fuerza mayor alguna que justificase una demora de casi un año y medio en la entrega de las viviendas.*

En el mismo tenor la SAP de Málaga, Secc. 5ª de 13 de marzo de 2005, que entiende que se puede permitir un retraso de carácter leve derivado de la utilización del adverbio "aproximadamente" en la determinación del plazo de entrega de la vivienda, mas no que éste quede indefinido:

... no es abusivo que en el contrato se establezca la obligación de entrega de la vendedora "aproximadamente en el mes de enero del año 2001", sino que lo abusivo es que, tras dicho pacto, la vivienda se entregue, sin causa de fuerza mayor acreditada, mediado diciembre de dicho año, es decir, más de once meses después. Y sigue entendiendo este Tribunal —como ya expresó con anterioridad en casos similares— que la interpretación más benévola del adverbio "aproximadamente" hace que *sin duda pueda y deba considerarse el real y efectivo plazo de entrega excedido del mero retraso leve y sin consecuencia que pueda admitir esa inicial ausencia de fecha concreta pero cercana en todo caso a enero de 2001 que denota la aproximación pretendida contractualmente. Por tanto la repetida cláusula, carente por lo demás de la debida claridad, nunca puede ser interpretada en el sentido de que el vendedor pueda unilateralmente ir postergando sin más la obligada entrega de la vivienda, pues ello se opondría frontalmente al necesario equilibrio de las obligaciones y derechos de las partes contratantes, y además vulneraría lo que dispone el artículo 1256 del Código Civil*

La SAP de Murcia de 15 de julio de 2005 declara la nulidad por abusiva de la cláusula en que se pacta que la escritura se otorgaría dentro de los tres meses siguientes a que se concediese la correspondiente autorización administrativa de ocupación, al dejar en manos de la vendedora la fecha de cumplimiento del contrato, pues ninguna intervención puede tener el comprador en la obtención de la licencia de ocupación, procediendo a la integración del contrato en función del plazo que, según datos de la experiencia, sería razonable para que la obra hubiese finalizado.

En igual sentido la SAP de Asturias, de 1 de septiembre de 2004:

Como vemos, la jurisprudencia es variada a la hora de aplicar las consecuencias de la declaración de abusividad, pues hay sentencias que anulan la cláusula sin más y otras que modulan la indemnización, al amparo del 1154 del Cc. Quizá lo más correcto técnicamente fuera anular la cláusula, permaneciendo la acción del vendedor para reclamar la indemnización de los perjuicios que el incumplimiento del vendedor le hubiera provocado.

D) La consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del profesional - (Disposición Adicional 1ª. 1ª, 5ª y 9ª)

Como sabemos, la fecha de entrega del inmueble ha de constar de forma clara, precisa, referenciada al menos al trimestre y año, prohibiéndose las oscuras, imprecisas, vagas, inciertas, o condicionadas a actuaciones o circunstancias dependientes de la voluntad del empresario y ajenas al conocimiento y la voluntad del comprador.

Son supuestos frecuentes la falta de especificación de plazo, el que aparezca sometido a condición suspensiva (concesión de licencia de primera ocupación, fecha del acta de replanteo), las fechas aproximadas redactadas de forma no vinculante ("aproximadamente", "inicialmente", "siempre que sea posible", "cuando el ritmo de la ejecución de la obra lo permita"), o la previsión de prórrogas automáticas, o de prórrogas con carácter indefinido.

La SAP de Barcelona de 15 de octubre de 2003 declara la nulidad de una cláusula que viene a imponer una prórroga indefinida pues otorga al comprador, llegado el vencimiento establecido, la posibilidad de optar entre el cumplimiento sin derecho a indemnización alguna o la resolución del contrato y devolución de las cantidades entregadas regularizadas al tipo de interés legal:

es notorio que la controvertida cláusula contraria los postulados de la buena fe y produce un desequilibrio importante en la posición de los adquirentes, ya que se les impone la falsa opción entre apartarse del contrato si el empresario no cumple con el plazo de entrega de la vivienda o bien, en caso de continuar interesados en la compra, la de tolerar sin derecho a indemnización alguna un incumplimiento indefinido de la esencial obligación de entrega de la cosa (art. 1461 CC). En verdad la abusividad del pacto proviene de diversos flancos, ya que el mismo es subsumible en diversos apartados de la enumeración no taxativa de modalidades de estipulaciones abusivas contenida en la disposición adicional 1ª LGDCU; así, encaja tanto en la hipótesis 1ª ("cláusulas que reserven al profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para [...] satisfacer la prestación debida" [RCL 1984, 1906]) como en el supuesto 9º del mismo precepto ("la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional" [RCL 1984, 1906]). Como ciertamente subraya la sentencia recurrida, las partes elevaron el plazo de entrega de la cosa vendida a pacto esencial del contrato (de ahí que su incumplimiento por el vendedor facultase a los compradores para liberarse de su obligación), pero de ningún modo cabe admitir que se reconociese una correlativa facultad de la vendedora para retrasar indefinidamente la entrega con total indemnidad, puesto que ello supondría tanto como dejar a su arbitrio el cumplimiento del contrato y suprimir injustificadamente el principio general de responsabilidad por incumplimiento (arts. 1101 y 1256 CC).

La SAP de Baleares de 31 de mayo de 2005 critica con ejemplar contundencia la pretensión del promotor de no estar vinculado por una fecha de entrega al haberla establecido "aproximadamente":

El vendedor pretende evitar, evidentemente, las consecuencias jurídicas que se derivan de la inconformidad del comprador respecto al cumplimiento de la obligación por parte del promotor, eliminando la posibilidad del comprador de exigir el correcto cumplimiento contractual, y crea un evidente desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes a favor del vendedor, que se sitúa así en una posición favorecida y prevalente.

Prácticamente unánime es la jurisprudencia que considera incompatible la venta de "cuerpo cierto" con los supuestos de compra de vivienda en construcción, lo que determinará la nulidad de la cláusula y el incumplimiento de la prestación principal si no concuerda con los metros, características y condiciones ofrecidas y contratadas.

Así, la STS de 20 de marzo de 2002:

Consecuentemente, la entrega a la recurrente de un piso con una superficie menor, en más de veinte metros cuadrados (20), de la esperada, frustra el fin del negocio y supone un cambio cualitativo en la prestación que altera el sinalagma contractual y ha de equiparse a un "aliquid pro alio". No empece a las consecuencias que se derivan de esta declaración la referencia al "cuerpo cierto" que ni siquiera podía ser visualizado al no estar construida la casa al tiempo de la perfección del contrato, ya que la entrega de la prestación debida es un "prius" que no debe confundirse con la "aleatoriedad", dentro de ciertos límites del "cuerpo cierto", que, en el caso, además, viene connotada por la determinación de una cabida que no podía ser objeto de entrega y, que tenía carácter esencial para el comprador.

O la SAP Barcelona de 27 de febrero de 2007:

De este modo, no cabe sino concluir que la vendedora demandada, en cuanto entregó a la parte compradora una vivienda que no se ajustaba a lo pactado en el propio documento privado de compraventa, incumplió el contrato y es responsable de ese incumplimiento, sin que la venta que nos ocupa pueda ser calificada de venta de cosa cierta, pues para que así fuera la cosa tendría que existir: sólo es cierto aquello que ya tiene existencia corpórea. El concepto de venta de cosa futura, actualmente no existente, como es el caso de la venta de inmuebles en construcción, es absolutamente incompatible con el concepto de venta de cosa cierta. De ahí se deriva la inaplicabilidad del artículo 1471 del Código Civil (LEG 1889, 27) al contrato litigioso. Asimismo, los términos literales del contrato ofrecen suficiente claridad para entender cuál era la intención de las partes y la finalidad a que estaba destinada la conjunción unitaria de la vivienda ático y el citado espacio.

La Audiencia Provincial de Málaga, en Sentencia de 13 de enero de 2005 resuelve denegar el carácter abusivo de la cláusula en la que el comprador manifiesta conocer el estado de la finca, y compra como cuerpo cierto, renunciando a cualquier reclamación por diferencias de superficies o calidades, al haber tomado posesión de la finca antes de la firma a su plena satisfacción y conformidad. La Sala entiende que esta cláusula ha sido objeto de negociación individual, por un lado por la claridad de su texto (no alcanzamos a comprender por qué razón la claridad de la cláusula no se compadece con el hecho de que haya podido ser impuesta a la parte más débil en la contratación, aprovechando la situación de desequilibrio) y por otro por haber tomado previamente posesión de la vivienda a satisfacción.

Por otra parte tampoco es elemento exonerador del incumplimiento, la circunstancia de que se demorase la obtención de la licencia para adaptarla al nuevo PGOU y las vicisitudes de la tramitación administrativa, ya que al margen de indicar que según la certificación municipal, recibió la licencia la constructora en fecha anterior a la que la misma señala (folio 133), sólo cuatro meses después de la firma del contrato, demorándose la entidad en el abono de la tasa es lo cierto que la tramitación administrativa es una circunstancia previsible, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero 1985, que la promotora, como profesional de la construcción debe calcular y evaluar cuando fija una fecha para la entrega, así como adoptar los mecanismos a su alcance para intervenir en el expediente, interesarse por su tramitación (artículo 35 a de la Ley 30/92), evitando dilaciones, adecuar la obra a las previsiones y modificaciones del planeamiento y agilizar en su caso y siempre que fuese posible el tiempo de la construcción una vez obtenida la licencia para acomodarlo a lo pactado, de modo que estas vicisitudes no pueden erigirse en causa legitimadora del incumplimiento, sin perjuicio de que si existiese una deficiente actuación administrativa a la que pueda atribuirse algún grado de responsabilidad, ejercite la vendedora las acciones de repetición que crea le asistan.

Sin embargo, la SAP Alicante considera no abusiva la cláusula amplia y vaga que, estableciendo un plazo de entrega de la vivienda de 22 meses desde el inicio de las obras, exceptúa de este plazo "los días en que por causas climatológicas, huelgas del sector, cambios a realizar por la dirección facultativa o motivos de otra índole no imputables a la promotora se encuentren paralizadas las obras". Argumenta la Audiencia que tal cláusula, que no constando en el contrato privado se incorpora con posterioridad a la escritura pública, es suscrita cuando los compradores ya conscientes del retraso producido "no quedando acreditado que cuando suscribieron la escritura hubiese algún tipo de error en la firma de la misma, pues la escritura fue leída por el Notario antes de su firma, siendo conscientes los demandantes del alcance de lo que firmaban, siendo por otra la estipulación firmada clara en su contenido pues en la misma se especifica claramente la renuncia de los actores a reclamar por cualquier concepto económico a la demandada, por ello ante la claridad de la estipulación, el tiempo transcurrido desde que debía entregarse la vivienda hasta la firma de la escritura hacen decaer el recurso interpuesto por la parte actora".

Declarado el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula reguladora de la fecha de entrega de la vivienda, los tribunales tienen la facultad para determinar el plazo en el que tiene que ser cumplida la obligación, integrando así la parte del contrato afectada por la nulidad y dejando vigente el resto del contrato. Esta integración no debe ser complicada atendiendo por un lado al plazo que podría resultar razonable para la entrega de la vivienda en cuestión en función de las características del conjunto en que se ubique, y de otro a la dinámica habitual del mercado inmobiliario, que prevé que, con la firma del contrato privado se suscriban efectos para pagos parciales durante un tiempo que viene a coincidir en un último desembolso con la suscripción prevista de la escritura pública.

E) Cláusulas de declaración de conformidad del comprador.- (Disposición Adicional 1ª, n.ºs 8, 9 y 14)

Es usual que en la contratación inmobiliaria a través de condiciones generales, la vendedora incluya entre el clausulado una declaración como "El comprador declara conocer y aceptar el estado físico y jurídico de la finca, renunciando por ello a reclamar de la propietaria la posible diferencia existente con respecto a los planos o defecto de cabida", o también los casos en que la vivienda, aún adquirida sobre plano, se compra como "cuerpo cierto".

Por el contrario, la SAP de Valencia de 28 de febrero de 2006 concluye el carácter no abusivo de la cláusula, fundamentalmente por considerar que financia tanto la construcción como la posible adquisición del inmueble, además de alegar la libertad de pacto y la no imposición de la estipulación:

TERCERO.- Sentado lo anterior, y aplicando tal normativa al caso en cuestión, la presente ha de ser revocatoria de la sentencia apelada y desestimatoria de la demanda, y ello porque la cláusula controvertida del anexo contractual no puede estimarse abusiva, ni por tanto nula, por las consideraciones que se harán a continuación. En primer lugar, porque la estipulación discutida no viene referida "strictu sensu" a un préstamo para la construcción, como así se infiere, de un lado, del hecho de que en la escritura de préstamo hipotecario concedido por Bancaja, de 27 de enero de 2003, se afirma que el préstamo se destina a la construcción y posible adquisición (f. 58 vuelto de las actuaciones), de otro, de que la mercantil vendedora no precisaba para construir de la concesión de préstamo hipotecario alguno, ello dada su solvencia económica y la existencia de otras garantías, y de otro, porque si bien es cierto que el préstamo se obtuvo antes de que terminaran las obras, también lo es que se solicitó dos años después de comenzadas las mismas, con lo que en principio su concesión se nos antoja que era mas para financiar el pago del precio de compra de las viviendas por parte de los compradores, que no para la construcción de las mismas.

En parecido sentido la SAP de Madrid de 15 de abril de 2005 concluye el carácter no abusivo de la cláusula que obliga al comprador a asumir los gastos de constitución de la hipoteca al considerar que tiene por finalidad la financiación de la adquisición del inmueble. En el supuesto, así consta expresamente en la escritura de constitución, y además se obliga a ingresar el importe total prestado en una cuenta abierta en entidad bancaria de la que podrá disponer la prestataria únicamente en cantidades equivalentes a la parte correspondiente a cada apartamento vendido acreditando la venta de cada una de las fincas; además en el propio contrato se prevé que en caso de que se constituyera un préstamo hipotecario que se utilice únicamente como forma de pago para facilitar la compra de la vivienda, los gastos de constitución serán satisfechos por el adquirente:

Los hechos antes descritos ponen de relieve que la única finalidad aparente del préstamo pedido por Cogein, SA era financiar la adquisición de las viviendas por los compradores que desearan subrogarse en el crédito, pues al no poder disponer aquélla del dinero depositado sin presentar las escrituras de venta, era imposible que el préstamo sirviera para cubrir los gastos de su construcción, salvo que los pagos a contratistas y suministradores se hubieran aplazado para satisfacerlos después de vender las viviendas, hipótesis que no nos consta ocurrida, ni puede tampoco presumirse al no existir ningún hecho base del que pueda extraerse semejante conclusión... Tampoco podemos presumir, como parece hacer la sentencia apelada, que el crédito se pidió para financiar la construcción por el hecho de constituir la hipoteca antes de iniciar la entrega de las viviendas, pues además de haber creado el derecho real sólo un mes antes del primer otorgamiento de escrituras de venta el día 24 de octubre de 2000, la consecuencia obtenida por el Sr. Magistrado de primera instancia no deriva necesariamente de ese hecho, y menos cuando el clausulado del contrato descarta de manera categórica el destino constructivo del dinero prestado y obliga a disponer de él cuando las viviendas se vendan y a medida que lo vayan siendo, utilizando insistentemente fórmulas que remarcan la disposición exclusiva para financiar las compras e incluyendo pactos que garantizan la consecución de ese objetivo.

F.2. La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

F) Cláusulas que imponen al comprador gastos propios del vendedor (Disposición Adicional 1ª, n.º 22).

El n.º 22 de la Disposición Adicional particulariza expresamente, a fin de terminar con los vaivenes jurisprudenciales que venían sucediéndose, como veremos, sobre determinados gastos, aquéllos cuya repercusión al comprador ha de considerarse abusiva.

F.1. Gastos derivados de la preparación de la titulación que por ley corresponda al profesional.

A título meramente enunciativo, y entre paréntesis, enumera los gastos derivados de la obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción, o su división o cancelación. Sin embargo, se trata de una lista abierta, donde son susceptibles de ser incluidos otros gastos de naturaleza análoga, tales como los derivados de la segregación y agrupación, o de las operaciones reparcelatorias o compensatorias, cédula de habitabilidad y licencia de primera ocupación, gastos derivados de errores o defectos administrativos o bancarios que le sean directamente imputables sin posibilidad de repercutirlos en el comprador...

Los tribunales han mantenido el carácter abusivo de las cláusulas que cargan en el comprador los gastos que de derivan de la constitución de hipotecas destinadas a financiar la construcción de las viviendas.

El primer elemento a determinar será la finalidad para la que se constituyó la hipoteca, que habrá de desprenderse de su propio texto, así como de las circunstancias concurrentes tales como fecha de constitución en relación con el estado de la obra o si la hipoteca hubiera podido constituirse por el propio comprador. Supuesto típico es que la hipoteca ya esté concertada por la promotora sobre el terreno cuando la compra se efectúa, y que tenga un carácter no individualizado para el contrato en cuestión, sino global para todos los de la misma promoción, de lo que sólo puede deducirse que se constituye para financiar la construcción (SAP Valencia 20 noviembre de 2006)

Así, la SAP de Madrid concluye que la hipoteca se constituye para financiar la construcción aun cuando se otorga tan sólo seis días antes de la finalización de la obra:

... lo cierto es que la sentencia recurrida se limita a determinar que el préstamo se concedió para financiar la construcción de los inmuebles y no su adquisición por los compradores, pues así resulta del tenor literal del contrato de préstamo, de la inexistencia de cláusulas expresas que obliguen al comprador a pagar el importe de los gastos, y de la real y efectiva existencia del préstamo ya concedido, cuando, faltando a la verdad, se menciona al contratar en términos de acto futuro... Efectivamente es cierto que sólo seis días separan el otorgamiento del préstamo hipotecario y la finalización de la obra que con él se trata de garantizar, por tanto parecería lógico inferir de tan escasa diferencia de fechas que el préstamo concedido no estaba destinado a la construcción de los inmuebles, sino para facilitar su adquisición por los compradores. Pero en la misma escritura de préstamo se expone que la prestataria ha percibido con anterioridad más de la mitad de su importe, y que del resto no puede disponer sino en función de la construcción terminada, o asegurada su terminación. En estas condiciones, cualquiera que fuera la calificación jurídica que se otorgara por los contratantes, y las palabras que utilizaran en la concesión del préstamo, lo cierto es que la entidad prestataria, al convenirlo, había percibido gran parte de su importe y había construido las viviendas. De modo que si su amortización por los compradores facilitaba efectivamente la adquisición de los inmuebles, en modo alguno habían de pagar los gastos de su constitución por expresa disposición de ley, pues resulta evidente que había sido destinada sólo a financiar la construcción.

La nulidad de la cláusula que hace recaer en el comprador los gastos de cancelación de la hipoteca constituida por el promotor para financiar la construcción es independiente del hecho de que la hipoteca se constituyera o no también en su beneficio. A esto responde la SAP de Barcelona de 22 de febrero de 2005:

Aduce la recurrente que no es abusiva la repetida cláusula porque en definitiva la hipoteca se constituyó también en beneficio del comprador. Ninguna base hay para concluir que así fuera. La carga la formalizó la promotora sobre la total edificación, obviamente para financiar la construcción. Que a los compradores (en general) les interesara subrogarse en la misma es una simple e interesada afirmación que puede corresponderse a la realidad en algunos casos, pero no en todos, como lo prueba el hecho de que el aquí demandante prefiriera satisfacer al contado la totalidad del precio pactado...

Sin embargo, no son pocas las sentencias que concluyen, en un sentido radicalmente opuesto, que con base en el principio de libertad de pactos, la cláusula por la que el comprador asume estos los gastos derivados de la cancelación de la hipoteca en supuestos de no subrogación no ha de ser considerada abusiva. Así la SAP de Valencia de 17 de junio de 2004 o la de la AP de Málaga de 6 de abril de 2004, en este último caso sobre contrato redactado conforme a un condicionado particular y otro general predispuerto e impuesto a una pluralidad de contratantes, sin embargo y con base al principio de autonomía de la voluntad, considera que *las cláusulas han sido negociadas individualmente y aceptadas libre y voluntariamente por la interesada, asumiendo todas sus consecuencias*. La Sentencia tiene en cuenta el dato de que la compradora dejara transcurrir el plazo de tres años para reclamar judicialmente, y no había denunciado con anterioridad lo que consideraba una actitud de la promotora desproporcionada, abusiva y originada por estar en una situación de privilegio. Y considera que *no se ha demostrado en debida forma que se le impusieran unilateralmente las condiciones, cercenando de ese modo la facultad que le correspondía de formalizar por su cuenta el préstamo más favorable para sus intereses. Por lo tanto lo lógico es entender que la demandante delegó libre y voluntariamente en la vendedora la facultad de actuar sin cortapisas en lo relativo a la obtención del préstamo...* Sobre la misma base de la libertad de pacto se pronuncia la SAP de La Rioja de 30 de diciembre de 2002.

Se trata de dos posicionamientos jurisprudenciales radicalmente diferentes, en supuestos sustancialmente idénticos, lo que resulta difícil entender. Parece claro que el sistema que propugna la LGDCU, la situación de desequilibrio existente en la contratación, la imposición de los condicionados y, sobre todo, la carga de la prueba de la negociación de las cláusulas, que debe recaer siempre sobre el promotor que la alega, así como el carácter imperativo del listado de la Disposición Adicional primera, deben determinar que se concluya el carácter abusivo de las cláusulas que se inserten en alguno de sus supuestos y que sólo en los casos en que claramente conste acreditado que el desequilibrio no se produjo y que el comprador tuvo la oportunidad real y efectiva de intervenir en la negociación, entre en juego el principio de libertad de pactos.

Por otro lado, no es infrecuente encontrar cláusulas en las que se impone al comprador el pago de los intereses de un préstamo concertado por el promotor antes de haberse entregado la vivienda. En el contrato se estipula que los intereses del préstamo corren por cuenta del comprador desde el momento mismo en que esos intereses comenzaron a devengarse, lo que sucede antes incluso de que se concertara la compra del inmueble (SAP Sevilla 17 julio 1993). En este caso, el juzgador a quo estima la demanda y condena a la promotora a devolver

Determinada que la hipoteca financia la construcción y no la compra, y a pesar de la claridad y contundencia de la Disposición Adicional y del carácter imperativo de la norma, aún encontramos sentencias contradictorias sobre la posibilidad de hacer recaer en el comprador los gastos de cancelación de esa hipoteca, en los supuestos en que no opte por subrogarse en la misma:

La SAP de Badajoz de 27 de julio de 2006, con cita de otras, anula por abusiva la cláusula que impone al comprador los gastos de cancelación de la hipoteca en caso de no subrogación:

La controversia, por tanto, se limita a determinar la validez y eficacia de la cláusula, libremente aceptada por los demandantes, por la que éstos se obligan a sufragar los gastos derivados de la hipoteca concertada por la promotora habiéndose declarado reiteradamente (SSTS 24-VII-2002, 1-VI-2000; SSAP Madrid 21-III-2006, 5-XII-2005, 3-X-2005, SAP Valencia 27-4-2006, por todas) que en tales supuestos la aplicación de lo dispuesto en la LGDCU conduce a reputar nulas de pleno derecho las cláusulas que desplazan la carga de los gastos resultantes de tal hipoteca sobre el comprador de la vivienda, sin que quepa oponer el art. 1255 CC, pues el pacto descrito infringe una norma prohibitiva, y atenta contra la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones de los contratantes. Esta declaración de nulidad radical, que impide, por tanto, subsanación o confirmación, descarta, la aplicación de la llamada por el recurrente "teoría de los actos propios" y asimismo que con ello se produzca el alegado perjuicio patrimonial de la entidad demandada o el correspondiente enriquecimiento injusto de la actora pues no puede tacharse de injusto lo que es conforme a la ley ni las consecuencias que de su recta aplicación se derivan.

A idéntica conclusión llega la Audiencia Provincial de Valencia (19 de junio de 2006), la de Madrid (21 de marzo de 2006, 1 de julio de 2004, 18 diciembre de 2003, 23 de septiembre de 2002; 8 de noviembre de 1993, 28 de enero y 8 de julio de 1994, entre otras), la de Zaragoza (13 de septiembre de 2005); la de Cádiz de 10 de marzo de 2005; la de Alicante de 18 de enero de 2005; o la de la Audiencia Provincial de Málaga de 15 de marzo de 2005.

La SAP de Valencia de 12 de mayo de 2006 (al igual que la de Madrid de 5 de diciembre de 2005) concluye además la imposibilidad de negociación de tales cláusulas, por tener el art. 10. bis de la LGDCU un claro carácter imperativo, no pudiendo por tanto una cláusula de otro tenor estar amparada en la libertad de pactos:

el tenor de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), general para la defensa de los consumidores y usuarios "aplicable al caso dada la incontestable condición de consumidor del Sr. Evaristo (art. 1.2 de la Ley), de cuyo articulado resultaría la imposibilidad siquiera de someter a negociación dicho tipo de cláusulas, en tanto que en su artículo 10 bis, 2 se declara taxativamente que "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo", estableciendo dicho precepto en su apartado primero que "en todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley", incluyéndose entre tales en el número 22, (IV Sobre garantías), "la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa correspondan al profesional. En particular, en la primera venta de viviendas (cual es el caso de autos), la estipulación de que el comprador ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecar para financiar su construcción o su división y cancelación). Por tanto, no era posible que la entidad Guadalmedina SA incluyera en el clausulado de su contrato de compraventa cláusulas como las que son objeto de autos, por así venir establecido por disposición legal y sin que, por ende, tal clausulado pueda quedar amparado por el principio de libertad contractual que se viene a alegar por la parte recurrente.

sujeto pasivo, ni se le indica de manera al menos aproximada el posible importe de la obligación que asume ni la fecha en que estará obligado al cumplimiento de esa prestación. Además, la cláusula produce un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes pues se trata de la imposición de una obligación al comprador que carece de toda contraprestación por parte del vendedor, el cual es el sujeto pasivo del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana como único beneficiario del lucro obtenido por dicha revalorización del precio del suelo, pero sin embargo pretende con la cláusula que el comprador sea el que cargue con la obligación tributaria del propietario vendedor, de tal manera que este percibe absolutamente todo el beneficio de la plusvalía eximiéndose de toda obligación tributaria, la cual repercute sobre el comprador, al que impone esta carga contractual sin efectuar contraprestación alguna por su parte. Es decir, que le obliga a realizar gratuitamente, sin causa contractual alguna, el pago de un impuesto que grava al vendedor, sin que esta prestación que se impone al comprador tenga una contrapartida en el contrato de compraventa que la justifique. Y como esta cláusula no ha sido objeto de negociación individualizada entre las partes, sino que fue impuesta en el contrato al comprador, perjudica notoriamente al mismo, desequilibra los derechos y obligaciones de las partes y no respeta la buena fe contractual, ha de reputarse abusiva y consiguientemente, nula de pleno derecho.

La numerosa jurisprudencia que concluía el carácter no abusivo de la cláusula que hace recaer en el comprador el gasto de plusvalía se basa en la falta de acreditación de la inexistencia de negociación expresa, en la escasa cuantía de lo reclamado en proporción al montante de la operación, que determina que el desequilibrio, caso de producirse, no pueda considerarse importante; y en la validez y eficacia de los pactos inter partes.

Algunas sentencias incluso apelan a la mayor diligencia del comprador, que ha de valorar las distintas posibilidades que se ofrecen en el mercado inmobiliario y escoger la más adecuada a sus intereses.

En este sentido, la SAP de Asturias de 20 de junio de 2006, o la SAP de Cantabria, que acoge el criterio, muchas veces reiterado, de la Junta de Jueces de considerar que la estipulación no tenía encaje en la disposición Adicional 1^a, n^o 22 que recoge un supuesto distinto, además de hacer referencia a no haberse acreditado la falta de libertad en la contratación ni el desequilibrio importante por la cuantía de la reclamación.

Es particularmente ilustrativa la SAP de Murcia de 15 de diciembre de 2004, que se basa, en el principio de libre competencia del mercado inmobiliario y en la posibilidad del comprador de escoger libremente entre las distintas opciones que se le ofrecen:

SEGUNDO Pues bien, aun admitiendo que aquel contrato privado, posteriormente elevado a escritura pública, pueda acomodarse a lo que se conoce con el nombre de "contratos de adhesión", coincidiendo con el parecer de la Audiencia Provincial de Soria expresado en su sentencia de 22 de julio de 2002 (núm. 152/2002, rec. 180/2002 [JUR 2002, 246514]), de ello en modo alguno se sigue necesariamente la ilicitud o nulidad del mismo o de alguna, porque ni los contratos de adhesión ni las condiciones generales que integran éstos son por sí mismas ilícitos o atentatorios a la libertad de contratación del comprador de viviendas que adquiere éstas de la promotora en virtud del contrato, en la medida en que el mercado inmobiliario español no se ajusta a un régimen de monopolio sino que, por el contrario, está presidido por el principio de libre competencia, lo que faculta al consumidor para obtener, con plena libertad, la vivienda o inmueble de la entidad promotora cuya oferta de contratación mejor convenga a sus particulares intereses.

O la SAP de Málaga de 5 de noviembre de 2003, que deduce del hecho de que uno de los compradores de la promoción inmobiliaria dispusiera de la posibilidad de negociar indivi-

ver las cantidades pagadas por el comprador, por ser la cláusula abusiva, pero la AP Sevilla revoca la anterior con base en el principio de la autonomía de la voluntad, que hace que el principio pro consumidor ceda a su favor. En cambio la Audiencia Provincial de Cantabria resuelve a favor del consumidor en la Sentencia de 11 de abril de 2006, por total ausencia de contraprestación para el vendedor:

... la cláusula octava del contrato resulta nula de pleno derecho, en la medida en que atribuye al comprador los intereses del préstamo hipotecario concedido al promotor por el tiempo que va desde la fecha de certificado final de obra hasta la entrega del objeto de la compraventa, y ello por cuanto si bien resulta lícito y normal mecanismo de financiación la suscripción de un préstamo hipotecario por el promotor y la subrogación del comprador en la parte correspondiente al piso adquirido como pago del precio o parte del mismo, carece de contraprestación para el vendedor que el comprador se obligue al pago de los intereses antes de la escritura de compra y correspondiente subrogación en la hipoteca

F. c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional.

Esta nueva formulación que realiza la Ley 44/2006 pretende atajar la disparidad de criterios de las distintas audiencias en el tratamiento de la repercusión al comprador del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía).

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 18 de marzo de 2002 considera nula la cláusula por ser impuesta, contraria a la buena fe en perjuicio del consumidor:

Efectivamente, hemos de considerar que el legislador, cuando establece un impuesto como es el denominado de Incremento del Valor de los Terrenos, tiene en consideración el argumento de equidad relativo a que el municipio, como ente que ha de servir y atender los fines de la comunidad, ha de tener derecho a beneficiarse del aumento de valor que viene dado por la diferencia entre el precio satisfecho en su día y el obtenido después al enajenar el inmueble, pues tal beneficio es ajeno al vendedor, lo que le convierte en sujeto pasivo de la obligación tributaria. Alterar este sistema legal por la vía de una cláusula innegociable que se incluye por la parte vendedora en el contrato de adquisición de una vivienda, deviene una actuación contraria a las normas de la buena fe que desequilibra la balanza a favor de la posición más fuerte, perjudicando al consumidor ... A tales conclusiones no obstan las alegaciones que brillantemente expuso la parte demandada en conclusiones. Como el hecho de que el contenido de la cláusula lo conocieran los actores desde el año en que hicieron la reserva, pues el tantas veces citado art. 10 bis no exige el desconocimiento o conocimiento con cierta antelación de la cláusula en cuestión, bastando que la misma reúna los requisitos que ya se expresaron y que han quedado analizados... respecto a la alegación realizada por la entidad demandada relativa a que el desequilibrio de prestaciones es escaso pues escaso es el montante del impuesto, que tal cuestión es relativa, dado que resulta paradójico precisamente la parte que según la demandada está obligada al pago estima que es elevado, mientras que tal parte que no quiere pagarlo y que pretende cargar con su importe a la contraria lo considere de escasa cuantía.

En similares términos la SAP de Sevilla de 23 de febrero de 2005 y la de 19 de enero de ese mismo año, concluyen la abusividad de la cláusula con base en la carencia de contraprestación de la imposición al consumidor:

... es contraria en perjuicio de la parte adherente compradora, a lo que dispone la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RCL 1984, 1906) por cuanto carece de concreción (art. 10.1 a) LGDCU) ya que no se explica al comprador la naturaleza del tributo, quien es el

tribunal competente para conocer de las controversias que la interpretación o cumplimiento de ese negocio pudiera suscitar, que normalmente se corresponde con el domicilio del vendedor. En la práctica, la inclusión de estas cláusulas en los contratos de adhesión no es sino una forma de imposición negociada de la parte más fuerte a la más débil, de modo que la negociación y el verdadero sentido del pacto brillan por su ausencia, por la que se pretende favorecer al empresario y dificultar el acceso del consumidor al ejercicio de las acciones judiciales que pudieran ser oportunas, al obligarlo a actuar en un lugar lejano a su ámbito.

La admisión de este tipo de pactos se producía, con carácter general, conforme al principio de autonomía de la voluntad, y la jurisprudencia mantuvo su validez; incluso en la LEC 1881 se disponía (a. 56) que *será juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de acciones de toda clase, aquel a quien las litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente*. Sin embargo, este precepto derivó en situaciones de extralimitación en atención a la indefensión de la parte más débil, que renunciaba a su propio fuero a favor del domicilio de la parte contratante más fuerte. Situaciones que eran admitidas por la jurisprudencia del TS, STS de 18 de junio de 1992: *la contratación por adhesión no es, por sí misma, una fuente automática de nulidades y su apreciación es en el fondo, no en el juicio de competencia que, forzosamente, debe ser previo y relativamente superficial*; o la de 22 de julio de 1992: *... al existir una indiscutible sumisión perfectamente suscrita por la parte demandada, no es posible entender que por el mero hecho de que esa cláusula esté inmersa en un contrato a su vez impreso y que pueda catalogarse como un contrato de adhesión, sea susceptible de provocar la nulidad de dicha cláusula*.

Después de la aprobación de la Directiva 13/93 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la jurisprudencia va acogiendo el argumento del equilibrio de los derechos y obligaciones de los contratantes para condicionar la eficacia de este tipo de clausulado: STS 20 de julio de 1994 y 23 de julio de 1993: *este tipo de cláusulas sumisórias, cuando aparezcan en contratos de adhesión que impiden a la parte suscriptora de los mismos influir en su contenido, no tienen para la determinación de la competencia el valor que el art. 57 LEC concede a las sumisiones; así, cuando se trate de una cláusula redactada previamente, en la que no existía negociación individual y sobre cuyo contenido el consumidor no haya podido influir, la cláusula debe tenerse como nula y no puesta*.

Esta dirección se ve consolidada por numerosas sentencias que configuran una doctrina altamente restrictiva respecto a las cláusulas de sumisión expresa. No obstante, cuando el pacto de prorrogación de fuero no contrarie la buena fe ni el justo equilibrio de las prestaciones el TS sentencia que *las cláusulas de sumisión son perfectamente admisibles*. STS 4 diciembre de 1996; 31 octubre de 2000: *la cláusula fue aceptada en uso de la libertad contractual por el comprador en cuanto la nota de entrega fue firmada en su anverso, en el que figuraba, además de los datos del comprador y de la entidad vendedora, como único texto impreso la cláusula de sumisión expresa ... cuyo formato es de fácil lectura, y aparece con claridad la determinación de su contenido*.

El Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 12 de julio de 1996 estableció la doctrina (reiterada por las Sentencias de 14 de septiembre y 30 de noviembre de 1996, 1 de febrero, 12 de mayo, 5 de julio y 28 de noviembre de 1997 y de 20 de febrero de 1998, entre otras) a cuyo tenor *las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión en favor de los Juzgados correspondientes a la sede del empresario en detrimento del fuero más*

dualmente las condiciones de la compraventa el que no existiera inconveniente para que los demás hubieran procedido de igual modo.

Este texto, y otros parecidos, que nos parece cuando menos, sorprendente y que denota un claro desconocimiento de la realidad del mercado inmobiliario, se repite en no pocas sentencias para negar el carácter abusivo de las cláusulas. Decir que en el mercado inmobiliario el comprador tiene la posibilidad de escoger libremente entre distintas opciones, o que el hecho de suscribir una cláusula supone que ha existido libertad en la contratación, que ha tenido la posibilidad de discutir y alterar su contenido, se aleja totalmente de la dinámica más habitual en este tipo de contratación, y supone, a nuestro entender, una falta de asimilación del sistema establecido en nuestra legislación para proteger los derechos de los consumidores en estas situaciones de desigualdad en la contratación. El hecho de contratar con base a condiciones generales con empresario o profesional conforme a un clausulado predispuesto e impuesto, y teniendo el comprador el carácter de consumidor ha de suponer por sí la necesidad de que, si la cláusula puede ser incluida en algunas de las que contiene la Disposición Adicional 1ª de la LGDCU, se acredite por parte del empresario que ha existido negociación individual para poder afirmar la existencia de libertad de pacto; estando la carga de la prueba a cargo del vendedor, resultan erróneas las sentencias que indican que no se ha acreditado la imposición de la cláusula, cuando en estas condiciones debiera haber sido el empresario el que probara la negociación particular sobre la cláusula en cuestión.

Ante la dispersión jurisprudencial y la injusticia de la situación, la Ley de Mejora pretende zanjar la cuestión con una cláusula concreta al respecto, de cuyo desarrollo en su aplicación jurisprudencial iremos tomando conciencia, pero que al menos de momento ha conseguido que una buena parte de las promotoras no incluyan ya este tipo de cláusulas en sus contratos.

F.d) La imposición de cláusulas que deriven al comprador los gastos de accesos a suministros generales de la vivienda. (Disposición Adicional 1ª. 22.d.)

No es infrecuente la inclusión de cláusulas en los contratos en las que el adquirente asuma la parte proporcional de las acometidas del edificio, altas de alumbrado, fuerza, agua, etc, e incluso contadores de la vivienda. Este tipo de cláusulas ya venían calificándose de abusivas antes de que la Ley de Mejora concretara expresamente tal carácter, por la vía del carácter abusivo de las estipulaciones que suponen un aumento del precio final al momento de la entrega sin que existan razones objetivas (Disp. Ad. 1ª 7ª), o por no corresponder a verdaderas prestaciones adicionales (Disp. Ad. 1ª 24ª); los gastos de acometida y enganche de suministros constituyen un elemento necesario para que las viviendas gocen de las adecuadas condiciones de habitabilidad, pues no se concibe que las viviendas pudieran entregarse adecuadamente sin estos servicios (SAP de Asturias de 30 de septiembre de 2005 y SAP de Cantabria de 11 de abril de 2006).

G) El establecimiento de cláusulas de sumisión expresa. (Disposición Adicional 1ª, nº 27)

La cláusula de sumisión es una declaración de voluntad extraprocésal por la que las partes de una relación jurídica, con carácter preventivo, establecen de común acuerdo a través de un pacto accesorio de otro negocio jurídico el fuero convencional, esto es, cuál debe ser el

res básicos de garantía del sistema de protección del consumidor, pues por su intervención el comprador podría obtener conocimientos importantes sobre el verdadero alcance de las cláusulas, de sus posibilidades de impugnación e incluso de su modificación o eliminación, o realizar manifestaciones respecto a alguna de ellas. Sin embargo, la realidad cotidiana nos demuestra que la función del notario se limita a una somera lectura documental, que rara vez proporciona información adicional alguna al comprador ni contribuye al equilibrio de las partes en la contratación.

Y es que la función de información, asesoramiento y fiscalización del notario puede ceder ante la vinculación existente entre el fedatario público y el promotor, que al cabo es su fiel cliente y que procurando su intervención se garantiza la ausencia de "problemas" a la hora de la firma de las escrituras.

Por ello el derecho a la elección de notario se constituye, como derecho irrenunciable, como uno de los pilares básicos del sistema de protección del consumidor, siendo nula toda determinación de notario que conste en documento privado previo a la escritura, tanto si se formula como renuncia unilateral, como si aparece bajo la fórmula de pacto o acuerdo. Como cláusula que limita sus derechos, es contraria a la buena fe, y por tanto nula, toda cláusula en la que el transmitente determina unilateralmente el notario autorizante, como aquella otra en que el comprador renuncia a su derecho a designar notario (todo ello salvo que se acredite que el comprador conoce su derecho, y a pesar de ello, y consciente de los riesgos que entraña, se limita a aceptar el notario sugerido por el promotor).

En tal sentido se pronuncia la SAP de Málaga de 2 de febrero de 2006 anula la cláusula inserta en el contrato privado por el que el comprador elige un concreto notario y concluye que se trata de una estipulación impuesta, destinada a burlar el derecho del adquirente a la libre elección de fedatario; considera que a la promotora correspondía acreditar la negociación de la cláusula, lo que le habría resultado muy fácil simplemente acreditando que el resto de las escrituras de la promoción se habían otorgado en otras notarías.

I) **Nulidad de cláusulas impuestas por el promotor en el título constitutivo de la propiedad horizontal**

Los contratos privados de viviendas en fase de construcción contienen, por regla general y utilizando diversas fórmulas, una autorización genérica del comprador para que el promotor quede facultado para formalizar la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y constitución del complejo inmobiliario en régimen de propiedad horizontal, estableciendo con ello las normas de comunidad, las cuotas de participación, y constitución de derechos, servidumbres, mancomunidades, etc, sin limitación alguna.

La polémica jurisprudencial (y doctrinal) existente sobre si está legitimado activamente el promotor para otorgar por sí solo la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal cuando ya se ha iniciado el proceso de ventas o si deben intervenir en ella los que hasta ese momento hubieran suscrito contrato privado de la vivienda en construcción se resolvió dando cabida a éstos inicialmente, a fin de proteger sus intereses como compradores (STS de 3 de febrero de 1975 y de 3 de diciembre de 1986), para después modificar el criterio imperante en sentido contrario, con base a la teoría del título y el modo, de tal forma que, al no haberse producido el traditio ni en consecuencia la adquisición de la propiedad, los

equilibrado y natural relacionado con el lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del comprador, consumidor o usuario, deben ser reputadas nulas y, por ende, ineficaces.

Tras la aprobación de la LCGC y la introducción del listado de cláusulas abusivas en la DA 1ª de la LGDCU, se resuelve el problema desde el punto de vista del derecho positivo. A partir de aquí se suceden los pronunciamientos que con claridad declaran la nulidad de las cláusulas sumisórias por conllevar un desequilibrio injustamente perjudicial para el adherente, por pretender el predisponente dificultar el derecho de defensa del adherente, cuya nulidad deriva de que el pacto se incluye en el seno de un contrato predispuesto y no negociado con libertad por las partes.

Por todas, citaremos la SJMER de Málaga de 1 de septiembre de 2006:

En la actualidad, por mor de la citada transposición, sobre condiciones generales de la contratación, debe reputarse sin duda alguna abusiva en Derecho de consumo español toda cláusula que contenga "la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si fuera inmueble" (Disp. Adicional 1ª, IV, apartado 27, LGDCU). Esa norma legal prácticamente había sido ya adelantada por el Tribunal Supremo, el cual de un modo rotundo a partir de la sentencia de 12 de julio de 1996 había establecido la doctrina (reiterada por las sentencias de 14 de septiembre y 30 de noviembre de 1996, 1 de febrero, 12 de mayo, 5 de julio y 28 de noviembre de 1997 y de 20 de febrero de 1998 a cuyo tenor las cláusulas de sumisión expresa contenidas en los contratos de adhesión en favor de los Juzgados correspondientes a la sede del empresario en detrimento del fuero más equilibrado y natural relacionado con el lugar de cumplimiento de la obligación y el domicilio del comprador, consumidor o usuario, deben ser reputadas nulas.

H) **La cláusula que impone al notario autorizante de las escrituras.- (Disposición Adicional 1ª nº 27)**

La Disposición Adicional 1ª, 27ª prohíbe los pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

A pesar de la dicción de la Disposición, es más que frecuente encontrar cláusulas en las que, dándole la forma de un acuerdo u opción a favor del comprador que en la mayoría de los casos es inexistente, éste de antemano manifiesta su voluntad de suscribir la futura escritura con el notario concreto que le "sugiere" la promotora. En la mayoría de los casos el comprador no da importancia a tal referencia, pues casi siempre desconoce la trascendencia de la función del notario en la formalización de la escritura.

Pero al notario le es atribuida legalmente lo que sería, si se produjera, una importantísima función protectora de los derechos del consumidor, mediante la proporción del adecuado asesoramiento, conforme a lo establecido en el recientemente modificado art. 147 in fine del Reglamento Notarial: *Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios.*

Esto, y la exigencia de imparcialidad e independencia que deben presidir la función notarial, determina que el notario, fuera quien fuera, se debería constituir como uno de los pla-

mentos comunes, etc., haciendo valer su única voluntad y anulando la que los comuneros pudieran expresar en el seno del órgano de gobierno de la comunidad.

En igual sentido la SAP de Cádiz de 29 de diciembre de 2003, que anula por abusiva la cláusula inserta en el título constitutivo de la propiedad horizontal por la que la promotora se exime de contribuir a los gastos comunes del conjunto mediante la exoneración a las parcelas no edificadas, y hasta tanto se constituyera la comunidad de propietarios correspondiente a cada parcela y edificio, de contribuir a los gastos de conservación y mantenimiento de la zona deportiva y recreativa. O la SAP de Guipúzcoa de 30 de junio de 2000, que anula una cláusula de la escritura de división horizontal por la que la promotora contribuirá sólo en un 10% de los gastos del garaje, hasta tanto no vendiera las plazas, cargando el 90% restante sobre los demás copropietarios. O la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de marzo de 1999, que anula por abusiva la imposición a los copropietarios del 75% de los gastos comunes atribuibles a las fincas no vendidas, a prorrata de su participación en el total.

La STS de 21 de marzo de 2007 resuelve en sentido contrario un supuesto similar, si bien con base en que resulta acreditado que los compradores conocían con carácter previo a la firma notarial de la escritura de compraventa la disposición estatutaria de reserva de derechos a favor del comprador cuya nulidad se pretende.

V. MEDIDAS A ADOPTAR PARA MEJORAR LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR INMOBILIARIO

A pesar de las medidas legislativas, administrativas y de control judicial para la protección de los consumidores inmobiliarios, es un hecho cierto que las situaciones de desprotección se siguen produciendo, y se detecta además un especial empeño de las costeadísimas asesorías jurídicas de las empresas inmobiliarias para sortear los obstáculos que para mantener su situación de poder en la contratación se imponen desde la regulación normativa, y se aprecian estipulaciones contractuales cada vez más elaboradas y camufladas con la intención de burlar sutilmente las declaraciones de nulidad por abusividad que se suceden en los Tribunales. Encontramos así contenidos contractuales con apariencia de legalidad en los que, enmascarados, persiste la situación de desequilibrio y la imposición de cláusulas que perjudican al consumidor.

Para mejorar la protección del consumidor se proponen, las siguientes medidas:

1. Formación de Jueces y Magistrados. Creación de Juzgados especializados en materia de consumo

No cabe duda de que el esfuerzo realizado, tanto desde el punto de vista legislativo como administrativo, para garantizar los derechos del consumidor adaptándonos a una realidad económica y negocial radicalmente diferente a la conocida hasta hace pocos años ha sido encomiable. Con el espaldarazo definitivo de las exigencias comunitarias, desde 1984 se han venido sucediendo normas que han supuesto una auténtica revolución si desde el punto de vista de la contratación más tradicional lo observamos, configurando lo que algunos autores afirman constituye un auténtico Derecho de Consumo.

compradores (salvo que hubieran tomado posesión material de la vivienda) no podrían tener intervención en la constitución del título de propiedad horizontal.

Tomando como partida esta última postura, sin embargo esto no significa, como indica la SAP de Pontevedra de 10 de octubre de 2000, que todo lo que se haya recogido en el título constitutivo sea inimpugnable y que todo lo en él establecido pueda sostenerse jurídicamente, aunque trate de obtener un anclaje, aparentemente legitimador, en los documentos privados, primero, y en las sucesivas escrituras de venta posteriores, so capa de una aceptación de los compradores. Y la impugnación de estas estipulaciones ha de venir de la mano del régimen de cláusulas abusivas.

(...) Si por ser todavía propietario único estaba legitimado el promotor para otorgar por sí solo el título constitutivo de la propiedad horizontal al tiempo que lo hizo, no habría inconveniente para admitir que en la cláusula pudiese decir en los documentos privados, sin objeción, que aquél formalizaría en su día la correspondiente escritura. Pero no cabe ya validar, a partir de ahí, las omnímodas facultades del otorgante, pues es jurídicamente un contrasentido decir que se autoriza un acto constitutivo de la propiedad horizontal para instaurar, como de hecho se instauró, un régimen que vulnera la propia esencia de tal régimen comunitario. Dicho de modo más descamado: se facilita al promotor para crear un régimen de propiedad horizontal que no se va a regir por las normas de la propiedad horizontal.

Es cierto que mientras aquél es dueño único puede actuar por sí solo y configurar a su voluntad el régimen de propiedad horizontal, pero no puede entenderse ni admitirse que eso le otorgue carta blanca para apropiarse de unas facultades de gobierno y control en términos tales que impliquen que tras la incorporación de otros comuneros, éstos carezcan ya, "ab initio", de las facultades inherentes al régimen de propiedad horizontal.

En el supuesto resuelto por la sentencia que acabamos de referir el promotor se reserva, entre otras, facultades de modificación de elementos comunes y de cuotas de participación, constituir servidumbres, modificar proyectos arquitectónicos y alterar la construcción, incluso con uso de elementos comunes; preve el no devengo de gastos comunes hasta tanto no se vendan los pisos; todo ello sin necesidad de dar cuenta a quien represente a la Comunidad...

... la aceptación de los compradores se produce en el seno de un contrato de adhesión. Entendemos que concurren los elementos propios de esta figura. El contenido ha sido prefigurado por una sola de las partes, precisamente en la cláusula de aceptación de las absolutistas facultades del promotor, reproducida en todos los contratos con cada uno de los adquirentes. Es claro que se trata de una cláusula a cuya sumisión viene condicionada la posibilidad de celebración del contrato; quien aspire a adquirir la vivienda debe aceptar ciegamente la cláusula citada de conformidad y aprobación de las reservas a favor del promotor.

Esto nos lleva a valorarla a la luz de la Ley 26/1984 de 19 de julio. Es obvio que la repetitiva y unánime conformidad que los compradores van prestando a la reserva de facultades a favor del promotor-vendedor, es una cláusula abusiva por contraria a la buena fe y al equilibrio de las prestaciones que el art. 10.1 c) de la precitada Ley impone como límites y requisitos de las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se aplican a la oferta, promoción o venta de productos o servicios. Y es cláusula abusiva por cuanto perjudica de manera desproporcionada y no equitativa al adquirente, al tiempo que le aboca a una situación de desequilibrio en relación a los derechos que como comunero le debían corresponder con arreglo a la ley. No de otro modo puede calificarse la voluntad omnímoda del promotor que le coloca al margen y por encima de la Junta de propietarios, con facultades para modificar el título constitutivo, modificar las cuotas, afectar ele-

adecuadamente el marco de protección a cualesquiera colectivos que, en sus operaciones con grandes empresas, se comportan de facto como auténticos consumidores pero, hoy por hoy, no son beneficiarios de las garantías en la contratación que la ley otorga a éstos.

3. Control preventivo de Notarios y Registradores

Obtener una eficaz protección del consumidor inmobiliario pasa por ampliar y reforzar la función de control que la ley otorga a Notarios y Registradores, de manera que las posibilidades de intervención y denegación de inscripción de cláusulas alcancen a supuestos en los que no sea precisa la declaración judicial de abusividad.

En la actualidad, los Notarios sólo pueden denegar su intervención y los registradores calificar el carácter abusivo de las cláusulas que hayan sido declaradas nulas por sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 10.6 LGDCU). La Resolución de la DGRN de 19 de abril de 2006 revoca la nota de calificación como abusivas de determinadas cláusulas arguyendo que el Registrador no puede erigirse en una suerte de juez que declare la nulidad de determinadas cláusulas por contravenir dicha normativa sin que previamente exista la pertinente declaración judicial de tal nulidad. Según la Resolución, el control de validez de las cláusulas generales corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales.

Esta respuesta del sistema disminuye considerablemente, hasta hacerlo casi inexistente, el control preventivo, privándolo de gran parte de su eficacia. Por ello sería preciso establecer mecanismos legislativos para facilitar la intervención notarial y la calificación registral en los supuestos de cláusulas claramente insertables en alguno de los supuestos de la lista negra, o que conculquen frontalmente una norma imperativa o prohibitiva, práctica totalmente coherente con la función de control de la legalidad que impregna la actuación de Notarios y Registradores.

4. Garantía de la libre elección de notario

La reciente reforma del Reglamento Notarial, operada por Real Decreto 45/2007 de 19 de enero tiene entre sus objetivos reforzar el régimen de libre elección de notario:

... se adoptan las medidas imprescindibles para reforzar el régimen de libre elección del notario pues este, como funcionario público que controla la legalidad (artículo 17 bis de la Ley del Notariado), ha de prestar su función en régimen de plena independencia e imparcialidad, sin que puedan existir circunstancias que pongan en riesgo o dificulten tan esencial nota; no obstante, estas medidas deben coordinarse de modo adecuado con el ejercicio de la función pública notarial en libre concurrencia, pues la eficiencia del sistema depende del necesario equilibrio entre ambas facetas, primando de ese modo el derecho del usuario a elegir al notario que crea conveniente, pues exigiendo la función pública notarial el necesario asesoramiento al otorgante del acto o negocio jurídico, resulta obvio que éste ha de elegir al notario que mayor confianza le merezca. En consecuencia, se modifican los artículos 117 a 142 del Reglamento Notarial.

Resultado de este propósito manifestado en la Exposición de Motivos es el nuevo artículo 126:

Todo aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se le preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquéllos.

El Derecho español optó por adoptar un sistema híbrido, en que las normas del Código Civil mantienen la regulación de los contratos decimonónicos entre particulares, en tanto que las relaciones de empresas y profesionales con consumidores han de regirse por lo preceptuado en la LGDCU y la LCGC de forma tal que, constatándose que nos encontramos ante una relación de consumo por realizarse entre empresario y consumidor mediante contratos adhesivos, predispuestos, en situación de desequilibrio y con cláusulas no negociadas, deben entrar en juego las normas imperativas de la Disposición Adicional 1^a, de manera que cualquiera de las cláusulas que puedan ser incluidas en algunos de sus supuestos, y aquellas otras que revisitan los caracteres del art. 10 bis de la LGDCU, sean calificadas nulas por abusivas, salvo que en el caso concreto conste debida y claramente acreditado que existió negociación específica respecto de la cláusula en particular, estando para ello la carga de la prueba a cargo del empresario que alega la negociación, y resolviéndose en caso de duda a favor del consumidor.

El sistema así articulado no deja de ser complejo, de lo que se deriva una deficiente protección práctica del consumidor en lo que a la interpretación jurisprudencial se refiere, de forma tal que, a pesar del tiempo transcurrido desde la incorporación del listado de cláusulas abusivas, aún encontramos con demasiada frecuencia sentencias que desestiman las pretensiones del consumidor con base en una supuesta negociación que no se ha acreditado que no se produjera; o que refiere que el consumidor, estando regido el mercado inmobiliario por el principio de libre competencia, podría haber elegido contratar con la empresa que le ofreciera un contenido contractual más adecuado a sus intereses...

Se deduce de resoluciones como éstas una falta de asimilación de la posición del consumidor en la contratación, de sus nulas posibilidades de intervención en el contenido negocial, y un olvido del carácter necesario, imperativo, de ius cogens, del listado de la Disposición Adicional, y del principio pro consummatorem de la interpretación contractual.

Desde este punto de vista, sería conveniente la creación de Juzgados especializados en materia de consumo, que serían competentes para conocer los litigios que se suscitasen en materia de consumo entre empresarios o profesionales y consumidores. La creación de estos Juzgados exigiría el refuerzo en la formación de los juzgadores y llevaría consigo su sensibilización en la realidad social y jurídica de la problemática del consumidor; además se iría creando un cuerpo jurisprudencial menos disperso que redundaría en beneficio de la seguridad jurídica.

2. Ampliación del concepto de consumidor o su redefinición legislativa

Como ya se ha puesto de manifiesto, el concepto de consumidor establecido por la LGDCU no da adecuado amparo a situaciones en las que, aún contratándose con empresario o profesional en clara situación de desigualdad; aún suscribiendo condicionados generales predispuestos e impuestos por el empresario, el contratante, pequeño o mediano empresario o profesional, no puede ser encuadrado dentro del concepto restrictivo de consumidor al destinar el producto, en todo o en parte, a su actividad.

Como quiera que una interpretación amplia del concepto, que dé cabida a los supuestos en que se produzca efectiva desigualdad en la contratación, que es la razón que justifica la especial protección, está teniendo una muy tímida respuesta jurisprudencial, sería conveniente redefinir desde el punto de vista legislativo el concepto, de tal forma que se otorgue la especial protección a la parte contractualmente más débil del negocio jurídico. Esto ampliaría

nes, y que sea en este caso el empresario el que tenga la carga de acudir al procedimiento judicial para, acreditando la negociación, obtener la validez de la cláusula.

Es decir, en los supuestos de contratos de adhesión con consumidores, las cláusulas de la lista negra deben ser *siempre* nulas por abusivas, quedando la definición contenida en el art. 10. bis 1 de la Disposición Adicional para la determinación del carácter abusivo o no de otros supuestos no contemplados en la Disposición Adicional.

6. Control previo de legalidad de los contratos

La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es, por mandato constitucional, materia de orden público; ello justifica sobradamente que la intervención administrativa conviva con la judicial en el control de abusividad de las cláusulas incorporadas a contratos de adhesión celebrados con consumidores, mediante la imposición de sanciones que no están condicionadas a una previa declaración judicial.

Desde esa misma perspectiva es factible someter a control previo de legalidad la adecuación de los contratos a la legislación de protección de los consumidores. Actualmente, la Comisión de Cláusulas Abusivas constituida en el Instituto Nacional de Consumo, aunque poco conocida, somete a dicho control los contratos que voluntariamente le son sometidos. E incluso en algunas materias, como sucede con el sector de la telefonía móvil, el sometimiento al dictamen por parte del Instituto Nacional de Consumo a través de la Comisión de Cláusulas Abusivas es imperativo o preceptivo.

La trascendencia económica que la contratación inmobiliaria tiene para los consumidores, y la imposición de contratos adhesivos con condiciones generales aconseja, para garantizar una adecuada protección de los consumidores del sector inmobiliario, que se exija el visado previo de los contenidos contractuales por parte de la administración para filtrar las cláusulas que ab initio sean consideradas abusivas.

O, para dotar a la contratación de una total garantía para el consumidor, la aprobación de modelos de contratos tipo cuya utilización fuera preceptiva al menos en un contenido mínimo, depurados de condiciones generales nulas por abusivas.

En este sentido, la Comisión Asesora del Plan de Actuación en Materia de Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores en el Sector Vivienda elaboró y aprobó un condicionado general y un condicionado particular en el año 2001 que, que sepamos, no ha tenido aplicación práctica.

La exigencia preceptiva de control previo administrativo para la validez del contrato, bien a través del visado del contenido contractual o, mejor, a través de la necesaria utilización de contratos-tipo despojados de toda cláusula sospechosa, es la forma más efectiva de evitar que el empresario utilice su posición de fuerza en la contratación para imponer cláusulas en perjuicio del consumidor.

7. Incremento de la actuación inspectora y sancionadora de la administración

La Ley 13/2003 de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía otorga a la administración autonómica amplias facultades, tanto en vía inspectora, para evitar que se produzcan las infracciones y los riesgos, como en vía sancionadora, una vez producida la infracción, configurándose adecuadamente las potestades de inspección y el elenco de actuaciones sancionables y el procedimiento sancionador. Ello se ha traducido en un aumento

En las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio.

...Los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados y se abstendrán de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso de derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual.

Aunque queda suficientemente clara la definición del derecho, entendemos que esta reforma no supone una importante novedad sobre la regulación existente hasta este momento, pues no es más que la manifestación de un derecho del que el consumidor ya disponía y que, sin embargo, en la práctica viene siendo conculcado con la base en "acuerdos" previos sobre el futuro notario autorizante adoptados en el contrato privado, y, las más de las veces, consecuencia de la imposición del empresario.

De lege ferenda se propone que se considere nula en cualquier caso y por no puesta cualquier cláusula del contrato privado que suponga la definición del consumidor sobre el notario autorizante, más allá de la obligación de éste de comunicar a la promotora, con la antelación que se disponga en el documento, el notario en que desee que se realice la operación. Únicamente esta cláusula garantiza debidamente el derecho a la libre elección, asegura que el notario sea efectivamente elegido con el suficiente criterio por el comprador, contando con el tiempo necesario para informarse y tomar una decisión al respecto, y ahorra además las dudas acerca de la posibilidad de que el preestablecimiento de este contenido haya o no sido negociado, o se trate de una imposición de la parte preeminente en la contratación.

5. Reforzar el carácter de derecho imperativo de los supuestos de cláusulas abusivas establecidos en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU

Como ya se ha comentado, el art. 10.bis 1 de la LGDCU establece que *"en todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley"*, y en la propia Disposición Adicional se aclara que tendrán el carácter de abusivas *al menos* las que se concretan en su texto. Ello debe implicar, dado el carácter imperativo o de ius cogens del precepto, que todas aquellas cláusulas que de manera evidente, clara, se incluyan en alguno de sus supuestos han de ser consideradas abusivas, e integradas según el régimen establecido en la ley.

Sin embargo, como también se puede observar del texto del presente trabajo, es más que frecuente que estipulaciones que casan a la perfección con supuestos incluidos en la Disposición Adicional no se declaren nulas por considerar el juzgador que han sido objeto de negociación entre las partes (o muy frecuentemente, que no se ha demostrado que no lo hayan sido) o decisión del consumidor que ha escogido libremente conforme a las ofertas que ha encontrado en un mercado de libre competencia.

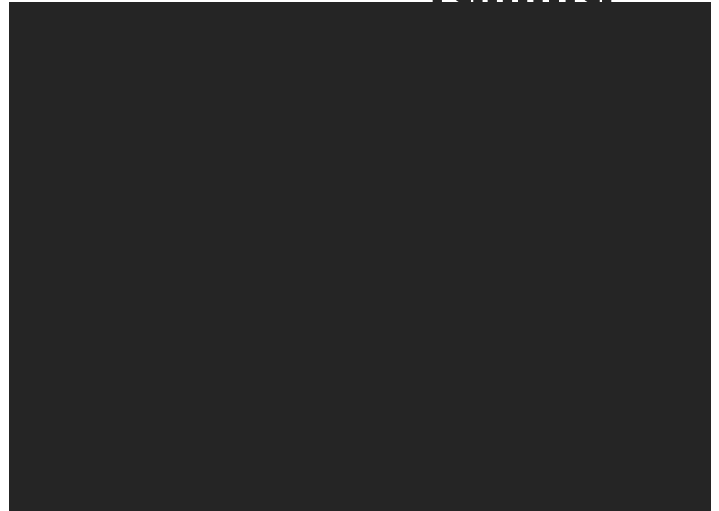
Una vía para evitar el que entendemos tan impropio resultado sería modificar el texto de la ley, de manera que se propicie un automatismo en la aplicación de la consecuencia de nulidad de la norma, de tal forma que todas las estipulaciones que se incardinan en alguno de los supuestos de la Disposición Adicional sean directamente declaradas nulas por conculcar frontalmente una norma imperativa o prohibitiva, sin posibilitarse entrar en mayores consideracio-

importante de las actuaciones administrativas en los últimos años, particularmente en lo que respecta al ámbito que nos ocupa, que es el que mayor trascendencia en cuanto a las consecuencias económicas, y también personales, tiene para el consumidor.

Sin embargo, siendo encomiable el esfuerzo, es claramente insuficiente. La zona geográfica en que nos encontramos y la importancia de la construcción tanto en la costa como en el interior, lo descontrolado del sector en que conviven grandes empresas con pequeños y medianos promotores, el frecuente incumplimiento de exigencias legales de carácter primordial (constitución de avaluos, concreción de cuentas de destino de las cantidades entregadas a cuenta, determinación de fechas de entrega, silencio o falsedad en los contratos sobre la existencia de licencias de obra...) determina la necesidad de multiplicar por varios enteros la actuación administrativa. Para ello sería por un lado imprescindible dotar de los medios personales y económicos precisos al órgano correspondiente; por otro que éste tome conciencia de que, después de la salud pública, es el de la contratación inmobiliaria el sector en que las consecuencias de los incumplimientos por parte de las empresas producen mayores perjuicios al consumidor, no sólo por el importantísimo montante económico que siempre implican, sino además por las afectaciones personales, en ocasiones muy especiales, que llevan consigo.

Málaga, 1 de Octubre de 2007

sección derecho de familia



I. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA COMO REALIDAD SOCIAL

Desde una perspectiva actual, y especialmente desde la reforma del art. 44 CC por la Ley 13/2005, de 1 de julio que obliga a prescindir de cualquier diferencia de trato por razón de sexo, la convivencia de dos personas con vocación de permanencia en una relación análoga a la matrimonial es una evidente realidad social, como tal perfectamente admitida por una abrumadora mayoría de nuestra sociedad, respetuosa con las decisiones basadas en el ejercicio de la libertad individual. Cuestión distinta es el debate tanto jurídico como social que se puede plantear sobre cuáles han de ser sus consecuencias.

Por otra parte, parece igualmente claro que esta forma de convivencia no se configura realmente como una alternativa a la institución matrimonial que, al igual que en el resto de los países de nuestro entorno cultural, sigue constituyendo el modelo básico de la vida en pareja y, en definitiva, de la institución familiar. Así, aparte de apreciarse la existencia de un sector social que efectivamente opta, como consecuencia de razones de muy diferente tipo, por descartar el formalizar su unión a través del acceso al matrimonio, en un número muy importante de supuestos lo que se aprecia es una simple forma diferente de acceder a las relaciones estables de pareja, no ya directamente a través del matrimonio sino a través de una convivencia marital previa, que en muchos casos acaba en la institución matrimonial, que si bien no constituye en absoluto un fenómeno nuevo sí tiene actualmente unos perfiles cada vez más característicos.

Y es que dicha convivencia es cada vez más larga lo que produce que los intereses personales y económicos se entremezclen de manera más profunda, que surjan con frecuencia hijos comunes y, en definitiva, que en muchas ocasiones la convivencia de hecho no concluya con el matrimonio sino con la ruptura voluntaria o el fallecimiento, con las consiguientes dificultades para canalizar y resolver un conflicto de intereses que, sostienen muchos, guarda muchas similitudes con la ruptura de la convivencia de las parejas unidas con vínculo matrimonial, por lo que las soluciones deben ser las mismas —lo que alcanza, obviamente, a los efectos de la propia convivencia en situación de normalidad tanto *inter partes* como en relación con los terceros—, al menos en sus aspectos más relevantes, frente a quienes consideran que quienes optan libremente por relaciones de pareja en cualquiera de sus formas pero con el elemento identificador de ausencia de vínculo matrimonial, no deben recibir una respuesta similar, que incluso puede sorprender a alguno de los convivientes en su buena fe, sobre todo desde que la institución matrimonial está totalmente abierta a todas las personas sin discriminación por identidad de sexo.

II. LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA COMO REALIDAD JURÍDICA: FORMAS DE AFRONTARLA

Y esta es la primera duda que surge en cuanto se afronta la realidad social de las uniones de hecho ¿Deben de tener algún tipo de efecto o consecuencia legal o funcionar al margen del Derecho? Además de una realidad social incuestionable ¿deben ser también una realidad jurídica?

Abandonadas ya antiguas tesis sobre que la unión establece de hecho implica una situación alega o ajurídica, y dejando aparte que incluso el derecho a establecer una unión de pareja estable se puede llegar a fundamentar a fundamentar en la libertad como valor superior

El contrato de unión civil: realidad o necesidad ante la disparidad de criterios legales y jurisprudenciales

Angel Luis Rebolledo Varela
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

La tesis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aun con la falta de una línea doctrinal unánime pero tal y como parece haber quedado definida en la importante STS de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148], es un poco esa. Nada que objetar a la validez y eficacia de los pactos que los convivientes puedan suscribir para regular sus relaciones patrimoniales, especialmente para el momento de la extinción de la convivencia pactando, en su caso, las compensaciones económicas que estimen conveniente. Pero fuera del pacto, asunción de la decisión de no contraer matrimonio y, por lo tanto, libre ruptura de la convivencia sin consecuencias de ningún tipo y, por supuesto, durante la existencia de la misma, ninguna modificación de las reglas generales sobre adquisición y titularidad de los bienes, administración y disposición así como responsabilidad, tanto *inter partes* como frente a terceros.

Frente a ello, el espíritu de la STS de 17 de junio de 2003 [RJ 2003, 4605]: la unión estable de pareja es una modalidad de familia, aun sin descendencia —lo que ya había admitido la STC 222/1992, de 11 de diciembre [RJ 1992, 222]—, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. Sin embargo, la conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio [o de la unión estable tal y como la ha configurado el legislador, se puede añadir] no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción.

Realmente, las dos concepciones no son tan contrapuestas como en principio pudiera parecer, y precisamente su carácter complementario o no, es un necesario punto de partida sobre el que hay que pronunciarse cuando uno afronta la necesidad o no de una regulación de las parejas de hecho y el llamado contrato de unión civil, teniendo en mente, como, a mi modo de ver, no puede ser de otra manera, el camino iniciado por la Ley francesa de 15 de noviembre de 1999, con las modificaciones introducidas por la Ley de 23 de junio de 2006, sobre el pacto civil de solidaridad y el concubinato.

La indiscutible admisión actual de la unión estable de pareja no hace en absoluto cuestión controvertida que el legislador puede y debe dar cauce jurídico a los pactos que los convivientes quieran establecer para regular su convivencia *more uxorio*, y que tal cauce no debe ser, simplemente, el reconocimiento de su validez y eficacia y la aplicación o remisión general a la normativa de los contratos como sistema de autorregulación de los intereses de los particulares (lo que, por cierto, realizan bastantes Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia). Si el matrimonio no es simplemente un contrato sino un negocio jurídico de familia, cualquiera que sean los matices entre una y otra institución, tampoco el acuerdo entre dos personas para establecer una vida en común *more uxorio* es simplemente un contrato, sino otra cosa, también un negocio jurídico de familia, como claramente se deriva de la doctrina del Tribunal Constitucional que no identifica familia con matrimonio SSTC 184/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990, 184], 222/1992, de 11 de diciembre [RJ 1992, 222], 155/1998, de 13 de julio [RTC 1998, 155].

Y no parece ya discutible que el legislador, atendiendo no sólo a la demanda social —cuya cuantificación, obviamente, puede ser discutible— sino, sobre todo, a las constantes indicaciones del Tribunal Supremo que en sus sentencias recuerda sistemáticamente la necesidad de una regulación legal, debe configurar el marco jurídico para que quienes desean establecer una relación de convivencia *more uxorio* al margen de la institución matrimonial —y sobre la base del respeto del principio de autonomía de la voluntad para regular su vida común—, lo hagan dentro de unos principios, conforme a unos requisitos y con unas consecuencias

del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) —vid. STS de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148]—, en mi opinión se puede afirmar que existe un cierto consenso en que se trata de una realidad social que presenta unos problemas que deben recibir una respuesta jurídica⁵, que hasta no hace mucho tiempo ha ido moviéndose entre intervenciones puntuales del legislador estatal⁶ y construcción de una doctrina jurisprudencial en absoluto unánime ni con una línea doctrinal clara —basta ver la citada STS de 12 de septiembre de 2005, con los votos particulares incluidos—, deficiencias que han querido ser suplidas por las Comunidades Autónomas mediante la aprobación de una legislación propia con unos resultados que, como es conocido, no parece que hayan alcanzado el objetivo pretendido, y ya no sólo por el discutido problema de sus competencias en materia de derecho civil ni por la disparidad de criterios legales recogidos —muchos menos de los que aparentemente pudiera pensarse ante las constantes fuentes de inspiración de unas legislaciones en las precedentes, especialmente en la Ley catalana 10/1998 y, en algunos aspectos, en la Ley francesa 99-944, de 15 de noviembre de 1999, del pacto civil de solidaridad y del concubinato—, sino por la forma de afrontar la regulación de las uniones estables de pareja.

Y es que dado el estado de la cuestión tal y como se configura en la actualidad, en que ya no basta con tratar de resolver cuestiones puntuales mediante la aplicación jurisprudencial de principios generales de Derecho como el enriquecimiento injusto o la protección del conviviente más débil, las preguntas que hay que plantearse y resolver son varias. ¿Debe el legislador limitarse al reconocimiento de la autorregulación que los particulares realicen de su relación o debe intervenir configurando una regulación jurídica de carácter dispositivo o incluso imperativo en algunos aspectos? Además, si se opta por la configuración de un contrato de unión civil o simplemente por una definición legal de lo que se entiende por unión de hecho, o unión estable de pareja o cualquiera que sea la denominación que quiera dársele, especificándose sus requisitos con carácter constitutivo, tal y como han realizado las Comunidades Autónomas que han aprobado normas sobre esta materia, ¿debe excluirse el reconocimiento de efectos jurídicos a las formas de convivencia que no se ajusten a las previsiones del legislador?

⁵ Sobre el debate de la conveniencia y necesidad o no de una regulación de las parejas de hecho y los problemas que surgen de su institucionalización y regulación sistemática vid. AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 123 y sigs.

⁶ Sin ánimo exhaustivo, vid. art. 101 CC, en el que se contempla la extinción de la pensión compensatoria establecida conforme al art. 97 CC cuando el acreedor contraiga nuevo matrimonio "o por vivir maritalmente con otra persona", art. 320 CC; el Juez podrá conceder la emancipación a petición de los hijos mayores de 16 años si quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias "o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor"; art. 108 CC; equiparación de la filiación matrimonial y no matrimonial a todos los efectos; DA 3ª de la Ley de 11 de noviembre de 1987 que permite la adopción conjunta de la pareja de hombre y mujer no casados; en el CP art. 23 (de la circunstancia mixta de parentesco) se equipara al cónyuge a la persona ligada, de forma estable por análoga relación de afectividad; art. 3 de la Ley Orgánica de 24 de mayo de 1984 reguladora del *habeas corpus*, en que se permite instarlo no sólo al cónyuge del detenido sino también a la persona unida a él por análoga relación de afectividad; art. 391.1 de la LOPJ al regular las incompatibilidades y prohibiciones de jueces y magistrados; art. 10 de la Ley de 26 de marzo de 1984 reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado, que en su art. 10 se refiere al cónyuge del asilado (para concederle también el asilo) o a la persona "con la que se halle ligado por análoga relación de afectividad y convivencia"; en general la equiparación que se realiza en la LAU de 1994.

ciales, es negar la equiparación jurídica del matrimonio con las uniones de hecho, de manera que, en el régimen del Código Civil y ante la ausencia de normativa sobre esta materia, no se admite la posibilidad de una general aplicación analógica de las normas específicas del matrimonio, ni sustantivas ni procesales y, a lo sumo, tan sólo se llega en ocasiones a considerar algún efecto en concreto (adjudicación del uso de la vivienda familiar del art. 96 CC, pensión compensatoria del art. 97 CC), siempre con gran controversia y con doctrina contradictoria, lo que no obsta a que las soluciones a los problemas jurídicos que se plantean entre los convivientes⁷ se busquen por otros cauces (compensaciones económicas por enriquecimiento injusto, apreciación de comunidad de bienes con fundamento en la voluntad expresa o tácita de los miembros de la pareja, nunca como simple consecuencia de la convivencia)

Por lo que respecta a la posición del legislador autonómico, con algunas excepciones, parece haber sido asumir esta doctrina. Así, aunque aparentemente la opción del legislador del País Vasco (DA 1ª Ley 2/2003), y con toda claridad del legislador gallego (DA 3ª Ley 10/2007)⁸, es la total equiparación al matrimonio en el ámbito de sus propias normas, el resto de los legisladores autonómicos optan por atribuirle unos efectos concretos, con mayor o menor amplitud, en muchas ocasiones desvinculados de una pretendida equiparación a los cónyuges, aunque a veces su contenido sea coincidente, pero ello referido al ámbito del derecho privado pues, y esto es importante resaltarlo, en el ámbito del derecho público la posición del legislador autonómico es contundente: total equiparación al matrimonio⁹, sin que, por otra parte, se perciba con claridad cuál es la razón jurídica de tan llamativa diferenciación entre el derecho público y el derecho privado, como no sea la falta de competencias de muchas Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia y establecer la equiparación.

Con tales antecedentes jurisprudenciales y legales, cabe entonces preguntarse cuál debería ser el sentido de una regulación sobre los efectos jurídicos de las uniones estables de pareja y cuáles serían en general los parámetros constitucionales en los que tal regulación debería moverse. En otras palabras, cuáles son las opciones del legislador y si alguna de ellas le viene impuesta, bien a favor de la equiparación o, precisamente, a favor de la discriminación. El TC, desde luego, no considera inconstitucional que el legislador "discrimine" a favor del matrimonio no equiparando a sus efectos a las uniones estables de pareja. Como dice en su sentencia 184/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990, 184], "no serán necesariamente incompatibles con el art. 39.1 de la Constitución aquellas medidas de los poderes públicos

mínimas fundamentalmente en sus relaciones patrimoniales, arbitrando también a través de normas de derecho supletorio aquellas soluciones que le puedan dar un contenido útil al pacto cuando los convivientes no han explicitado su voluntad en otro sentido. En otras palabras, la regulación, en la terminología que la organización del Congreso le ha dado a esta Ponencia, del contrato de unión civil, intento que, hasta la fecha, han querido afrontar un número relevante de Comunidades Autónomas, la mayoría de ellas más con voluntad política que con medios y soluciones jurídicas adecuadas¹⁰.

Ahora bien, la segunda cuestión es si al margen del matrimonio y del contrato de unión civil deben de reconocerse, con eficacia jurídica, otras formas de convivencia *more uxorio*. Institucionalizada y regulada la unión de hecho formalizada conforme a los requisitos exigidos, cualquiera que sea lo que consista tal formalización, una parte de la realidad social seguirá manteniéndose al margen pero conviviendo de hecho. Ello es lo que ha venido sucediendo hasta la aprobación por algunas Comunidades Autónomas de su legislación propia, y sigue sucediendo ante la falta de contenidos civiles en la mayoría de ellas, en relación con las tradiciones uniones de hecho. La jurisprudencia ha ido configurando sus efectos y la pregunta no es otra que si los mismos han de seguir manteniéndose como ahora o han de quedar excluidos para el futuro, como parece intuirse tras la lectura de algunas resoluciones judiciales: Y si se mantienen, si ha de limitarse el legislador a su reconocimiento genérico —como ha hecho el legislador francés en el art. 515-8 del Code y la figura que denomina concubinato— y deben seguir dejándose a la creación y reconocimiento jurisprudencial —con doctrina contradictoria y a la espera siempre de la última decisión del Tribunal Supremo de acuerdo con su composición en un momento determinado— o, por el contrario, regular unos mínimos efectos.

III. EL SENTIDO GENERAL DE LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO ESTABLES: SU RELACIÓN CON LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL

Se ha comentado las dos grandes posiciones que se pueden sostener en relación con la regulación con que el legislador puede afrontar las uniones estables de pareja. Y la pregunta es si debe tender hacia su equiparación con la institución matrimonial o mantenerla como institución diferenciada.

Sin perjuicio de que los problemas que plantea esta cuestión sin duda serán objeto de análisis en la Ponencia de la Profesora Camarero Suárez¹¹, la posición que hasta la fecha ha adoptado la jurisprudencia del Tribunal Supremo —dejando aparte, de momento, la doctrina del Tribunal Constitucional—, aquí sí de manera unánime y seguida por las Audiencias Provin-

⁵ Los efectos de la convivencia y su ruptura en las uniones de hecho en relación con los hijos comunes, a la vista del principio de igualdad y no discriminación por razón de la filiación (art. 39.2 CE y 108 CC), tienen otros cauces de solución, especialmente desde la reforma de la LEC y el art. 770.6 LEC, que canaliza a través del mismo procedimiento que cuando existe vínculo matrimonial las reclamaciones en las materias más urgentes (guarda, custodia y alimentos de los hijos menores)

⁶ La Ley 2/2006, de 16 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en la que se contienen continuas referencias los cónyuges en la regulación de importantes instituciones de derecho de contratos, familia y sucesiones, en su DA 3ª.1, con las modificaciones de redacción que le dio la Ley 10/2007, establece que "a los efectos de aplicación de esta ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que esta ley reconoce a los cónyuges".

⁷ Vid. art. 18 Ley aragonesa 6/1999, art. 12 Ley navarra 6/2000, art. 9 Ley valenciana 1/2001, DA 2ª Ley balear 18/2001, art. 9 Ley madrileña 11/2001, art. 9 Ley asturiana 4/2002, art. 22 Ley andaluza 5/2002, art. 12 Ley canaria 5/2003, art. 12 Ley extremeña 5/2003, DA 2ª Ley vasca 2/2003, art. 14 Ley cántabra 1/2005.

³ Recordemos que las legislaciones autonómicas aprobadas hasta la fecha —por orden cronológico, lo que permite ver las influencias y el progreso en las decisiones adoptadas— son las siguientes: Ley 10/1998, de 15 de julio, Cataluña, modificada por la Ley 3/2005, de 8 de abril; Ley 6/1999, de 26 de marzo, Aragón, modificada por la Ley 2/2004, de 3 de mayo; Ley 6/2000, de 3 de julio, Navarra; Ley 1/2001, de 6 de abril, Valencia; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, Madrid; Ley 18/2001, de 19 de diciembre, Baleares; Ley 2/2002, de 23 de mayo, Asturias; Ley 5/2002, de 16 de diciembre, Andalucía; Ley 5/2003, de 6 de marzo, Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, Extremadura; Ley 2/2003, de 7 de mayo, País Vasco; Ley 1/2005, de 16 de mayo, Cantabria; DA 3ª Ley 2/2006, de 14 de junio, Galicia, modificada por Ley 10/2007, de 28 de junio.

⁴ Sobre la problemática de las uniones de hecho puede verse su obra *Las uniones no matrimoniales en el derecho español y comparado*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

de diciembre de 2005 [RJ 2005, 10185] y 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148], de que quienes conforman una unión estable de pareja son personas que no quieren acceder a la institución matrimonial y a sus consecuencias⁹. Es cierto que, en algunas ocasiones, ello no es predicable de ambos convivientes pero ni aun así parece que proceda que la decisión del legislador sea la equiparación. Por otra parte, razones puramente prácticas hacen imposible una decisión de ese tipo.

En conclusión, puede decirse, sin profundizar en planteamientos constitucionales meramente pergeñados en esta ponencia¹⁰, que una regulación de las uniones estables de pareja no ha de limitarse a sentar simplemente como principio la equiparación a la institución matrimonial, en decisiones legislativas tan drásticas como la simple, pero de trascendencia total, adición del párrafo 2º del art. 44 CC, por no tener mucho sentido ofrecer simplemente otra de forma de acceso a lo que en último término no sería otra cosa que la misma institución matrimonial. Pero cuáles han de ser sus efectos específicos y hasta dónde se les puede extender ciertos efectos hasta ahora exclusivos de la regulación del matrimonio, es sobre lo que el legislador ha de pronunciarse.

IV. LEGISLACIÓN ESTATAL VERSUS LEGISLACIONES AUTONÓMICAS

A la hora de reflexionar sobre la necesidad de una normativa sobre el contrato de unión civil y, en general, sobre las uniones estables de pareja, tal y como deja traslucir el propio título de esta ponencia "el contrato de unión civil: realidad o necesidad ante la disparidad de criterios legales y jurisprudenciales", enseguida surge la cuestión de quién debe efectuar la regulación ¿el Estado o las Comunidades Autónomas? ¿Debe existir una regulación única aplicable en todo el Estado Español que ponga término al aparente maremagno de una legislación territorialmente fragmentada y que responde a criterios diversos? ¿Hasta dónde alcanza la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar sobre esta materia?

Ya se ha señalado anteriormente que la necesidad de una regulación por el Legislador de las uniones estables de pareja y del contrato de unión civil aparece reclamada por la propia jurisprudencia para poner término a una cierta inseguridad jurídica existente. Pero las mismas decisiones de los tribunales, que poco a poco, aunque con dificultades, contradicciones y votos particulares, ha ido perfilando una doctrina en torno a su régimen jurídico, no hace reproche alguno, al menos de momento, al hecho de que las Comunidades Autónomas hayan legislado sobre la materia, tan sólo refiriéndose a las mismas para destacar su inaplicabilidad

matrimoniales en la Unión Europea. Análisis y síntesis de las leyes autonómicas en vigor. Bosch Editor, Barcelona 2007, págs. 41 y sigs.

⁹ Tradicionalmente, como señala MARTÍNEZ AGUIRRE, la tipología de las parejas de hecho respondía a los que no se casan porque no quieren, ya sea por razones ideológicas, económicas, jurídicas, sociales, etc., y quienes no se casan porque jurídicamente no pueden. "Las uniones de hecho: Derecho aplicable", *Actualidad Civil*, 1999-4, pág. 1101. Entre ellos se incluían tradicionalmente las personas del mismo sexo y los que no podían casarse por estar ligado alguno de los convivientes con vínculo matrimonial con un tercero. Ante la existencia del matrimonio sin distinción de sexo de los contrayentes y el acceso al divorcio del art. 86 CC podría llegar a pensarse que hoy en día, quien se mantiene en unión estable de pareja simplemente es porque no desea contraer matrimonio.

¹⁰ Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, "La libertad de elección entre el matrimonio y la unión libre". *Derecho Privado y Constitución*, núm., 12, 1998, págs. 69 y sigs.

que otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que faciliten o favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (art. 32.1 de la Constitución), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*". Pero la propia sentencia, con referencia a la pensión de viudedad, también afirma que nada impediría que el legislador la extendiera a las uniones de hecho dándoles así el mismo trato que el matrimonio: puede hacerlo, pero no es inconstitucional no hacerlo.

Por otra parte, ello quiere decir algo más que la simple constitucionalidad de la no equiparación de efectos entre el matrimonio y las uniones estables de pareja, ya que la misma tiene a su vez sus límites constitucionales, pues la STC 222/1992, de 11 de diciembre [RJ 1992, 222], precisamente señala que, sin perjuicio del carácter específico de las normas de la institución matrimonial, nada impide que algunos de sus aspectos se extiendan a las uniones de hecho, siendo incluso inconstitucional que no se extiendan en aquellos casos en que se puede estimar vulneración del principio de igualdad jurídica del art. 14 CE.

Con estas premisas cabe decir que, por supuesto, cualquier regulación debe partir del principio de autonomía de la voluntad de los interesados en establecer el régimen jurídico que estimen conveniente dentro de unos límites por lo que, una vez que en materia de filiación y sus consecuencias no se establecen diferencias —sin perjuicio de los matices que puedan existir en materia procesal—, nada debe obstar a que los convivientes opten porque se les apliquen algunos efectos en principio derivados de la institución matrimonial, en concreto los que regulan sus relaciones patrimoniales tanto durante su convivencia como a su extinción.

Pero a partir de ahí a la pregunta de si el legislador debe proceder a la equiparación de la unión estable de pareja con el matrimonio la respuesta probablemente debe ser negativa. Matrimonio y unión estable de pareja son dos realidades sociales diferentes respecto de las que, como ya declaró el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 184/1990, de 15 de noviembre [RTC 1990, 184], 222/1992, de 11 de diciembre [RJ 1992, 222], 155/1998, de 13 de julio [RTC 1998, 155], el art. 39 CE no postula una paridad de trato en todos los aspectos ya que el matrimonio y la unión estable de pareja no son situaciones equivalentes. Es cierto que, en mi opinión, con ello tampoco queda resuelta claramente la cuestión de si postula —no sólo si hace posible, que ya sabemos que sí— una disparidad de trato, pero una vez admitida la posibilidad de disolución del matrimonio por divorcio a solicitud unilateral de uno de los cónyuges y de establecer el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo (art. 44 CC)⁸, es asumible la declaración de las SSTs de 19 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8976], 5

⁸ Históricamente, las primeras legislaciones europeas tenían como objetivo la regulación de las parejas homosexuales, que no podían contraer matrimonio, para equipararlas y atribuirles el mismo régimen jurídico de las parejas heterosexuales que deciden contraer matrimonio. Así la Ley danesa de 7 de junio de 1989, Ley islandesa de 12 de junio de 1996, Ley noruega de 1 de agosto de 1993, Ley sueca de 23 de junio de 1994. Este objetivo se mantiene en la Ley alemana de 16 de febrero de 2001 y el mismo modelo de unión civil homosexual ha sido adoptado por el legislador inglés y suizo en 2004. Por el contrario, otras legislaciones, afrontan la regulación de las uniones de hecho desvinculadas de una situación previa de imposibilidad de acceder al matrimonio. Así la Ley holandesa de 17 de diciembre de 1997, Ley belga de 23 de noviembre de 1998, la Ley francesa de 15 de noviembre de 1999 y, sobre todo, todas las legislaciones autonómicas que, salvo la Ley catalana 10/1998, no establecen distinción alguna en relación con el sexo de los convivientes. Puede verse ALONSO PÉREZ, *El reconocimiento de las uniones no*

art. 10 Ley andaluza 5/2002), lo que no pueden hacer, y no hacen, otras legislaciones como, por ejemplo, la Ley valenciana 1/2001.

Pero aun con referencia a las Comunidades Autónomas con derecho civil propio es problemático atribuirles una competencia total para configurar la regulación en los términos que estimen conveniente, pues no hay que olvidar la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la interpretación del art. 149.1.8 CC en el sentido de extender la competencia a instituciones ya existentes y a otras con las que guarden conexión, pero no de una forma ilimitada (vid. sobre todo SSTC 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo), por lo que no todas las Comunidades Autónomas con competencias en derecho civil pueden afrontar la regulación de la institución con la misma extensión. Tal problemática, a la luz, entre otras, de las SSTC 121/1992, de 28 de septiembre y 47/2004, de 25 de marzo, es extensible a la regulación de los aspectos procesales desde el momento en que las singularidades en esta materia que se permiten a las Comunidades Autónomas "han de limitarse a aquellas que, por su conexión directa con las particularidades del derecho substantivo autonómico, venga requeridas por éstas".

No parece entonces descabellada la necesidad y oportunidad de una legislación estatal en materia de uniones estables de pareja, y no tanto por poner término a una diversidad legislativa que en sí misma no es contraria a la estructura de un Estado Autonómico, sino por articular adecuadamente tal regulación en el marco constitucional¹², dando respuesta en las vertientes civil y procesal a la problemática que plantean las uniones de hecho cualquiera que sea la Comunidad Autónoma en que se resida o la vecindad civil que ostenten los miembros de la pareja, todo ello con respeto a lo establecido por aquellas Comunidades Autónomas con derecho civil propio y dentro del ámbito de sus competencias en esta materia.

Desde esa perspectiva de una legislación estatal es desde la que se va a reflexionar en esta ponencia, es decir, esbozar las bases de un debate sobre el contenido de una regulación jurídica por el Estado de las uniones estables de pareja. Pero ello con una orientación concreta. No se trata tanto de realizar una labor de armonización de las legislaciones de las Comunidades Autónomas por una presunta bondad intrínseca que ello tendría, sino de plantear la cuestión desde la perspectiva de un foro profesional como en que nos encontramos, esto es, desde la Abogacía o, lo que es lo mismo, desde un Derecho práctico y vivido, en el que creo que no nos corresponde pronunciarnos sobre cuál debe ser la política legislativa del Parlamento más allá de que se adecue a las demandas de una realidad social, pero sí sobre que cualquiera que sea la respuesta que se dé efectivamente solución los conflictos jurídicos que plantean las uniones estables de pareja, especialmente en los momentos de extinción de

¹² El problema de la posible inconstitucionalidad de las leyes, o alguno de sus aspectos, aprobadas por las Comunidades Autónomas en materia de parejas de hecho aparece como una preocupación constante en la doctrina. Vid. AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones de hecho...cit.*, págs. 289 y sigs; RODRÍGUEZ RUIZ, "Posición constitucional de las parejas de hecho", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manuales de Formación Continua 28. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 37 y sigs. Como es conocido, en su momento se interpusieron recursos de inconstitucionalidad sólo contra la Ley navarra 6/2000 y la Ley vasca 2/2003, y no tanto por un problema de competencias sino por la admisibilidad de la adopción conjunta por parejas de hecho del mismo sexo, debate actualmente superado al quedar inmerso en la problemática de la reforma del párr. 2º del art. 44 CC en relación con la adopción simultánea por ambos cónyuges contemplada en el art. 175.4 CC.

al caso concreto por razones de entrada en vigor, pero que no ha dudado en aplicarla cuando así ha sido el caso.

Y es que, a mi modo de ver, la regulación por cada Comunidad Autónoma del régimen jurídico de las parejas de hecho, en sí misma, no debe ser considerada un inconveniente, pues la diversidad legislativa es un hecho que acompaña al Estado Autonómico, una diversidad legislativa que alcanza también a las materias propias del derecho civil en los términos previstos en el art. 149.1.8 CE sin que por ello, tala y como se ha señalado, se afecte al principio de igualdad de trato del art. 149.1.1 CE¹¹. Además, y sin perjuicio de la necesidad de atender puntualmente a cada legislación en concreto dentro de su ámbito de aplicación —tema, como si dirá, ciertamente problemático—, si se analizan las diversas leyes autonómicas, a mi modo de ver, se observa que las diversidades en muchas ocasiones son cuestión de matices, de importantes consecuencias prácticas en el caso concreto, pero técnicamente matices, pues en donde residen las mayores diferencias es el propio concepto de unión estable de pareja y aún ahí se observa una gran influencia de unas leyes en otras.

Ahora bien, el problema surge porque establecer un régimen jurídico de las uniones estables de pareja más allá de ciertos aspectos de índole administrativa (acceso a viviendas protegidas, traslados de funcionarios, tratamiento tributario, etc.) obliga a incidir en normas de derecho civil, fundamentalmente en el ámbito del derecho de familia y sucesiones, e incluso procesal, y es sabido que el art. 148.1.8 CE reserva la competencia al Estado sobre la legislación civil sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, mientras que, a su vez, el art. 149.1.6 CE hace lo propio con la legislación procesal, eso sí, sin pérdida de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho substantivo de las Comunidades Autónomas.

Debe entonces considerarse que la regulación de las parejas de hecho —y dejando aparte otros sectores del Ordenamiento Jurídico— va a requerir incidir en materias de derecho civil y procesal para las que no todas las Comunidades Autónomas tienen competencia, sino sólo aquellas con derecho civil propio, esto es, País Vasco, Baleares, Cataluña, Galicia, Aragón y Navarra, por lo que es fácil constatar que algunas de las Comunidades con legislación propia en esta materia se limitan a establecer la equiparación en el ámbito del Derecho Público autonómico y Función Pública de igual carácter, materia sí de su ámbito competencial, mientras que realmente tienen muy poco contenido en la regulación de los aspectos civiles de la institución (por ejemplo, Ley valenciana 1/2001, Ley madrileña 11/2001, Ley asturiana 4/2002, Ley canaria 5/2003) lo que, por otra parte, no podría ser de otra manera, limitándose a un reconocimiento más o menos genérico de la validez de los pactos de convivencia (en algún caso, incluso con una redacción meramente aparente como la Ley andaluza 5/2002, al referirse a un contenido puramente civil del que la Administración informará a los interesados), en ocasiones de dudosa constitucionalidad (véase el art. 7 de la Ley extremeña 5/2003, reconociendo el derecho a una compensación económica, o el art. 4.2 Ley madrileña 11/2001, estableciendo un auténtico derecho de pensión compensatoria —al que también se refiere el

¹¹ En sentido ROCA TRIAS, "Repensar la pareja de hecho", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manuales de Formación Continua 28. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pág. 413.

en mi opinión, a través de preceptos que regulan el ámbito de aplicación. En este sentido, a los efectos puramente administrativos, de aplicación de la normativa de Derecho Público de la Comunidad Autónoma, nada impide que el criterio de empadronamiento, o simplemente residencia habitual, de uno de los miembros de la pareja sea suficiente para la aplicación de la normativa autonómica. Pero en cuanto a los aspectos civiles, entiendo que deben de resolverse con aplicación del art. 9.2 y 9.8 CC, es decir, la legislación aplicable al matrimonio¹⁴.

VI. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LOS REQUISITOS DE LA UNIÓN ESTABLE DE PAREJA: PRUEBA DE SU EXISTENCIA

1. Exigencia o no de una declaración de voluntad expresa de constitución de una unión de pareja estable

Parece claro que no toda convivencia de hecho entre dos personas constituye en sentido jurídico una unión de hecho u unión estable de pareja pues han de darse determinadas circunstancias¹⁵. En principio, los propios perfiles definitorios podrían derivarse de una situación puramente fáctica, y así es como lo ha venido delimitando el Tribunal Supremo desde la sentencia de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4907), entendiéndose que la convivencia *more uxorio* "ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunidad de vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar".

Tal configuración, que ciertamente tiene unos elementos mínimos diferenciadores que han permitido resolver casuísticamente cuándo nos encontramos ante una unión estable de pareja con consecuencias jurídicas individualizadas, tiene sin embargo unas consecuencias muy concretas. Partiendo de la voluntariedad de la convivencia *more uxorio* —siempre se exige una relación de afectividad análoga a la conyugal¹⁶—, basta la concurrencia de ésta durante un período mínimo de tiempo que permita concluir su estabilidad para que, prescindiendo de cualquier voluntad de las partes en tal sentido, se le considere unión de hecho y, en

¹⁴ Sobre los problemas de ámbito de aplicación y derecho interregional privado en legislación sobre uniones estables de pareja puede verse RUIZ FERREIRO, *Parejas de hecho y conflictos de leyes internos*. Estudios de Deusto 68, núm. 108, 2002, págs. 141 y sigs.

¹⁵ Sobre la problemática de los requisitos exigibles para la constitución de una unión estable de pareja vid. ORTUÑO MUÑOZ y VEGA SALA, "Derecho Civil. Constitución de la convivencia *more uxorio*", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Manuales de Formación Continua 28. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 84 y sigs.

¹⁶ Por ello, en general, y con algunos matices, en todas las legislaciones autonómicas, se consideran como requisitos imprescindibles para hablar de una unión de hecho una determinada capacidad de obrar (mayoría de edad o menores emancipados), la inexistencia de un impedimento que imposibilite a los miembros de la pareja contraer matrimonio entre sí (parentesco en línea recta o colateral) y que no formen pareja estable con otra persona. En este sentido, parece claro que la unión estable de pareja no es predicable de cualquier forma de vida en común o de cohabitación entre dos personas, sino que ha de ser una convivencia marital, lo que precisamente implica que en la exigencia de los requisitos subjetivos estén latiendo los propios de la institución matrimonial. Sobre el concepto de convivencia *more uxorio* y las circunstancias fácticas que son predicables de la misma para ser calificable como tal, puede verse la SAP Málaga, Sección 4ª, de 26 de febrero de 2004 [JUR 2004, 106076].

la unión, bien por fallecimiento o por ruptura de la convivencia, de manera que la Ley sea un instrumento hábil para dar respuesta a la muchas veces inevitable confrontación de intereses que se han de resolver bien en un acuerdo extrajudicial o directamente en los Tribunales.

Para el análisis propuesto, además de las aportaciones doctrinales que se consideran más relevantes dentro de la línea argumental práctica que se pretende desarrollar —y que en absoluto tiene carácter exhaustivo y su cita responde exclusivamente a un criterio personal para esta Ponencia en concreto—, se van a tener en cuenta no sólo las referencias de Derecho comparado, fundamentalmente el pacto civil de solidaridad del Code français, sino sobre todo las legislaciones autonómicas. En cuanto a los antecedentes de una legislación estatal cuya tramitación se inició en su día sin conclusión alguna, esto es, principalmente, la Proposición de Ley de Reconocimiento de Efectos Jurídicos a las parejas de hecho estables, presentada en 1997 por Coalición Canaria (BOCG de 14 de abril de 1997), y la Proposición de Ley Orgánica de Contrato de Unión Civil, presentada también en 1997 por el Grupo Popular (BOCG de 29 de septiembre de 1997), en mi opinión, están ampliamente superadas por la evaluación posterior jurisprudencial y legislativa por lo que, sin perjuicio de su interés como antecedentes¹³, no tienen mucho interés actualmente.

V. UNA CUESTIÓN PREVIA: LOS CONFLICTOS DE DERECHO INTERREGIONAL PRIVADO

La coexistencia actual de una diversidad de legislaciones autonómicas en materia de uniones estables de pareja, y su claro mantenimiento en el futuro, al menos con referencia a aquellas Comunidades Autónomas con competencias en derecho civil que le dotan a la institución de un perfil propio, hace necesaria una reflexión inicial sobre cómo deben de resolverse los problemas de Derecho interregional privado. Las legislaciones autonómicas, al establecer su ámbito de aplicación siguen criterios muy variados: legislaciones que prevén que se apliquen si uno de los dos miembros tiene vecindad administrativa en la Comunidad Autónoma (art. 1.1 Ley catalana 10/1998, art. 2.2 Ley vasca 2/2003), o con mayor precisión, que alguno de sus miembros se encuentre empadronado en la Comunidad Autónoma (art. 1.3 Ley valenciana 1/2001, art. 1.2 Ley madrileña 11/2001, art. 2 Ley extremeña 5/2003), o estén empadronados los dos (art. 2 Ley asturiana 4/2002), o sin estar empadronados al menos uno de sus miembros tenga su residencia habitual en la Comunidad Autónoma, o tenga la vecindad civil (art. 2.3 Ley navarra 6/2000), o uno de ellos tenga la vecindad civil con sumisión expresa de ambos a la legislación autonómica (art. 1.2 Ley balear 18/2001).

Ante tal disparidad de criterios, aquí sí que existente, conviene tener en cuenta que, de acuerdo con la reserva que al Estado se hace, en todo caso, de la competencia sobre las normas para resolver los conflictos de leyes en el art. 149.1.8 CE, en los términos sentados por la sentencia del Tribunal Constitucional 156/1993, de 6 de mayo, no son las propias Comunidades Autónomas quienes pueden dictar normas de conflicto aunque sea disimuladamente,

¹³ Para una exposición crítica de tales proposiciones de Ley vid. TALAVERA FERNÁNDEZ, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*. Comares, Granada, 2001, págs. 255 y sigs. Asimismo GARCÍA GOMEZ, "El contrato de unión civil. Reflexiones sobre la conveniencia de una regulación de las uniones de hecho", en *Matrimonio y uniones de hecho*, coordinado por Martínez Gallego, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, págs. 122 y sigs., donde se recogen también otras propuestas legislativas.

el Registro exigen también escritura pública en la que se plasme una voluntad de constitución de la unión estable (DA 3ª Ley gallega 10/2007).

Sin perjuicio de la libre opción del legislador sobre uno u otro modelo, desde el punto de vista del conflicto y de la problemática real, a mi juicio no es difícil establecer una relación directa entre los requisitos exigibles para considerar legalmente constituida una unión estable de pareja y los efectos jurídicos que produce o se le reconocen a la misma. No cabe duda de que si tales efectos son mínimos, de índole administrativa (vid. art. 9 Ley catalana 10/1998, o la Ley valenciana 1/2001, a la Ley madrileña 11/2001), o referidos a aspectos básicos de la convivencia —contribución a los gastos comunes— y a las consecuencias de su cese —atribución temporal de pensión alimenticia o del uso de la vivienda hasta entonces común— ningún problema de especial complejidad se plantea por la aplicación del régimen jurídico a las relaciones estables de pareja no constituidas formalmente y si reconocidas exclusivamente en base a una convivencia de hecho de una duración mínima (o sin requisito temporal cuando existe descendencia común) que, en todo caso, parece oportuno establecer para darle una seguridad a la exteriorización o publicidad de la existencia de una convivencia estable —la SAP Murcia, Sección 5ª, de 7 de febrero de 2006 [JUR 2006, 141698], recuerda con acierto como el Tribunal Supremo no condiciona el reconocimiento de la situación de convivencia de hecho al transcurso de un determinado período de tiempo—, sin que tampoco sean necesarios, como se verá, otros requisitos subjetivos de inexistencia de vínculo matrimonial con tercero. Las cuestiones serán simplemente probatorias de la existencia de la convivencia y su duración, para lo cual no hay ninguna razón para limitar o imponer determinados medios de prueba siendo admisibles todos aquellos que son válidos en Derecho.

Ahora bien, cuando los efectos se extienden más allá, bastante más allá, en una equiparación legal del conviviente de hecho al cónyuge en materia sucesoria, o en materia de régimen económico matrimonial, o simplemente en una modificación del régimen jurídico general de atribución de titularidad de los bienes y normas sobre actos de disposición, o surgen derechos compensatorios o indemnizatorios a la extinción de la convivencia, es evidente que la conflictividad se incrementa de manera exponencial, y el problema ya no se limita a acreditar la existencia o no de una convivencia que se pueda calificar de estable y con análoga afectividad que la relación conyugal, sino de que, de manera inesperada, puedan surgir consecuencias que alguno de los convivientes, o normalmente los dos hasta la ruptura de la relación y consiguiente asesoramiento legal, habían rechazado desde el momento en que su opción fue excluir la institución matrimonial.

Por ello, para la atribución de estos efectos —y no para los básicos, ni tampoco para los libremente pactados—, quizá sea oportuna ya no sólo una exigencia más rigurosa de los requisitos subjetivos —inexistencia de vínculo matrimonial con terceros— sino también una constatación clara de la voluntad de las partes en tal sentido, de manera que no sea suficiente la mera convivencia de hecho aunque se extienda durante un período de tiempo que indica estabilidad (o descendencia común)¹⁷. En definitiva, el planteamiento de la regulación o no de dos modelos de convivencia *more uxorio*, en términos similares a la opción del legislador francés en la regulación del pacto civil de solidaridad y lo que denomina concubinato. El primero se concibe en el art. 515-1 del Code como un contrato concluido por dos personas físicas mayores de edad, sexo diferente o del mismo sexo, para organizar su vida común,

¹⁷ En este sentido ROCA TRIAS, "Repensar la pareja de hecho...cit.", págs. 416-417.

consecuencia se le aplique su régimen jurídico aun cuando al iniciarse o mantenerse la convivencia los miembros de la misma ignoraran su existencia y contenido, con una aplicación inexorable del clásico principio recogido en el art. 6.1 CC de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Realmente tal es la filosofía que late originariamente en el tratamiento de las uniones de hecho y cómo fue enfocado por las primeras resoluciones judiciales: consecuencias jurídicas a una situación puramente fáctica. Así se concebía en la Proposición de Ley de Coalición Canaria y así es recogido por el art. 1.1 de la Ley catalana 10/1998 para las uniones estables heterosexuales, al entender por tales "la unión estable de un hombre y una mujer, ambos mayores de edad, que, sin impedimento para contraer matrimonio entre sí, hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años", criterio de aplicación automática que también es seguido por el art. 3.1 de la Ley aragonesa 6/1999 para todo tipo de parejas sin distinción por razón de sexo (2 años), art. 2.2 de la Ley navarra 6/2000 (un año), art. 1 de la Ley canaria 5/2003 (un año), DA 3ª de la Ley gallega 2/2006 (un año).

Así pues, desde este enfoque, existe unión de hecho cuando concurre la convivencia marital durante un período mínimo de tiempo, plazo que en algunos casos se excepciona eliminándolo, en concreto cuando la pareja tenga descendencia común (art. 1.2 Ley catalana 10/1998, art. 2.2 Ley navarra 6/2000, art. 1 Ley canaria 5/2003, art. 4.3 Ley cántabra 1/2005) aunque, desde luego, se sigue exigiendo la convivencia.

Frente a esta concepción, otra forma contrapuesta de regulación es la que, en principio, el mayor o menor tiempo de convivencia marital es irrelevante pues la aplicación del régimen jurídico de las uniones de hecho exige de manera imprescindible y con carácter constitutivo la manifestación formal de una declaración de voluntad en tal sentido, bien independiente o a través de su constatación en el Registro especial creado al efecto, o incluso con cumplimiento simultáneo de ambas exigencias. No existe, pues, una aplicación automática de un régimen jurídico específico a las uniones de hecho sino que ello se sustenta en la libre voluntad de los convivientes, es decir, en un contrato de unión civil.

Y así, y dejando aparte aquellas legislaciones en que este sistema coexiste con el de la aplicación automática —tal sucede con el art. 1.1 de la Ley catalana 10/1998, 3.1 de la Ley aragonesa 6/1999, art. 2.2 Ley navarra 6/2000, art. 4 Ley cántabra 1/2005, en donde, sin plazo alguno de convivencia previa, exterioricen su voluntad en escritura pública, a lo que el art. 3.2 de la Ley asturiana 4/2002 añade también la inscripción directa en el Registro especial— tal criterio acaba prevaleciendo en las legislaciones más modernas, que exigen como mínimo simplemente una declaración de voluntad de carácter formal (como el art. 5 de la Ley andaluza 5/2002) o la inscripción constitutiva en un Registro Especial creado al efecto, de carácter autonómico y diferente a los registros municipales (art. 1.3 Ley balear 18/2001, art. 3 Ley vasca 2/2003, DF Ley gallega 10/2007 y art. 6.2 de la Ley cántabra 1/2005, que sigue admitiendo los registros municipales), eso sí, sin exigirse ya ningún plazo mínimo de convivencia aunque no siempre (por ejemplo, el art. 1 de la Ley valenciana 1/2001 y art. 1.1 de la Ley madrileña 11/2001, que exigen un período mínimo de convivencia de 1 año y manifestación de voluntad de someterse a la Ley expresada mediante la inscripción con carácter constitutivo en el Registro administrativo; mismo criterio general del art. 2 de la Ley extremeña 5/2003). Pero es más, siguiendo el criterio que ya recogía el art. 19 de la Ley catalana 10/1998 para las parejas homosexuales, no faltan tampoco legislaciones que además de la inscripción en

que el documento no podría acceder al Registro si no es solicitud de ambos convivientes pero sin que ello, a mi juicio, debiera afectar a su validez y eficacia.

Porque esta es otra cuestión. La escritura pública, y en su caso la inscripción en el Registro Especial sí tiene sentido cuando hablamos de eficacia frente a terceros, pero no *inter partes*. Desde un punto de vista práctico y entre los convivientes, no se ve qué añade la exigencia con carácter constitutivo de la inscripción que, indudablemente, implica no ya la mera ineficacia del pacto mientras no se inscriba —tal y como se prevé en el art. 515-3-1 del Code— sino simplemente su nulidad de pleno derecho. Se trata exclusivamente de un sistema de publicidad frente a terceros, entre los que se cuenta la propia Administración frente a la cual, y para las medidas administrativas que se arbitran, sí tiene sentido la exigencia de inscripción (así lo hace, por ejemplo, el art. 2 de la Ley aragonesa 6/1999, pero sin carácter constitutivo en otros ámbitos). Y también tiene su sentido que frente a terceros, en cuanto el régimen jurídico de la unión de hecho altere el régimen general de titularidad de los bienes, administración o responsabilidad sí debe ser objeto de inscripción, bien en un Registro Especial o, por qué no —razones de política legislativa lo harán desaconsejable pero no razones técnicas— también en el propio Registro Civil, solución que sin ningún problema adopta el art. 515-1-1 del Code, mediante mención en la inscripción de nacimiento de cada uno de los convivientes (vid. la previsión que en tal sentido se contiene en la DF 2ª de la Ley catalana 10/1998; art. 2 de la Ley aragonesa 6/1999, DA Ley navarra 6/2000, DF 1ª Ley valenciana 1/2001, DF 1ª Ley canaria 5/2003, DT 3ª Ley extremeña 5/2003, en relación con una posible legislación estatal en tal sentido).

Ahora bien, es lo cierto que, como se dirá, existe una cierta unanimidad en las legislaciones autonómicas de no conceder eficacia frente a terceros a la unión estable de pareja, especialmente a los pactos de convivencia que constituyen el núcleo del contrato de unión civil, por lo que, negarle tales efectos *inter partes* si no se constituye en escritura pública e inscripción constitutiva en el Registro, lo que puede implicar, a su vez, la nulidad de todo lo convenido en el pacto de pacto de convivencia, simplemente, no parecería una buena opción práctica del legislador.

2. Prueba de la existencia de una unión estable de pareja

Por otra parte, la diferente configuración legal respecto de los requisitos exigibles para que exista una unión de hecho implica también un diferente régimen jurídico en relación con la forma de acreditar la concurrencia de aquellos. Cuando se exige solamente convivencia *more uxorio* durante un plazo de tiempo determinado, se admite la prueba de tales hechos por cualquiera de los medios admisibles en Derecho, con la facilidad que para ello implica que exista una declaración de voluntad manifestada en escritura pública (art. 2 Ley catalana 10/1998, art. 3.2 Ley aragonesa 6/1999, art. 3 Ley navarra 6/2000, art. 3.3 Ley asturiana 4/2002, art. 6 Ley canaria 5/2003)¹⁹. En otro caso, la configuración de la escritura pública, y sobre todo el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro, determina sin mucho margen la única forma de acreditar la existencia de una unión estable a través de las certificaciones del Registro

¹⁹ Curiosamente, en la Proposición de Ley de Coalición Canaria, en que no se exigía ningún requisito formal para la constitución de la unión estable de pareja, en cuanto a la forma de acreditar la convivencia se reducía a la inscripción en los Registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos de los lugares de residencia, mediante documento público.

que se fundamenta, pues, en una voluntad de los convivientes exteriorizada en tal sentido. El segundo, conforme al art. 515-8 del Code, es directamente una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas, de sexo diferente o del mismo sexo, que viven *more uxorio*. Es el primero, en su carácter de contrato de unión civil, el que despliega todos sus efectos y el que debe exigir la constancia de una voluntad clara de asunción e integración en la institución, mientras que el segundo puede mantenerse en una situación puramente fáctica.

Cuestión distinta es si tal constatación de voluntad —arbitrada como requisito constitutivo y no con mera eficacia probatoria— ha de realizarse sobre la premisa de una previa convivencia cumplidamente acreditada durante un plazo de tiempo mínimo y si debe o no realizarse en escritura pública e inscribirse en un Registro especial con carácter constitutivo tal y como se exige en varias legislaciones autonómicas. Téngase en cuenta que la cuestión que se plantea se refiere exclusivamente a la propia constitución de la unión estable de pareja, no a los pactos que puedan realizar los convivientes para regular los efectos de su relación, que pueden estar regidos por los mismos o, simplemente, como se dirá, por una previsión legal establecida con carácter supletorio.

Por lo que se refiere a lo primero, dado que se trataría siempre de personas mayores de edad o de menores emancipados, la capacidad de obrar necesaria para establecer válidamente negocios jurídicos, con las limitaciones, en su caso, del art. 323 CC, no parece que tenga como lógica consecuencia la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia si existe una voluntad expresa de constituir una unión estable de pareja. En este sentido, parecen más coherentes aquellas legislaciones autonómicas (la última, la Ley gallega 10/2007) que ante una declaración de voluntad expresa omiten cualquier exigencia de un plazo mínimo de convivencia.

En cuanto a la segunda cuestión, la argumentación efectuada anteriormente sobre la instauración de un auténtico vínculo contractual del que se derivan efectos que pueden alterar de manera relevante la situación patrimonial de los convivientes —además de la sucesoria e incluso ámbito personal en materia de representaciones, autorizaciones, etc.— aboca a la exigencia de una declaración de voluntad expresa para lo que no basta la simple convivencia o los hechos concluyentes sino su constancia documental o por escrito, pero no existe ninguna razón técnica para que no pueda realizarse en documento privado, pues las facilidades probatorias que presenta la escritura pública (art. 1218 CC), son simplemente eso, facilidades probatorias, que los interesados pueda elegir o no. Tampoco parece un argumento decisivo el resaltar el principio de seguridad jurídica —aplicable prácticamente a cualquier negocio jurídico— o el control notarial que se realiza del contenido de la escritura¹⁸ cuando en la mayoría de las ocasiones, en este tipo de documentos suele concurrir un asesoramiento legal. Cuestión distinta sería, en su caso, la distinta forma de acceso que al Registro pudiera tener el documento público o el privado pues, mientras el primero da fe de los otorgantes y, por lo tanto, puede ser inscrito a solicitud de uno de ellos, el segundo no, con la consecuencia de

¹⁸ Para unos argumentos a favor de la intervención notarial en la formalización de las uniones estables de pareja y los pactos de convivencia, así como las causas de las retenciones hacia el documento privado, expresados desde el punto de vista de la profesión notarial, puede verse MERINO HERNANDEZ, *Manual de parejas estables no casadas*. Librería General S.A., Zaragoza, 1999, págs. 66 y sigs.

nesa 6/1999, art. 2.1. b Ley valenciana, art. 3.1 Ley asturiana 4/2002, art. 3.2 b) Ley andaluza 5/2002, art. 2.1 Ley vasca 2/2003, DA 3ª Ley gallega 10/2007.

A mi modo de ver, una vez, más la opción teniendo en cuenta los aspectos prácticos, depende de cuál sea la concepción y el contenido que se le quiera dar a la unión estable de pareja y su cauce único a o no a través del contrato de unión civil. Una importante equiparación jurídica de sus efectos esenciales con el matrimonio, tanto en el ámbito económico como sucesorio, como un modelo de convivencia diferente pero en aspectos relevantes similar, conduce de manera necesaria, tal y como se configura el pacto de solidaridad en el art. 515-2 del Code, a la exigencia de inexistencia de vínculo matrimonial subsistente —o al menos separación judicial como contempla el art. 2.1.b) de la Ley madrileña 11/2001, art. 2.1 b) Ley canaria 5/2003, art. 3.1.b) Ley extremeña 5/2003, art. 4.4. b) Ley cántabra 1/2005 de menor interés práctico tras la reforma de 2005— pues, en otro caso, no cabe duda de la complejidad de las situaciones que se pueden crear. Sin embargo, cuando tales efectos se limitan a reconocer la validez y eficacia de los pactos suscritos por los convivientes o según las previsiones legales supletorias los mismos se quedan reducidos a aspectos meramente asistenciales, o a una estricta compensación económica basada en la eventual existencia de un enriquecimiento injusto, no parece razonable negar esas mínimas consecuencias. Es decir, tal y como se viene indicando, que cabe plantearse efectivamente la conveniencia de distinguir con claridad dos figuras diferentes: por una parte, el contrato de unión civil, que por sus características y similitudes guarda una cierta proximidad con la institución matrimonial, en que tiene sentido negar la posibilidad de su celebración al que ya está unido por vínculo matrimonial vigente; por otra parte, la unión de hecho como situación puramente fáctica —el “concubinatio” del art. 515-8 del Code— pero no carente de ciertos efectos jurídicos, para la que no es exigible la capacidad matrimonial o inexistencia de impedimentos. En todo caso, es de resaltar como el art. 1.3 Ley catalana 10/1998, art. 2.2 Ley navarra 6/2000, una vez disuelto o declarado nulo el vínculo matrimonial, considera para el cómputo del plazo mínimo de convivencia la habida con anterioridad.

Otra cuestión que cabe plantear es si puede constituir unión estable de pareja quien ya está vinculado por relación anterior de las mismas características. La Ley catalana 10/1998 no lo impide expresamente, mientras que sí lo hacen la mayoría de las legislaciones autonómicas²¹. Parece claro que, dentro de la configuración legal que se realiza, no es posible una convivencia *more uxorio* simultánea y, en principio, nada debería impedir el reconocimiento legal de uniones estables sucesivas cumpliéndose los requisitos exigidos para ello. Pero si nos movemos en el ámbito de la constitución formal e inscripción en el Registro, parece razonable exigir que la anterior unión de hecho esté formalmente disuelta, conforme a las causas de extinción que se establecen, teniendo en cuenta que generalmente se admite la extinción por voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro (art. 12.1 b) Ley catalana 10/1998, art. 6.2 Ley aragonesa 6/1999, art. 1.d) Ley navarra 6/2000, art. 5.1.d) Ley extremeña 5/2003) o por cualquiera de los medios admitidos en Derecho (art. 6.1 b) Ley valenciana 1/2001).

²¹ Art. 4 d) Ley aragonesa 6/1999, art. 2.1 Ley navarra 6/2000, art. 2.1 c) Ley valenciana 1/2001, art. 2.1 d) Ley balear 18/2001, art. 2.1 c) Ley madrileña 11/2001, art. 3.1 Ley asturiana 4/2002, art. 3.2 b) Ley andaluza 5/2002, art. 2.1 c) Ley canaria 5/2003, art. 3.1 c) Ley extremeña 5/2003, art. 2.1 Ley vasca 2/2003, art. 4.4.c) Ley cántabra 1/2005, DA 3ª Ley gallega 10/2007.

(art. 3.3 Ley valenciana 1/2002, art. 3.3 Ley madrileña 11/2001, art. 3.2 Ley vasca 2/2003), sin perjuicio de la forma de demostrar la previa convivencia durante el plazo mínimo exigido cuando la misma se exige para acceder voluntariamente al Registro.

Entendiendo que no debiera exigirse inscripción en el Registro con carácter constitutivo, si se configura la unión estable de pareja como una situación meramente fáctica de convivencia *more uxorio* durante un plazo de tiempo mínimo, no parece que exista ninguna dificultad en admitir como medio de prueba cualquiera de los válidamente admitidos en Derecho, sobre todo cuando nos estamos refiriendo a prueba procesal. Pero si la forma escrita se configura como requisito constitutivo, ya no estaremos hablando de un simple medio de prueba sino de requisito de validez y eficacia.

3. Requisitos subjetivos

¿Quién puede constituir una unión estable de pareja? ¿Quién puede realizar un contrato de unión civil? Parece claro que no caben discriminaciones por razón de sexo, pero además de este extremo otros requisitos de índole subjetiva parecen más o menos unánimemente admitidos aunque alguno de ellos pueden ser más controvertidos.

En primer lugar la capacidad de obrar. Dejando aparte los incapacitados judicialmente, y con referencia exclusivamente a la capacidad para constituir una unión estable de pareja, sin perjuicio de la requerida para la formalización de los pactos que regulen la convivencia y su extinción, cabe plantearse si se debe exigir la mayoría de edad, criterio que es el que sigue el art. 515-1 del Code y se contempla en el art. 1.1 de la Ley catalana 10/1998, art. 1 Ley aragonesa 6/1999 y DA 3ª Ley gallega 10/2007, o admitirse la de los menores emancipados, como ha acabado prevaleciendo en la mayoría de las legislaciones autonómicas²⁰.

En segundo lugar, si pueden constituir unión estable de pareja aquellas personas que no podrían contraer matrimonio entre sí. La tendencia a la relativa equiparación conceptual entre las dos instituciones —que no en sus efectos— ha llevado en alguna ocasión (art. 1.1 Ley catalana 10/1998) a simplemente exigir los mismos requisitos de los arts. 46 y 47 CC o, más matizadamente, a reducir el impedimento de parentesco colateral por consanguinidad del tercer grado —sin duda ante el carácter dispensable contemplado en el art. 48 CC, aunque se mantienen en el tercer grado el art. 2.1 e) de la Ley valenciana 1/2001, art. 2.1.c) Ley balear 18/2001, art. 2.1.e) Ley madrileña 11/2001, art. 2.1 e) Ley canaria 5/2003, art. 3.1.e) Ley extremeña 5/2003, DA 3ª Ley gallega 10/2007— pero ampliándolo expresamente, salvo el art. 3.2 c) Ley andaluza 5/2002, al parentesco por adopción —art. 4.c) Ley aragonesa 6/1999, art. 2.1 Ley navarra 6/2000, art. 3.1 Ley asturiana 4/2002, art. 2.1 Ley vasca 2/2003, art. 4.4. e) Ley cántabra 1/2005—, criterio este último que parece más acertado ante el silencio en este aspecto del art. 47.2 CC y los elementos que caracterizan la convivencia *more uxorio* y los efectos de a la adopción. Pero más problemas puede plantear el tratamiento de la subsistencia de anterior matrimonio o convivencia estable con otra pareja.

Por lo que respecta a si pueden constituir unión estable de pareja personas que estén unidas por vínculo matrimonial con terceros, es un hecho que las legislaciones autonómicas, optan por una respuesta negativa. Así el art. 1.1 y 3 Ley catalana 10/1998, art. 4 a) ley arago-

²⁰ Art. 2.1 Ley navarra 6/2000, art. 2.1 a) Ley valenciana 1/2001, art. 2.1 Ley balear 18/2001, art. 2.1 a) Ley madrileña 11/2001, art. 3.1 Ley asturiana 4/2002, art. 3.2 a) Ley andaluza 5/2002, art. 2.1 a) Ley canaria 5/2003, art. 2.1 Ley extremeña 5/2003, art. 2.1 Ley vasca 2/2003, art. 4.4.a) Ley cántabra 1/2005.

de que no sean perjudiciales para uno de ellos (art. 4.1 Ley valenciana 1/2001, art. 4.4 Ley madrileña 11/2001, art. 8.2 Ley cántabra 1/2005, DA 3ª Ley gallega 10/2007).

Y ante ello cabe preguntarse, por ejemplo, si el legislador optara por la aplicación automática de algunos efectos en cierta situaciones de convivencia de hecho ¿cabe admitir la eficacia del pacto de manifestación de voluntad de que a pesar de la convivencia durante el plazo legal no se le aplique el régimen jurídico? En principio habría que pensar que sí a través de una renuncia a la ley aplicable en el ámbito del art. 6.2 CC. Es más, en general, las legislaciones admiten un amplio juego del principio de autonomía de la voluntad en la regulación por los interesados de sus relaciones personales y patrimoniales, tanto durante la convivencia como a la extinción de la misma (vid. art. 1.1 de la Ley catalana 10/1998, art. 5.1 Ley aragonesa 6/1999). Ahora bien, la cuestión es que no todas las normas son, o debieran de ser, de derecho dispositivo.

2. Eficacia inter partes o frente a terceros

La primera cuestión a resolver es si el reconocimiento legal de las uniones estables de pareja en cuanto a sus efectos estrictamente civiles, especialmente cuando exista un contrato de unión civil, debe mantenerse en las relaciones *inter partes* o también ser eficaces frente a terceros —en beneficio o en perjuicio de terceros—, tanto con referencia a los pactos de convivencia que se puedan establecer conforme al juego del principio de autonomía de la voluntad como a los efectos legales que se puedan prever, bien con carácter dispositivo o imperativo.

En el pacto de solidaridad civil francés, ningún problema se plantea en el sentido de dotarle de eficacia no sólo *inter partes* sino también frente a terceros, tanto en los aspectos expresamente pactados por las partes como en los previstos por la propia Ley. Obviamente, tal eficacia frente a terceros aparece vinculada a un sistema de publicidad registral no sólo del pacto de solidaridad propiamente dicho, sino de todas las convenciones específicas de su regulación particular en cada caso concreto —arts. 515-3 y 515-5 del Code— de manera que mientras no se cumplen tales formalidades de publicidad —registro en la secretaría del tribunal de instancia y mención en el registro civil— el pacto civil de solidaridad no es oponible frente a terceros (art. 515-3-1).

Frente a ello, es evidente que en las legislaciones autonómicas la tendencia expresa o implícita son los efectos *inter partes* de la unión estable de pareja (vid. art. 4.3 Ley valenciana 1/2001, art. 4.5 Ley madrileña 11/2001, art. 5.3 Ley asturiana 4/2002, art. 8.4 Ley canaria 5/2003, art. 6.4 Ley extremeña 5/2003, art. 8.5 Ley cántabra 1/2005 afirmando que los pactos sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros) y sólo de manera excepcional se contempla algún efecto respecto de tercero, desde luego no en su perjuicio sino en su beneficio, como la responsabilidad solidaria por las obligaciones contraídas por razón de los gastos comunes del art. 5 Ley catalana 10/1998, art. 5.4 Ley aragonesa 6/1999, art. 7 Ley navarra 6/2000, en una regulación similar a la llamada potestad doméstica del art. 1319 CC.

A mi modo de ver, la limitación *inter partes* de los efectos de las uniones estables de pareja no parece una consecuencia lógica y necesaria. Una vez admitida la configuración legal del contrato de unión civil, precisamente la exigencia de requisitos formales para su constitución y la necesidad de inscripción en un registro creado al efecto, tal y como se expuso anteriormente, se justifica por la necesidad de su constancia fehaciente, lo que no es realmente rele-

Para constituir una nueva unión estable de pareja ¿debe transcurrir un plazo mínimo de tiempo cuando en general no se exige bastando la declaración de voluntad formal? Tal es la opción del art. 6.4 de la Ley aragonesa 6/1999, que impide formalizar nueva pareja estable no casada hasta que hayan transcurrido seis meses desde que se dejó sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior. Por el contrario, el art. 4.3 Ley navarra 6/2000, tan sólo exige que se haya producido la disolución de la pareja estable anterior, sin contemplar tiempo alguno intermedio.

VII. EFECTOS JURÍDICO-CIVILES DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA

Prescindiendo de los efectos de Derecho público, de índole fiscal o administrativos en su más amplio sentido, y sin entrar en la polémica de las efectivas competencias de las Comunidades Autónomas para regular como lo han realizado hasta la fecha determinados aspectos civiles de las uniones de hecho, partiendo de que no es procedente una equiparación sin más de los efectos de la unión de hecho al matrimonio, vamos a analizar cuál podría ser su régimen jurídico que, respondiendo a una realidad social, dé respuesta razonable a los intereses en juego y a los conflictos que la práctica acredita en su existencia.

1. Principio de autonomía de la voluntad, derecho dispositivo y derecho imperativo

Como se dirá a continuación, no presenta mayor controversia que los efectos jurídicos que la unión estable de pareja deba producir entre los convivientes, especialmente en sus aspectos patrimoniales, deben ser los voluntariamente convenidos en los llamados "pactos de convivencia". Ahora bien, no tiene mayor interés solucionar los problemas prácticos de esta realidad social a través de un genérico reconocimiento del valor del principio de autonomía de la voluntad pues, superados planteamientos de moral y orden público, la validez de los mismos ya hace mucho tiempo que han sido reconocidos por la jurisprudencia. La cuestión reside, aparte de analizar el contenido de los pactos, en determinar cuál sería el régimen jurídico y los efectos que se deberían producir en defecto de convenio entre los convivientes —lo que se trata a continuación— y si, en todo caso, determinados efectos de contenido económico deberían producirse necesariamente superponiéndose incluso a la voluntad de las partes.

En cuanto a la última cuestión, la opción de alguna de las legislaciones autonómicas se pronuncia claramente en tal sentido. Así la Ley catalana 10/1998 establece en el art. 13 la compensación económica y en el art. 14 la pensión periódica que pueden generarse en el momento de cese de la convivencia, extremos sobre los que las partes pueden acordar lo que estimen conveniente en el pacto de convivencia siempre respetando el mínimo establecido por la Ley que se configuran como derechos irrenunciables hasta que son exigibles; criterio que es seguido también en el art. 5.1 de la Ley navarra 6/2000, art. 4.1 Ley balear 18/2001. Sin embargo, es lo cierto que otras legislaciones autonómicas guardan silencio sobre este extremo, señalando como único límite a la libertad de pacto que los mismos no perjudiquen los derechos, igualdad o dignidad de cualquiera de miembros de la pareja o que no sea contrario a normas imperativas, sin especificarse cuáles sean éstas (art. 5.1 Ley aragonesa 6/1999), o que no sean contrarios a los derechos fundamentales y las libertades públicas de alguno de sus miembros o, como mucho, con una previsión genérica, pero con un cierto significado,

En cuanto a los convenios que se puedan realizar sobre derechos sucesorios, ha de tenerse en cuenta que, conforme al Derecho vigente que se deriva del art. 1271 CC los pactos de esta índole son nulos de pleno derecho, de manera que cualquier disposición patrimonial por esta vía, a diferencia de los ordenamientos jurídicos autonómicos que admiten esta forma de delación hereditaria, requeriría una profunda revisión del Código civil. Por ello, este aspecto, debería de dejarse a las previsiones legales.

Por lo que respecta a la forma de estos pactos, conviene detenerse en primer lugar en aquellos que implican la aplicación de la normativa propia de un régimen económico matrimonial, especialmente en cuanto a la titularidad de los bienes adquiridos durante la convivencia. La jurisprudencia, que desde la TS de 21 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8589], en doctrina reafirmada en las SSTs de 27 de mayo y 20 de octubre de 1994 [RJ 1994, 3753 y 7492], 4 de marzo de 1997 [RJ 1997, 1640], ha venido negando la aplicación analógica sin más del régimen económico, concretamente las normas de la sociedad de gananciales, a las uniones de hecho en relación con pretensiones de liquidación patrimonial al extinguirse la convivencia²³, si ha admitido, por el contrario, la aplicación por analogía cuando por hechos concluyentes se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común, y ello aunque no exista un pacto expreso en tal sentido (SSTS de 10 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8976], 22 de febrero de 2006 [RJ 2006, 831], 5 de diciembre de 2005 [RJ 2005, 10185]).

Es decir, sobre la base siempre de la existencia de una voluntad de las partes y no de unas equiparación o aplicación automática sin más de las normas de régimen económico ni tampoco de surgimiento de una comunidad de bienes por el mero hecho de la convivencia —SSTS de 26 de enero de 2006 [RJ 2006, 417], 22 de enero de 2001 [RJ 2001, 1678], 27 de mayo de 1998 [RJ 1998, 3382]²⁴—, se admite que aquella voluntad se exteriorice de manera expresa o tácita, siempre que resulte probada (vid. STS de 26 de mayo de 2006 [RJ 2006, 3341]) pues, en definitiva, la unión de hecho se rige por la voluntad de los convivientes²⁵.

Nótese que tal doctrina se aplica para estimar la existencia de una comunidad de bienes, generalmente referida a bienes concretos, y no tanto para declarar el sometimiento de las relaciones económica de los convivientes a la normativa en bloque de un régimen económico matrimonial, en que, a pesar de no tratarse técnicamente de unas capitulaciones matrimoniales

vante entre las partes —en que serían admisibles todos los medios de prueba a partir de una constancia documental— sino para los terceros. La existencia de la unión estable de pareja se derivaría con eficacia *erga omnes* de la inscripción en el registro, lo que ya ampararía los efectos previstos con carácter imperativo o supletorio por la Ley, que incluso ampararía los pactos específicos de convivencia, cuya inscripción, por otra parte, ya está expresamente prevista en alguna de las legislaciones autonómicas que exigen que la solicitud se realice por ambos convivientes (art. 5 Ley valenciana 1/2001, art. 5 Ley madrileña 11/2001, art. 8 Ley canaria 5/2003, art. 6.4 Ley extremeña 5/2003, art. 5.1 Ley cántabra 1/2005).

3. Los pactos de convivencia

Como se ha señalado, ningún problema plantea la admisión general de la validez y eficacia de los pactos de convivencia que los miembros de la unión estable puedan establecer para regular sus relaciones personales o patrimoniales, contemplando expresamente las consecuencias que podrán producirse cuando se produzca la extinción de la unión. Ahora bien, dejando aparte la cuestión de si admitida capacidad a los menores emancipados para establecer válidamente una unión estable de pareja ello lleva implícita la capacidad para formalizar los pactos con el contenido patrimonial que estimen conveniente o si seguiría sometido a las restricciones del art. 323 CC, la regulación de los pactos de convivencia plantean diversas cuestiones.

Por una parte, y sin perjuicio de los problemas de forma en que debe constar el pacto, admitido que puede ser inicial o posterior, incluyendo la posibilidad de modificaciones, no parece que exista ningún inconveniente en permitir, tal y como ya viene realizando la jurisprudencia (SSTS de 10 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8976], 26 de enero de 2006 [RJ 2006, 417], 5 de diciembre de 2005 [RJ 2005, 10185]), que el mismo puede incluir un convenio para que sus relaciones patrimoniales se rijan por el régimen económico matrimonial que convengan —tal posibilidad, no obstante, no aparece expresamente prevista en ninguna de las legislaciones autonómicas—, lo que su vez supondría la aplicación del procedimiento previsto en los arts. 806 y sigs. para la liquidación del régimen económico en caso de desacuerdo entre los convivientes, lo que ha de negarse si meramente existe entre ellos, como se dice a continuación, un sistema de comunidad de bienes ordinaria pactada de manera expresa o tácita²², salvo que tal comunidad de bienes, aun sin configurarse estrictamente como un régimen económico-matrimonial, no sea estrictamente una comunidad sometida al régimen jurídico de los arts. 392 y sigs. sino que se conciba como institución específica del contrato de unión civil con su propio régimen jurídico.

Por otra parte, y con independencia de las previsiones sobre aceptación en bloque de la normativa de un régimen económico típico o de pactos puntuales sobre contribución a gastos comunes o sobre titularidad de bienes o actos de disposición sobre los mismos, en especial de la vivienda familiar, es claro que un contenido frecuente del pacto serán las previsiones sobre las compensaciones económicas —y eventuales pensiones— que procedan a la extinción de la convivencia, de importante relevancia cuando se opte por el mantenimiento de la separación de patrimonios.

²³ En general puede estimarse que esta es la postura mayoritaria de la doctrina y jurisprudencia. Vid. TORRES GARCÍA, "Régimen económico matrimonial y uniones de hecho", en *Matrimonio y uniones de hecho*, coordinado por Martínez Gallego, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, págs. 39 y sigs. Sin embargo, tampoco faltan opiniones que entienden que, si no en bloque, sí es posible la aplicación analógica de alguna de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales. Así VALPUESTA FERNÁNDEZ, "Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 33, septiembre-diciembre 1993, págs. 989.

²⁴ Vid. el comentario de esta sentencia de ESTRUCH ESTRUCH, "Liquidación patrimonial de las uniones extramatrimoniales", *Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, 1. Mantén una interpretación contraria favorable a la apreciación de la existencia de una comunidad de bienes ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 2ª ed., Civitas, 1991, págs. 187 y sigs.

²⁵ El que constituya una inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común no aparece muy perfilado en la jurisprudencia. Para la SAP Málaga, Sección 4ª, de 13 de enero de 2005 [JUR 2005, 149883], no lo es la ayuda propia a la actividad profesional del otro derivada de la situación de convivencia. Sin embargo, como se dirá, este es uno de los supuestos en que las legislaciones autonómicas fundamentan que se pueda dar una situación de enriquecimiento injusto que justifica el reconocimiento de una compensación económica a la extinción de la convivencia.

²² Sobre la inadecuación del procedimiento de los arts. 806 y sigs LEC vid. SAP Cantabria, Sección 2ª, de 7 de noviembre de 2006 [AC 2006, 2013].

referencias expresas a la validez y eficacia de estos pactos. Sin embargo, hay que recordar que sin perjuicio de su valoración, los pactos sobre guarda y custodia de menores, incluso en entre parejas de hecho estables (vid. STS de 11 de julio de 2002 [RJ 2002, 7144]), no vinculan al Juez quien, en todo caso, resolverá conforme al principio prevalente de interés del menor, sin perjuicio de que los acuerdos a los que hayan podido llegar los progenitores en el momento del cese de la convivencia también serán un elemento a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones judiciales sobre la custodia de los hijos menores (vid. SAP Málaga, Sección 4ª, de 13 de marzo de 2006 [JUR 2006, 213266]), de gran relevancia a falta de otras circunstancias que aconsejen lo contrario o simplemente la modificación de lo pactado.

4. Regulación en defecto de pacto

A) Régimen económico y vivienda

Aunque deba admitirse que en el pacto de convivencia se pueda acordar que la pareja quede sometida al régimen económico que libremente convengan, no parece que supletoriamente deba establecerse alguno ni tampoco formas comunitarias de propiedad, sea ordinaria o específica para el contrato de unión civil. Como resalta la STS de 23 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7385], esta ha sido la opción de las Comunidades Autónomas que han legislado sobre esta materia. En este sentido, el art. 3.2 de la Ley catalana 10/1998, art. 5.3 Ley aragonesa 6/1999, art. 5.4 Ley balear 18/2001, establecen que, en defecto de pacto, cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, lo que ha de entenderse no como una referencia a un régimen de separación de bienes o situación equivalente (así lo considera la SAP Barcelona, Sección 11, de 17 de mayo de 2006 [JUR 2006, 260093]), sino simplemente la vigencia de las normas generales de derecho patrimonial, incluidas las normas sobre responsabilidad frente a terceros por las deudas contraídas. Ello, obviamente, no impide ni la adquisición de bienes en régimen de copropiedad ordinaria —que no supone necesariamente la participación de ambos convivientes en el título formal de adquisición, aunque sí se produce la existencia de la comunidad es clara, no siendo fácil la prueba en contrario como puede verse en la SAP Málaga, Sección 5ª, de 14 de febrero de 2005 [JUR 2005, 145405]— ni la asunción conjunta, mancomunada o solidariamente, de deudas con terceros.

No obstante, recuérdese que, como mantiene la jurisprudencia, la comunidad sobre todos o algunos de los bienes no surge ni se deriva directamente del hecho mismo de la convivencia sino de la voluntad de las partes, exteriorizada de manera expresa o tácita, por lo que tal comunidad habrá de rechazarse en su existencia si se estima insuficiencia probatoria sobre estos extremos (vid. SSTS de 21 de octubre de 1992 [RJ 1992, 8589], 18 febrero 1993 [RJ 1993, 1246], 27 de mayo de 2004 [RJ 2004, 3577]), y mucho más si de la prueba que se pueda practicar lo que se deriva es precisamente una voluntad de mantener los patrimonios separados aunque haya una contribución común a los gastos comunes de la vivienda (vid. SAP Málaga, Sección 4ª, de 20 de marzo de 2006 [AC 2006, 1386]), ello sin perjuicio del eventual derecho a una compensación económica a la extinción de la convivencia si se dan los requisitos para ello.

Ahora bien, cabe preguntarse si el pacto sometiendo a un régimen económico matrimonial o la comunidad ordinaria de bienes deben ser las únicas alternativas legales a la regulación de las relaciones económicas entre los convivientes o si, por el contrario, no sería

les si tienen las mismas características, por lo que atendiendo a la repercusión y total alteración de las reglas patrimoniales hasta entonces aplicadas a personas no casadas, debería de exigirse escritura pública en términos análogos al art. 1327 CC.

Ahora bien, fuera de este supuesto la duda es si el pacto debería, para su validez, cubrir algún requisito de forma. En las legislaciones autonómicas se observa una tendencia a la exigencia de escritura pública para los pactos de convivencia²⁶, incluso en aquellas que admiten la constitución de la unión establece de pareja como una situación meramente fáctica durante un tiempo mínimo determinado que, al menos, exigen documento privado (art. 5.1 Ley navarra 6/2000, art. 5.1 Ley asturiana 4/2002. También exige documento público o privado el art. 5.1 Ley vasca 2/2003). Pero también existe el criterio contrario, como el art. 3.1 de la Ley catalana 10/1998, art. 4.1 Ley balear 18/2001, que admiten la validez del pacto tanto realizado en forma verbal como por escrito, sea en documento público o privado.

A mi modo de ver, la exigencia de forma en cuanto al pacto de convivencia guarda relación con la propia exigencia de forma en la constitución de la unión de pareja estable. Si se admite como pura situación fáctica, prolongada o no en el tiempo, dependiendo de si existe o no descendencia común, sin que se requiera forma específica ni inscripción con carácter constitutivo, no se ve razón por la que el pacto de convivencia que no contenga un régimen económico matrimonial, deba someterse para su validez y eficacia a un requisito de forma, especialmente cuando de lo que se trata es de apreciar, tal y como se viene consignando en la jurisprudencia, si existe o no una voluntad de los convivientes de configurar un patrimonio común, sometido a las reglas generales de la comunidad de bienes, lo que igualmente es aplicable a los pactos que puedan existir en cuanto a las posibles consecuencias de compensaciones económicas derivadas de la extinción del régimen. Cosa distinta sería, como se ha dicho, el acuerdo sobre el sometimiento de las relaciones patrimoniales a un régimen económico matrimonial o a formas comunitarias diferentes a la comunidad de bienes ordinaria, con sistemas específicos de integración del patrimonio común y normas sobre actos de administración y disposición que se separen de las reglas generales de los arts. 397 y 398 CC. En tal supuesto, sí podría ser exigible, por analogía con las capitulaciones matrimoniales, escritura pública²⁷.

Por último, una cuestión complementaria. Generalmente se reconoce en las legislaciones autonómicas el juego del principio de autonomía de la voluntad para regular no sólo sus relaciones patrimoniales sino también personales, aspecto este de difícil definición y probablemente de escaso contenido jurídico, salvo para decir que generalmente se trata de materias indisponibles. Pero los pactos de convivencia también se puede referir a otros aspectos no estrictamente económicos, como son las consecuencias de la ruptura respecto del régimen de guarda y custodia de los hijos menores, siendo frecuente en las legislaciones autonómicas

²⁶ Art. 5.1 Ley aragonesa 6/1999, art. 4.1 Ley madrileña 11/2001, art. 7.2 Ley canaria 5/2001, art. 6.1 Ley extremeña 5/2003, art. 8.1 Ley cántabra 1/2005, DA 3ª Ley gallega 10/2007.

²⁷ Precisamente la necesidad de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales para quedar sometidos a un régimen económico y la imposibilidad de hacerlo al estar reservado para cónyuges o futuros cónyuges, era el fundamento último que, en opinión de TORRES LANA, "De nuevo sobre relaciones patrimoniales entre parejas no casadas". *Aranzadi Civil* 1993, págs. 2417-2418, impedía la admisibilidad de tal pacto. Sin embargo, actualmente, y a la vista del sentido de las legislaciones autonómicas y la tendencia jurisprudencial, tales obstáculos no parecen serlo a través de la exigencia en estos supuestos de escritura pública para el pacto de convivencia.

fallecimiento del propietario de aquella (art. 18.2 Ley catalana 10/1998, art. 9 Ley aragonesa 6/1999, art. 13 Ley andaluza 5/2002, art. 6.2 c) Ley vasca 2/2003), medida esta última que no se aplica a los supuestos de extinción de la unión estable por otras causas, especialmente por decisión unilateral, en que las legislaciones autonómicas guardan un silencio total —vid., señalándolo, la SAP Barcelona, Sección 12, de 30 de marzo de 2006 [JUR 2006, 243312]— y que, sin embargo, parece más adecuada en estos casos una solución similar a la del art. 96 CC, sin mayores dificultades cuando existan hijos menores y haya que adoptar medidas sobre la vivienda familiar, guarda y custodia (art. 770.6 LEC)—vid. STSJ Navarra de 8 de noviembre de 2006 [RJ 2007, 1666]—, pero también procedente cuando no existan, criterio que ya admitió la jurisprudencia sobre la base de protección del conviviente más débil (vid. SSTS de 7 de julio de 2004 [RJ 2004, 5108], 10 de mayo de 1998 [RJ 1998, 1272], 27 de marzo de 2001 [RJ 2001, 4770])²⁸.

B) Derechos económicos a la extinción de la convivencia

Como se ha expuesto, asumiendo lo que constituye doctrina jurisprudencial, en defecto de pacto entre las partes, bien sea estableciendo un régimen económico matrimonial o un sistema de comunidad ordinaria o específica, debe rechazarse la existencia de formas comunitarias en cuanto a la propiedad de los bienes derivadas del simple hecho de la convivencia (vid. SSTS de 10 de octubre de 2006 [RJ 2006, 8976], 22 de febrero de 2006 [RJ 2006, 831]). Sin embargo, es unánime en todas las legislaciones autonómicas el establecer el derecho a una compensación económica a favor de uno de los convivientes y a cargo del otro, pero no como una consecuencia automática del hecho de la convivencia —lo que implicaría, como dice la STS de 5 diciembre de 2005 [RJ 2005, 10185] una penalización de la libre ruptura de la pareja por quien no desea su continuidad— sino cuando se den unos requisitos determinados: el primero, que el cese de la convivencia se produzca en vida de los convivientes, es decir, no por fallecimiento; el segundo, que uno de los miembros de la pareja —sin retribución o con retribución insuficiente— haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, contribuyendo con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes del otro; y el tercero, que se haya generado por estos motivos una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto (art. 13 Ley catalana 10/1998; art. 7 Ley aragonesa 6/1999; art. 5.5 Ley navarra 6/2000, art. 7 Ley extremeña 5/2003, art. 6.2 b) Ley vasca 2/2003, art. 9 Ley cántabra 1/2005).

Nótese los criterios tan estrictos que se vienen estableciendo para que surja el derecho a una compensación económica, más allá de los pactos que hubieran podido convenir las partes. Con alguna excepción —como el art. 4.2 Ley madrileña 11/2001 que lo configura claramente como una pensión compensatoria con los criterios del art. 97 CC, planteamiento recogido por

conveniente articular algún tipo de institución intermedia, basada, eso sí, en la libre voluntad de las partes que optan por incorporar algún tipo de comunicación patrimonial derivada de la convivencia pero sin la complejidad de un régimen económico, normalmente de corte comunitario. En este sentido, no parece irrazonable la idea de reflexionar sobre el sistema recogido en el art. 515-5-1 del Code français: si los convivientes acuerdan someterse a un régimen de indivisión en los bienes que adquieran, tales bienes serán considerados indivisos por mitad, sin que ningún miembro de la pareja pueda reclamar contra el otro a título de una contribución desigual, modelo que realmente se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo cuando aprecia la existencia de una voluntad de los cónyuges de formar un patrimonio común sin tener en cuenta la efectiva aportación económica de cada uno, pero que aplica a bienes concretos y para resolver la liquidación y adjudicaciones en el momento de la extinción de la convivencia, mientras que ahora se trataría de regular aspectos más amplios como, por ejemplo, la composición de ese patrimonio común (el art. 515-5-2 del Code contempla exclusiones similares a la calificación de bienes privativos del art. 1346 CC), su administración y disposición (inaplicación de las reglas de la comunidad de bienes y nulidad y anulabilidad del art. 1322 CC), procedimiento para la liquidación de la comunidad (art. 806 y sigs, LEC), etc. Es decir, como se dice, sobre la base de la existencia de una declaración de voluntad de los convivientes de formación de un patrimonio común, no sometimiento sin más a las reglas de la comunidad ordinaria.

Por otra parte, la inexistencia de régimen económico no imposibilita que la existencia de la unión estable y de una convivencia común, con o sin descendencia, haya de tener sus consecuencias patrimoniales no ya en el momento de la extinción sino también durante la vida de la misma, y ello referido a una protección mínima de las necesidades más directas derivadas de la convivencia lo que implica dos aspectos: el primero, la obligación de afrontar los gastos comunes en materia de alimentos (necesidades de subsistencia, vestido, asistencia médica, instrucción); el segundo, los gastos derivados de la vivienda común o familiar, no tanto de su adquisición pero sí de conservación y mejora.

Que a tales gastos deben contribuir ambos convivientes en proporción a sus recursos económicos (sea la referencia inicial los meros ingresos o, si estos no son suficientes, en proporción a sus respectivos patrimonios como recoge el art. 4.2 de la Ley catalana 10/1998, art. 5.3 Ley aragonesa 6/1999, art. 5.3 Ley navarra 6/2000, art. 7.2 Ley canaria 5/2003, art. 6.1 Ley vasca 2/2003), incluso valorando aquél el trabajo para la casa o colaboración no retribuida a la profesión o empresa del otro, generando, por tanto, una obligación interna con los correspondientes derechos de reembolsos, con un específico régimen de responsabilidad frente a terceros similar a la potestad doméstica del art. 1319 CC, tal y como hace el art. 5 de la Ley catalana 10/1998, art. 5.4 Ley aragonesa 6/1999, art. 5.2 Ley balear 18/2001, al igual que sucede en el art. 515-4 del Code français, parece un mínimo de efectos que, en todo caso, debe producir el reconocimiento legal de la unión establece de pareja (así se establece también en el art. 4.2 Ley valenciana 1/2001, art. 4.3 Ley madrileña 11/2001).

Más discutible puede ser, sin embargo, si deben de establecerse normas específicas sobre el uso y actos de disposición sobre la vivienda común, tanto durante la convivencia como a la extinción de la misma. Algunas legislaciones autonómicas han extendido tal protección en dos aspectos: instaurando un régimen para los actos de disposición de la vivienda común similar al recogido en el art. 1320 CC (así, art. 11 Ley catalana 11/1998) e instaurando el derecho de continuar en la vivienda durante un año cuando la convivencia se extingue por

²⁸ En todo caso, la adjudicación del uso de la vivienda propiedad exclusiva de uno de los convivientes requiere que la misma pueda ser calificada de familiar, incluso para atribuir su uso a los hijos menores que no se discute en el ámbito del art. 96 CC, de manera que si tal concepto de vivienda familiar no se da, sino una mera ocupación esporádica, nunca es de aplicación tal precepto. Vid. resolviendo este supuesto la SAP Málaga, Sección 6ª, de 16 de noviembre de 2004 [JUR 2005, 60639]. Sobre la problemática de la vivienda familiar en los puestos de extinción de la convivencia vid. ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNA-RRRAGA, "Efectos de la extinción de la pareja de hecho: la vivienda familiar", en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998, págs. 619 y sigs.

tencia de un enriquecimiento injusto, que es diferente de la mera desigualdad patrimonial o del desequilibrio económico tenido en cuenta, por ejemplo, para establecer la compensación económica del art. 97 CC.

Por otra parte, la configuración de tal compensación económica así como su pago sí podría ajustarse a los criterios de los arts. 1431 y 1432 CC, esto es, el pago en metálico como regla general salvo que el juez, previa petición de cualquiera de las partes (y no sólo del obligado como establece el art. 1432 CC) acuerde el pago en bienes, que habría de satisfacerse a la extinción de la convivencia, sin perjuicio de la concesión de un plazo para su pago si las circunstancias así lo requiriesen (vid. la regulación, con algunas variantes, de los arts. 13 y 16 Ley catalana 10/1998, esencialmente asumido por el art. 6 Ley navarra 6/2000).

Obviamente, con la configuración legal de la compensación económica como una consecuencia del enriquecimiento injusto que se pueda producir no es posible legalmente cuantificar importes o porcentajes, dependiendo de las circunstancias que concurren en cada caso concreto —recordemos como la STS de 23 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7385] estableció la indemnización en un tercio de los bienes y la STS de 17 de enero de 2003 [RJ 2003, 4], también en un tercio, pero no de los bienes sino de su valor³¹. La STS de 17 de junio de 2003 [RJ 2003, 4605] la fijó en la cuarta parte—.

Por supuesto, las partes en el pacto de convivencia, dentro del juego del principio de autonomía de la voluntad, podrán establecer lo que estimen conveniente sobre los supuestos en que surgiría el derecho a percibir la compensación económica —no limitado, por ejemplo, a supuestos de enriquecimiento injusto—, así como sobre los criterios para su cuantificación, pero probablemente, al igual que hace el art. 4.1 Ley catalana 10/1998, el derecho a su percepción en los supuestos mínimos legales debería considerarse derecho imperativo, y no renunciabile mientras no se den las circunstancias de su nacimiento y exigibilidad.

Además de la compensación económica, ¿debe establecerse algún tipo de pensión alimenticia? El art. 14 de la Ley catalana 10/1998, art. 5.4 Ley navarra 6/2000, art. 9.1 Ley balear 18/2001, así lo reconocen, con el carácter de pensión temporal que no puede superar los tres años (art. 16.4) y compatible con la compensación económica (art. 16.1), referido ya a un estado de necesidad para el sustento propio, pero tampoco de forma automática sino sólo si se da uno de los dos supuestos: que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos o si tiene a su cargo hijos comunes, en circunstancias en que su capacidad de obtener ingresos quede disminuida; segundo supuesto que es el único que reconoce el art. 7.2 Ley aragonesa 6/1999.

C) Derechos en caso de extinción por fallecimiento

Se decía con anterioridad como, en general, en caso de fallecimiento se reconoce en las legislaciones autonómicas el derecho del conviviente de continuar durante el plazo de un año en la que fue vivienda común cuando pertenece en exclusiva al premuerto (art. 18.2 Ley catalana 10/1998, art. 9 Ley aragonesa 6/1999), sin perjuicio de las posibilidades de subrogación que le concede el art. 16 de la LAU en el caso de que la vivienda viniese ocupada en virtud de un contrato de arrendamiento.

³¹ Vid. TOMÁS MARTÍNEZ, "La valoración del trabajo en el propio hogar en la ruptura de una pareja de hecho. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2003", *Aranzadi Civil* 2003-III, págs. 2215 y sigs.

las SSTS de 5 de julio de 2001 [RJ 2001, 4993] y 16 de julio de 2002 [RJ 2002, 6246] y hecho suyo por uno de los votos particulares de la STS de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148] que, sin embargo, mayoritariamente lo rechaza³²—, prácticamente se asume la doctrina del enriquecimiento injusto en la que, en definitiva, se ha configurado como el fundamento indemnizatorio en que incide la jurisprudencia (STS de 22 de febrero de 2006 [RJ 2006, 831], 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148] y, especialmente la STS de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 7148]) y además con los requisitos clásicos: desequilibrio patrimonial y dedicación al hogar o colaboración con el trabajo del conviviente (vid. STS de 6 de octubre de 2006 [RJ 2006, 6650]), de manera que si no se dan esas circunstancias debidamente probadas cualquier pretensión indemnizatoria o de compensación económica deberá ser rechazada (vid. STS de 5 de febrero de 2004 [RJ 2004, 213])³³, bien entendido que desde este planteamiento, y en una interpretación estricta, el trabajo para el hogar, por sí sólo, no puede ser interpretado como el causante del desequilibrio ni que con el mismo se contribuyera al aumento patrimonial del otro conviviente (vid. en tan sentido SAP Lleida, Sección 1ª, de 27 de julio de 2006 [JUR 2007, 111516] y SAP Málaga, Sección 4ª, de 25 de abril de 2002 [JUR 2002, 206758]), ello sin perjuicio de su consideración de contribución a los gastos comunes.

A mayor abundamiento, tan planteamiento se realiza con una importante particularidad: sólo se reconoce cuando la convivencia cesa en vida de la pareja, no por causa de fallecimiento —no lo exige expresamente el art. 9.2 Ley balear 18/2001, art. 6.2 b) Ley vasca 2/2003—, lo cual tiene puede tener su lógica si a su vez se le reconocen derechos sucesorios. Pero, como se dirá, no sucede así en todas las legislaciones y lo cierto es que limitada la compensación económica a la ruptura en vida de la convivencia, la jurisprudencia rechaza que proceda en caso de fallecimiento (así SAP Barcelona, Sección 4ª, de 28 de junio de 2006 [JUR 2007, 64733]). En todo caso, no parece que exista razón alguna para limitar el derecho a la compensación económica a los supuestos de extinción de la convivencia en vida de los convivientes y no extenderla también a los casos de muerte o declaración de fallecimiento, pues si bien es cierto que en general los supuestos de reclamaciones patrimoniales se producen generalmente por ruptura unilateral, la jurisprudencia lo ha admitido también sin hacer cuestión alguna a la extinción por causa de muerte (vid. SSTS de 23 de noviembre de 2004 [RJ 2004, 7385], 17 de junio de 2003 [RJ 2003, 4605]).

La compensación económica, cuyo surgimiento legal en relación con una situación de enriquecimiento injusto aparece así muy vinculado a la mayor o menor comunicación patrimonial que haya podido existir entre los convivientes, no se debería configurar simplemente como un crédito calculado, por ejemplo, como se hace para el crédito de participación en los arts. 1418 y sigs. CC, pues aunque ello sin duda simplificaría el procedimiento se apartaría de la razón última que motiva la existencia de la compensación que no es otra cosa que la exis-

³² La SAP Málaga, Sección 4ª, de 26 de julio de 2004 [JUR 2004, 255724] también parece seguir implícitamente este criterio en cuanto confirma la decisión del Juzgado de instancia de atribuir al conviviente una pensión periódica de carácter temporal. Por su parte, la SAP Málaga, Sección 5ª, de 6 de julio de 2004 [JUR 2004, 257381] también confirma una pensión anual periódica temporal que fundamenta en los principios generales de derecho de protección del más débil y del enriquecimiento sin causa, negando expresamente que tal pensión se derive del art. 97 CC, inaplicable a las uniones de hecho.

³³ Vid. igualmente la SAP Málaga, Sección 4ª, de 22 de septiembre de 2004 [JUR 2004, 292573], rechazando la existencia de un enriquecimiento injusto ante el hecho evidente de que los dos convivientes habían intervenido como cotitulares en diversas actividades comerciales.

adoptar conjuntamente o al hijo de la pareja. A la vista de tal regulación, alguna duda puede quedar de si los miembros de una unión estable de pareja compuesta por personas del mismo sexo pueden adoptar conjuntamente, cuestión no regulada expresamente en la DA 3ª de la Ley 21/1987 y que ya ha sido resuelta en sentido positivo por alguna legislación autonómica (art. 10 Ley aragonesa 6/1999, art. 8 Ley navarra 6/2000, art. 8 Ley vasca 2/2003, art. 11.1 Ley cántabra 1/2005).

En cuanto a la tutela, las posibilidades de autotutela admitidas ahora en el art. 223 CC tras la reforma de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, aclaran muchos problemas desde el momento en que se puede prever la designación de la pareja como tutor. No obstante, sería necesaria una reforma del art. 234.2º CC para admitir, no tanto como hace el art. 7 de la Ley catalana 10/1998 y el art. 12 Ley aragonesa 6/1999, que en caso de incapacidad de uno de los miembros de la pareja estable, el conviviente ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa, sino que para ser designado tutor en situación análoga al cónyuge, equiparación en este caso que debería extenderse a todos los supuestos en que el cónyuge, ahora pareja de hecho, tome decisiones de índole personal (instrucciones previas) o sea nombrado representante (por ejemplo, del ausente, arts. 181 y sigs. CC). En último término, la asunción del criterio del art. 9 Ley navarra 6/2000 y art. 7 Ley balear 18/2001, al establecer que los miembros de la pareja estable se consideran equiparados a la situación de los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, curatela, incapacidad, declaración de ausencia y declaración de prodigalidad.

E) Reformas procesales

¿Debe reformarse la LEC para que los procesos matrimoniales sea de aplicación a las rupturas de las uniones estables de pareja? Actualmente, de acuerdo con los arts. 748.4 y 779.3 LEC, están limitados sólo a las cuestiones que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores³⁴, y la jurisprudencia rechaza no sólo el cauce del art. 777 LEC para aprobar el acuerdo de las partes a través de un convenio regulador, sino también el del art. 777 LEC para dirimir las diferencias entre los convivientes en materia de vivienda y pensiones o compensaciones económicas (vid. SAP Las Palmas, Sección 3ª, de 28 de abril de 2006 [JUR 2006, 199084]), y los arts. 806 y sigs. LEC en cuanto a liquidación de sus intereses económicos sobre un patrimonio común. La regulación del contrato de unión civil entiendo que debería conllevar la reforma de la LEC para regular un único procedimiento.

³⁴ Vid. PÉREZ UREÑA, *Normativa sobre las uniones de hecho. Cuestiones candentes*. Edisofer S.L., Madrid, 2002, págs. 182 y sigs. Sobre la problemática procesal en la ruptura de la convivencia de las uniones estables de pareja vid. CASO SENAL, "Efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación a los menores y en relación a la vivienda. Situación procesal de la extinción de las uniones paramatrimoniales. Parejas de hecho y órdenes de protección", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadas*. Manuales de Formación Continua 28. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 263 y sigs.

También se le reconoce un derecho de predecesión similar al recogido en el art. 1321 CC por el que el conviviente, y al margen del derecho sucesorio, hace suyo el ajuar familiar (art. 18.1 Ley catalana 10/1998, art. 9 Ley aragonesa 6/1999, art. 12 Ley balear 18/2001, art. 6.2 c) Ley vasca 2/2003). No obstante, la cuestión más problemática es si deben de reconocérsele derechos sucesorios análogos a los del cónyuge viudo o, de una manera más amplia, la misma posición en el ámbito del derecho sucesorio que al cónyuge viudo, lo que, hoy en día, no es posible con la regulación contenida en el Código Civil³⁵.

En general, en algunas legislaciones autonómicas, aunque con matices, se observa un cierto reconocimiento de algunos derechos sucesorios a través de una equiparación parcial con la situación del cónyuge viudo³⁶, aunque en los extremos de tal decisión hay otras posiciones. Algunas legislaciones autonómicas, que si tienen competencias en materia de derecho civil, adoptan expresamente el criterio de total equiparación del conviviente al cónyuge viudo tanto en los supuestos de sucesión testada como intestada. Así, art. 13 Ley balear 18/2001, art. 9 Ley vasca 2/2003, DA 3ª Ley gallega 10/2007.

La Ley catalana 10/1998 no lo reconoce en el caso de uniones estables heterosexuales y sí en las homosexuales, distinguiendo (art. 34) si se trata de sucesión testada o intestada y en ésta diferenciando con quien concorra. En definitiva, en la sucesión intestada a falta de descendientes, ascendientes y colaterales dentro del segundo grado, o de los hijos de estos, si han premuerto, son llamados a la totalidad de la herencia. Si concurren con los colaterales, tienen derecho a la mitad de la herencia. Y si concurren con descendientes o ascendientes, carece de derechos hereditarios, que sólo se le reconocen si no tiene medios económicos suficientes para su sustento y en base a una acción personal hasta una cuantía máxima de la cuarta parte del valor de la herencia, mismo derecho que el art. 45 reconoce en la sucesión testada.

Pero como se dijo, también hay una cierta equiparación en aspectos concretos. Por lo que respecta al derecho aragonés, en los arts. 15, 16 y 17 de la Ley 6/1999 se establece una cierta equiparación entre el cónyuge y la pareja de hecho, pudiendo otorgar testamento mancomunado, pactos sucesorios y ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia. Por su parte, en el derecho navarro, fundamentalmente en la Ley 253 de la Compilación, queda equiparado al cónyuge viudo en el usufructo de fidelidad, lo que unido a la Ley 304.5 que incorpora a la sucesión intestada al conviviente no excluido del usufructo de fidelidad y a la inexistencia de otros derechos legitimarios del cónyuge viudo, implica su equiparación

D) Otros derechos

Por lo que respecta a la adopción, ya desde la DA 3ª de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, pueden adoptar conjuntamente las parejas de hecho heterosexuales, mientras que desde la reforma del art. 44 CC, y a la luz del art. 175.4 CC que permite la adopción conjunta por los cónyuges, ninguna duda presenta que los matrimonios entre persona del mismo sexo pueden

³⁵ Vid. MARTÍN PÉREZ, "Convivencia y herencia. Derechos sucesorios en las uniones de hecho", en *Matrimonio y uniones de hecho*, coordinado por Martínez Gallego, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, págs. 80 y sigs.

³⁶ Vid. PEREDA GAMEZ, "El derecho sucesorio de las parejas de hecho", en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadas*. Manuales de Formación Continua 28. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 151 y sigs.

VIII. LOS EFECTOS DE LAS UNIONES ESTABLES DE PAREJA ALEGALES

Por último una pregunta. ¿Cuál debe ser el régimen jurídico de las uniones de hecho que no reúnan los requisitos exigidos para poder ser calificadas formalmente como uniones estables de pareja reguladas en la Ley? Para la SAP Barcelona, Sección 11, de 17 de mayo de 2006 [JUR 2006, 260093], no se le pueden atribuir los derechos reconocidos en la Ley, lo cual es correcto. Pero tengamos en cuenta lo siguiente: puede tratarse de una pareja estable, con hijos comunes, pero a la que no se puede aplicar el régimen jurídico específico legalmente previsto por, por ejemplo, estar uno de los miembros todavía unido por vínculo matrimonial con un tercero. ¿Desaparecen sin más las situaciones de enriquecimiento injusto o de conviviente más débil necesitado de protección? ¿Decae sin más las razones jurídicas de la doctrina jurisprudencial construida hasta el momento? Ha de señalarse que tales cuestiones todavía no han sido planteadas por los Tribunales que, de momento, se limitan a rechazar las pretensiones de compensaciones económicas cuando no se dan los requisitos exigidos por la legislación autonómica aplicable para apreciar la existencia de una unión estable de pareja. Así la citada SAP Barcelona, Sección 11, de 17 de mayo de 2006 [JUR 2006, 260093], SAP Barcelona, Sección 12, de 4 de mayo de 2006 [JUR 2006, 261075]. Sin embargo, como se ha mantenido a lo largo de esta Ponencia, parece imprescindible la regulación de estas situaciones como figura distinta a la unión estable de pareja, siguiendo inicialmente el modelo francés de su reconocimiento legal, sin perjuicio del problema de decidir si seguir dejándolas a la decisión jurisprudencial de cómo resolver los problemas que plantean, en que a mi juicio seguirá siendo perfectamente aplicable la doctrina actual sobre enriquecimiento injusto, voluntad expresa o tácita de crear un patrimonio común, etc., o ya establecer una regulación mínima, criterio este último que, en mi opinión, es el que debe seguir el legislador estatal.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta fuera de toda duda la existencia durante los últimos años, de un importantísimo cambio en la familia tradicional, y particularmente en los distintos modos que la misma puede adoptar, toda vez que hasta hace menos de una década, la mayoría de grupos familiares estaban formados por parejas que habían contraído matrimonio mediante cualesquiera de las fórmulas clásicas, en tanto que en la actualidad tal situación ha ido mutando hasta empezar a ser habitual las familias que no lo han hecho, y que se han limitado a plantearse una convivencia more uxorio sin mayores compromisos que los de la propia voluntad de hacerlo, y ello al margen del matrimonio entendido en el sentido más amplio de la palabra.

Sin duda el punto de partida de ésta evolución debemos encontrarlo en la Carta Magna de 1978, en la que aparecieron toda una serie de valores nuevos en una sociedad democrática, con un gran juego en el cambio de la normativa hasta entonces vigente, y de las que son un exponente las dos leyes de 2 de mayo y de 7 de julio de 1981.

La familia, que desde tiempos muy pasados implicaba la unión de dos personas de distinto sexo ligadas por los vínculos del matrimonio, se empieza a modificar y ampliarse por personas, del mismo o distinto sexo que optan por convivir juntas pero sin tal matrimonio.

Lo que está ocurriendo es que cada vez con mayor incidencia, el legislador va llegando a todas las esferas de las diversas formas de las relaciones familiares, y ello en una constante evolución que cada vez en mayor medida, sobre todo entre jóvenes que inician su primera relación estable, y también entre adultos que han pasado por una crisis de su primer matrimonio, tiende a buscar soluciones en la privatización de sus relaciones.

Se constata que en el núcleo básico de la familia, las estructuras se van modificando, particularmente ante un inicial interés de huir de la idea de los deberes jurídicos, situación ésta abortada ante la injerencia del legislador mediante la entrada en vigor de leyes que regulan las llamadas uniones de hecho, en una clara invasión del derecho privado, aunque soy consciente de que ésta afirmación puede causar estupor en muchos, pero que resulta ciertamente discutible cuando menos por los problemas que plantea desde el punto de vista del respeto a la autonomía de la voluntad de las personas.

Es cierto que hace menos de una década resultaba una provocación tratar de igualar las parejas de hecho a los matrimonios, y algunos sectores de la sociedad reclamaban la legislación de situaciones de ese tipo, lo que poco a poco ha ido encontrando respuesta en las diversas legislaciones que florecen entre las Autonomías del Estado Español.

Con mayor o menor acierto, el legislador ha ido buscando soluciones para la ordenación de diversas formas de convivencia en las que no existe el matrimonio, adaptándose de alguna manera a las distintas circunstancias de cada pareja. A priori se permite un cierto margen de actuación a la denominada autonomía de la voluntad que regulará el marco jurídico de aquellas relaciones.

Por otra parte, también el legislador ha seguido la línea abierta por la reforma del Código Civil operada en el año 2005, (falta de necesidad de causa para la interrupción del matrimonio), en el sentido de dar plena libertad en cuanto a la posibilidad de poner punto final a las relaciones de pareja no matrimonial, reconociendo la importante trascendencia de la voluntad de una persona que opta por no continuar conviviendo con su pareja.

Previsiones capitulares en las parejas de hecho

Ramón Tamborero del Pino
Abogado

Evidentemente el problema que surge es en relación a la eficacia o no de unos pactos antes de que se produzca esa crisis, en un momento en el tiempo que probablemente esté rodeado de circunstancias totalmente diferentes de las que existan en el momento real de la misma.

Las partes pues buscan una regulación jurídica de su voluntad expresada en determinado momento, y por ello deberemos analizar ese momento, ya que será difícil que las circunstancias de futuro no se pueden tener en absoluto previstas, y ello podría viciar el consentimiento por encima de la voluntad.

Entiendo que estos pactos constituyen un negocio jurídico de derecho de familia que debería gozar de plena eficacia vinculante desde que nace, y que incluso si ya regulan la ruptura, y no se limitan a prevenirla para un incierto futuro, podrían ser incluso exigibles por vía judicial ya que su validez no pueden depender tan solo de su homologación judicial.

En este aspecto, y por su similitud al matrimonio y a los derechos que el mismo contempla en casos de crisis, la STS de 27/IV/97, 27/II/98, y la de 21/XII/98, vienen insistiendo esta tesis cuando afirman que la falta de aprobación judicial no supone un obstáculo a su validez o eficacia, pues si carece de aquella, ello le impide eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico, y si bien tales convenios no pueden hacerse valer frente a terceros son vinculantes entre las partes, siempre que concurren los requisitos generales para su validez.

1. Pactos pre-convivenciales suscritos antes de la crisis

La regulación de las relaciones de las parejas *more uxorio*, especialmente en lo que se refiere a las cuestiones de reclamaciones de pensiones, independientemente del título o denominación que se les dé, al igual que las cuestiones relativas al domicilio familiar, (siempre y cuando no haya hijos para éste último supuesto), paulatinamente se han ido privatizando, recordando a éste respecto las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, como un referente en cuanto al reconocimiento de un papel fundamental a la autonomía de la voluntad.

Por otra parte, la jurisprudencia, y las diversas legislaciones autonómicas han hecho evolucionar las cosas hasta el extremo de consolidar cada vez en mayor medida la privatización de la regulación de los matrimonios y de las parejas de hecho que no dejan de constituir una forma más de familia.

Cada vez en mayor medida se buscan soluciones que tengan como horizonte la regulación de las consecuencias de una ruptura de la familia, y el contractualismo aparece como el mecanismo ideal para dar soluciones a la posible crisis, mediante una regulación previsional de los efectos de tal crisis. A mayor abundamiento no podemos olvidar, sobre todo en relación a aquellas legislaciones autonómicas que proveen la posibilidad de una indemnización a favor de uno de los convivientes de una participación en los bienes creados durante la duración de la pareja (similar a la que establece el art. 1.438 CC para el régimen de separación de bienes), los problemas que puedan surgir en cuanto a la conservación de una empresa, o de una actividad profesional familiar, etc.

Será así como deberán surgir los pactos preventivos y las previsiones de las crisis familiares de la pareja de hecho, que consisten en decisiones o acuerdos de las componentes de la misma dirigidas a regular las consecuencias de una eventual y futura ruptura. Se tratará de medias futuras que se adoptan desde la tranquilidad y el sosiego de una situación de normalidad de la pareja. Precisamente la anticipación a la crisis, es lo que los diferencia de los convenios típicos reguladores de la crisis ya existente.

II. EL PAPEL DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Es evidente que la autonomía de la voluntad tiene como consecuencia directa el que su manifestación más clara y objetiva se traduce mediante la suscripción de cualquier tipo de contrato, razón ésta por la que podemos afirmar que el contractualismo que actualmente vive el derecho de familia, puede ser explicado a partir del estudio de cómo se han ido introduciendo y desarrollando los diferentes medios jurídicos a través de los cuales las personas pueden ordenar su relación de pareja, en muchas ocasiones ordenándola según los diversos avatares por los que atraviesa esa relación, y en otros supuestos, incluso organizando y previendo su liquidación y extinción.

Y este es el tema que nos ocupa ahora, ya que cualquier tipo de convenio que regule las relaciones de la futura pareja o ya establecida, además de regular *ex ante* alguna de las consecuencias, no se limita a prever las consecuencias de la posible ruptura, sino que además trata de encontrar ya anticipadamente la regulación de su contenido. En realidad se está buscando el soporte regulador de la situación que ambos sujetos quieren dar a su relación, ya que la capacidad de autonormación se pone en manos de los propios interesados.

Una vieja sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25/VI/87, ya indicaba, en momentos en que era impensable que el legislador abordara el tema de la regulación de las parejas de hecho, el reconocimiento para los matrimonios un auténtico contractualismo en el ámbito del derecho de familia, ya que se atribuía relevancia jurídica a los pactos de separación matrimonial, al tiempo que se atribuía trascendencia normativa a los pactos de regulación de las consecuencias económicas.

Y ello por cuanto, siguiendo con el principio de la autonomía de la voluntad, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia, y si además está integrado en una resolución judicial que lo haya aprobado tiene toda la eficacia procesal que ello conlleva.

III. LOS CONVENIOS DE LAS PAREJAS MORE UXORIO

Al igual que ocurría con los capítulos matrimoniales, que siempre han venido siendo considerados como el tipo de pacto conyugal con mayor tradición en nuestro derecho, ante la falta de la figura del matrimonio, y sin tener en cuenta la denominación que le podamos dar, los convenios pre-convivenciales, podrían ser entendidos en los mismos términos y conceptos que los capítulos, sobre todo desde que el legislador empezó a dar a las parejas *more uxorio* una regulación en la que existe contenido y normativa.

Se tratará pues de pactos normativos, contratos marco, cuya eficacia se proyecta al futuro, ya que fundamentalmente tratará de regular los aspectos que condicionarán la posible crisis y ruptura de la pareja, fundamentalmente en los aspectos económicos, toda vez que y todas las cuestiones de orden público, tales como la custodia de los hijos, y las medidas en torno a ellos no podrán ser objeto de pacto alguno ante la ineficacia que ello implicaría.

En estos pactos que tratan de eludir la litis contenciosa como consecuencia de la falta de acuerdo, las partes acuerdan el cese de la convivencia, pero sobre todo regularán las consecuencias de tal ruptura, ya que la voluntad común de ellos quieren que cobre vigor en el momento en que se produzca tal hipotética crisis.

Aunque sea a base de una concordancia o similitud de lo que la doctrina que la propia legislación establece en orden a los matrimonios tradicionales, convendrá que analicemos qué prevé esta al respecto.

El art. 1.325 CC al regular los capítulos matrimoniales expresa que: *"En capitulaciones podrán los cónyuges estipular, modificar o sustituir el régimen económico del matrimonio o cualquier estipulación por razón del mismo"*. A ello conviene añadir los arts. 90, 1.255 y 1.328 CC, relativos al principio de la autonomía de la voluntad.

Como consecuencia de ello debemos igualmente analizar cuáles son los requisitos y la eficacia de los pactos pre-convivenciales:

a) Límites y eficacia de la autonomía de la voluntad:

Ya hemos analizado la evolución constante que dentro del derecho de familia se viene produciendo en relación al incremento de la facultad de la autonomía privada, de manera que por encima de todo nos tendremos que atender fundamentalmente a lo que indica el art. 1.255 CC, aunque no nos podemos ceñir de forma exclusiva a lo indicado en dicho articulado.

La norma básica en el ámbito civil viene constituida por el art. 1.328 CC, que establece —concretando las limitaciones generales marcadas por el art. 1.255 CC— "que será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos entre ambos cónyuges".

b) El interés de los hijos:

Como ya se ha indicado, cualquier tema relación con los hijos deviene inoperante al tratarse de cuestiones de orden público, de manera que lo pactado previamente a la crisis por los padres no tendrá mayor valor que el meramente ilustrativo de determinada voluntad en determinado momento, pero sin ir más allá.

c) El principio de igualdad entre las partes:

Tal principio de igualdad entre los cónyuges desde la reforma de 1981 constituye también un punto de referencia de primer orden para canalizar el poder contractual de los cónyuges, y de ahí que ante todo debe tenerse en cuenta la opinión de algunos autores que considerarían nulos los pactos en los que no se respete el principio de reciprocidad de derechos entre los esposos.

De todo lo analizado hasta este momento podemos pues concluir que toda esta normativa así como la interpretación que de la misma hace la doctrina, en relación a los matrimonios, podría ser de aplicabilidad a las parejas de hecho, y en consecuencia pasaremos a continuación a analizar de una forma directa y más concreta las previsiones pre-convivenciales que serían objeto del interés de quienes desean tener en consideración y ya definidos, los efectos de una no deseada crisis de la relación, y programar los mismos antes de que esta se produzca.

IV. LAS PREVISIONES Y LOS PACTOS A SUSCRIBIR

Debemos previamente a entrar en ésta materia hacer una consideración que, no por obvia resulta menos cierta, y que hace referencia a la realidad inequívoca derivada de que cualquiera precisión de pactos pre-convivenciales, resulta inicialmente mucho más sencilla que la

Es por todo lo que hemos analizado hasta este momento que, con mayor frecuencia, quienes salen de una relación ya fracturada, o aquellos que son conscientes del creciente número de rupturas de parejas, busquen prever las consecuencias de la crisis en el marco de la autonomía de la voluntad, ya que antes de iniciar una relación será preciso una profunda reflexión sobre las consecuencias de una futura vida en común, particularmente en los temas económicos.

A esta posibilidad se ha opuesto una parte de la doctrina quien considera que los pactos previsorios de cualquier tipo de crisis de la pareja, casada o no, puede dar lugar a un posible abuso del conviviente que disponga de una posición económica más potente u holgada, y que incluso ayuda a tomar decisiones unilaterales en cuanto a la ruptura por parte del mejor posicionado económicamente, sin embargo considero que tal posibilidad no deja de ser una fácil lectura de un derecho que siempre ha existido por igual para cualesquiera litigantes, y ahí es donde debe hacerse entre los futuros convivientes una reflexión objetiva en orden al contenido de sus pactos, que no siempre pueden o deben ser de renuncia, sino también de reconocimiento de determinados derechos.

Otra corriente sostiene que tales pactos previos a la posible ruptura, particularmente cuando son hechos al inicio de la convivencia, no constituyen una perspectiva muy halagüeña para aquella relación que empieza pensando en la ruptura, pero entiendo que debemos huir de las relaciones idílicas e ir evolucionando como en otras legislaciones que, con mayor tradición social de divorcios y rupturas, entienden no solo normal, sino impensable el inicio de una relación en la que previamente no se hayan constituido los pactos por los que esta se regirá.

Por mi parte me alíneo entre quienes piensan o sostienen que una actividad previsional de quienes han tomado la opción de iniciar una convivencia en común, permite iniciar tal relación de una manera más consciente y realista al anticipar las contingencias de la relación, y de reflexionar sobre sus consecuencias, facilitando el diseño de un marco de relación más singularizado y próximo a las aspiraciones de los futuros convivientes. Simplemente se trata de confiar en la racionalidad de ambos, permitiéndoles adoptar ciertas precauciones, predominante en el orden económico sobre su futura relación.

2. Viabilidad jurídica

Hasta ahora hemos tratado de analizar desde un punto objetivo, la conveniencia o no de suscribir unos pactos pre-convivenciales y su posible eficacia, sin embargo debemos también analizar la viabilidad jurídica de tal posibilidad.

En contraposición con la práctica social de otros países, como los anglosajones, y particularmente en los EE.UU. la costumbre social en España resulta un tanto infrecuente la suscripción de documentos como los que estamos analizando, aunque poco a poco, y probablemente como consecuencia del aumento de segundas relaciones tras un primer fracaso, los sujetos tienden a prever su futura convivencia de forma más objetiva y serena. Por su parte la jurisprudencia ha iniciado un lento pero imparable camino hacia el reconocimiento de una realidad social de la que no puede estar al margen. Es más, los legisladores, en muchas comunidades autónomas comienzan a dar pasos hacia la validez de los convenios prematrimoniales y pre-convivenciales, tal y como es el caso de la Comunidad Autónoma de Catalunya en su Anteproyecto de Ley por el que se aprobará el Libro Segundo del Codi Civil de Catalunya relativa a la Persona y la Familia.

El mas grave problema con el que se toparán quienes desean que se contemple en escritura pública la posibilidad de una renuncia a determinados derechos, se encuentran con la problemática que implica el contenido del art. 6.2 del CC...

En efecto, tal articulado establece en cuanto a lo que aquí nos concierne establece que *"la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros..."*.

Muy poca jurisprudencia hay al respecto y la poca existente trata de acogerse al precepto antes señalado para actuar en una línea de oposición a otorgar valor a los pactos de renuncia anticipada, entre otros motivos por cuanto también hay que resaltar que ningún derecho puede ser renunciado antes de que este haya nacido. Y lo que es evidente es que el nacimiento a percibir pensiones indemnizatorias de cualquier tipo, o la necesidad de otorgar el derecho del domicilio a uno u otro conviviente, solo nacerá como consecuencia de la ruptura, y será en ese momento cuando todo el peso de la eficacia de la ley entrará en vigor, y no antes, cuando se desconocen las respectivas situaciones de ambos sujetos, entonces enfrentados.

Frente a esta tesis de quienes se oponen a la validez de las renunciaciones expresas en base los argumentos ya expuestos, hay quienes opinan que debe acudirse al contenido del art. 1.271 CC, que nos permite en todo caso pactar sobre cosas futuras, *"...pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras..."*, y el mismo se puede además complementar con lo que establece el art. 1.108 CC, el cual permite renunciar anticipadamente a los daños causados por culpa, en tanto los arts. 1.475 y ss. permiten renunciar a la acción de saneamiento y evicción en la compra venta, así como la nueva L.A.U. permite la renuncia anticipada al derecho de tanteo y retracto, e incluso en muchas Comunidades Autónomas, se permite la renuncia anticipada a la legítima futura, pese a que el art. 6 CC, como todo el título preliminar, según dispone el art. 13 CC, es de aplicación general y directa en todo el territorio nacional.

En resumen se podría sostener que la única excepción contenida en el art. 6 CC, no depende de la condición futura del derecho renunciado, sino de que no contrarie el orden público o perjudique a un tercero.

Pero es que además la renuncia anticipada que estamos ahora tratando, no puede confundirse en cuanto a que se trate de una renuncia a un derecho, sino la renuncia a que se aplique determinada ley, y ello es algo que admite el propio art. 6 CC, es decir, estamos ante una exclusión mediante un negocio jurídico de plenas garantías, de un determinado régimen legal, que no sea imperativo, como es el caso de renuncia a la petición de cualesquiera derechos entre dos personas que han convivido juntas y prevén el futuro de su posible crisis. Entiendo pues que se trata de determinar un derecho futuro por la vía negativa si es de renuncia.

3. El problema del consentimiento de la renuncia

Precisamente el consentimiento anticipado que se refiere a determinadas renunciaciones resulta algo realmente difícil de solventar, particularmente por cuanto se están contemplando situaciones futuras que pueden haber variado en el momento en que se pretenda su eficacia, en relación a las que existían en el tiempo de la suscripción del contrato pre convivencial.

Será pues la habilidad y la objetividad de una buena información a ambos sujetos lo que nos ayudará a garantizar que la renuncia a determinados derechos se realizó con todo tipo de garantías. Es la llamada voluntad contractual bien formada, y que evidentemente una de las partes no se imponga por la fuerza a la otra.

unos capítulos matrimoniales que contemplen la posibilidad de una ruptura de un matrimonio, toda vez que en los mismos se deberá incluir el régimen económico matrimonial por el que pretenden regirse, alcanzando, si es que lo desean, incluso las previsiones sobre la disolución del mismo, la liquidación, etc.

1. Las pensiones entre los convivientes

Uno de los elementos más discutidos, dentro de las previsiones de una crisis de la pareja, es sin duda la del derecho a poder renunciar a cualquier tipo de pensión entre los componentes de la misma. Es algo muy poco estudiado actualmente por la doctrina, y mucho menos por la jurisprudencia.

Por ello deberemos guiarnos de nuevo por lo que al respecto se viene dando en casos de capítulos matrimoniales en los que los esposos han pactado cualquier tipo de acuerdo en relación a la posibilidad de renuncia de derechos a la Pensión Compensatoria establecida en el Código Civil, o cualquier otro tipo de derechos económicos que en alguna comunidad autónoma se encuentre regulada, o incluso a nivel nacional, para casos de régimen de separación de bienes, la indemnización que establece el art. 1438 *in fine* del CC.

Si buscamos en el derecho comparado, la renuncia a la pensión compensatoria, está dividida en cuanto a su efectividad, de forma que nos servirá en la práctica como guía al respecto.

Tanto la Pensión Compensatoria entre los esposos, como la pensión entre convivientes, tienen que analizarse desde la perspectiva de si su inclusión en el ordenamiento jurídico tiene o no un carácter imperativo. Para ello deberemos tener en consideración si la pensión en cuestión tiene un carácter indemnizatorio o resarcitorio. Resarcir por los daños de la ruptura de la pareja o tiende a compensar las consecuencias del desequilibrio que sigue a esa ruptura. En el caso de los sujetos que componen la pareja de hecho, al no ser matrimonio estaría fuera de toda duda que tal pensión no tendría un carácter asistencial para cubrir unas necesidades básicas de alimentación o supervivencia, sin embargo tal discusión, aun en el caso de matrimonios ha quedado totalmente superada y solventada desde la última modificación del art. 97 CC, introducida por la reforma de 2005, en que configura la denominada pensión compensatoria como el derecho a una compensación.

2. Disponibilidad de ese derecho

Las pensiones entre los convivientes, entiendo deben ser analizadas desde la perspectiva de que no se tratan de una norma de derecho imperativo, sino ante una norma de derecho dispositivo, la cual en consecuencia puede ser renunciada por las partes no haciéndola valer, siendo un derecho privado que cae bajo el ámbito de la autonomía de la voluntad, y por ello renunciabile.

¿Es realmente renunciabile una pensión entre los convivientes? Hoy prácticamente nadie lo pone en duda, al igual que ocurre con la pensión compensatoria en los matrimonios, de manera que la renuncia a la misma es plenamente efectiva cuando aquella tiene lugar una vez se ha producido la ruptura.

Sin embargo, y en cuanto a lo que aquí nos atañe, el problema y la discusión se da cuando hablamos de una **renuncia anticipada** hecha en documento público, antes de iniciarse la convivencia, o aún iniciada esta, antes de que se produzca la crisis.

moniales en los que se renuncia a algún tipo de pensión, en general la compensatoria que establece el 97 CC, para poder tener una idea aproximada de cuál podría ser la evolución de un procedimiento contencioso en el que existiera un previo pacto exclusivo entre convivientes

La A.P. de Granada de 19 de mayo de 2001 expuso en un caso de renuncia anticipada a la pensión compensatoria los siguientes argumentos en cuanto a su validez:

"Los cónyuges, antes de contraer matrimonio, suscribieron capitulaciones matrimoniales para establecer que su régimen económico es el de separación de bienes, pactando, además, que ambos comparecientes convienen que la "separación o disolución de su futuro matrimonio, en ningún caso, llevará como consecuencia de ello la fijación de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, por no producir desequilibrio entre los cónyuges". Esta cláusula contenida es las capitulaciones matrimoniales es claramente atípica, atendiendo a lo que entiende por capítulos matrimoniales el artículo 1.325 del CC. Pero es válida, puesto que la pensión por desequilibrio es un derecho disponible, según ha podido declarar el TS en su importante sentencia de 2 de diciembre 1987, y, por tanto, es perfectamente renunciabile. Así lo acordaron mutuamente los futuros contrayentes cuando firmaron la escritura pública en fecha de 27 dic. 1991. Con la celebración del matrimonio el 7 Enero de 1992, los pactos capitulares adquirieron plena eficacia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.334 del CC, por ello, también la cláusula de renuncia recíproca a una futura pensión por desequilibrio económico. Se puede calificar como un pacto con vistas a una futura separación"

Sin embargo, mas adelante la propia resolución expuesta entra a analizar las nuevas circunstancias sobrevenidas, como es el caso de que la esposa, tras la boda, deja su trabajo, y la sentencia añade:

"Esta circunstancia ya es suficiente por si sola para entender que las bases para la suscripción de aquel pacto han dejado de existir, pudiendo, por tanto, pedir la pensión compensatoria si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 del CC. Se puede traer aquí a colación la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, tímidamente admitida en algunas resoluciones del T.S. (SS. 30 de junio 1948, 30 dic. 1985 y 20 abril 1994) que puede tener lugar cuando la base o la causa que se tuvo en cuenta en el acuerdo negocial desaparece al no tener ya ningún sentido su mantenimiento"

En definitiva, la jurisprudencia va dando resoluciones que no siguen una línea uniforme y con criterios unificados, con lo que, en caso de suscribir cualquier tipo de contrato pre convivencial, será conveniente dejar claro a los interesados la inseguridad jurídica del valor de lo que acuerdan.

En todo caso considero mucho mas práctico, cuando menos, suscribir algo en momentos de cierta objetividad, evidentemente antes del inicio de la relación, antes que la inexistencia de acuerdo alguno, ya que con el tiempo, los pactos pre convivenciales, como los capítulos matrimoniales, tenderán a hacerse un hueco en las costumbres de la sociedad, lo que sin duda influirá en el legislador a la hora de ir regularizando, como casi siempre, un poco a destiempo, la realidad social.

4. La regulación de derecho de uso de la vivienda

La atribución del derecho de uso sobre la vivienda familiar, entra en conflicto en muchas ocasiones con los derechos a proteger por parte del posible hijo habido en la unión de una pareja estable.

Entramos en una materia de orden público, razón por la que entiendo que, para el hipotético caso de que los convivientes hubieren regulado cualquier condición o pacto relativo a

A tal respecto resulta clarificador cuando menos, en orden a poder comprobar el "iter" de los nuevos legisladores en algunas comunidades autónomas, lo que el legislador catalán ha previsto en la futura reforma del Código Civil de Catalunya, en relación a las parejas de hecho.

En el anteproyecto de Ley, y en su art. 234.5, se establecen los pactos en previsión de la ruptura de la convivencia, y en dicho articulado se establece que en previsión de una ruptura futura, los miembros de la pareja pueden pactar, en escritura pública, sobre los efectos de la extinción de la unión.

Y es más, se añade que, antes de autorizar la escritura, el notario debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducir por medio de los pactos respecto al régimen legalmente previsto y advertirles de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere la ley más adelante sobre los respectivos patrimonios.

El legislador catalán siguiendo la más moderna corriente ya instalada en países de gran tradición social en convenios pre convivenciales o pre matrimoniales, (EE.UU), también exige en el artículo analizado que, los pactos de exclusión o limitación de derechos han de tener un carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que se renuncian o limitan.

Igualmente el miembro de la pareja que pretenda hacer valer un pacto en previsión del cese de la convivencia tendrá la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de otorgarlo, información suficiente sobre su patrimonio, ingresos y previsibles expectativas económicas, siempre que esta información fuera relevante para el contenido del pacto.

Hasta aquí lo que el legislador tiene en estudio, sin embargo la problemática que se plantea es cuando al momento de la crisis, las circunstancias personales, física o económicas de uno de los convivientes han cambiado, toda vez que podría esgrimirse que esa eventualidad exige el derecho y su aplicación a algo que no estaba previsto y que en consecuencia no se había renunciado.

Y ahí radica el nuevo problema, que también a modo de ejemplo el legislador catalán tiene previsto resolver, a mi modo de ver de forma poco satisfactoria, cuando en el ya citado art. 234.5 *in fine*, indica que, no serán eficaces los pactos en previsión de una ruptura futura que, en el momento en que se pretende su cumplimiento, sean gravemente perjudiciales para uno de los miembros de la pareja, si esta acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes en la convivencia en unión estable, que no se había previsto, ni se podían razonablemente prever en el momento de su otorgamiento.

Es decir, aquellas presiones capitulares, antes de iniciarse la crisis, en la práctica no van a servir de nada si se aprecia el cambio de circunstancias en uno u otro conviviente, lo que implicaría de nuevo la litis que habían tratado de eludir al suscribir los pactos pre convivenciales.

En este sentido se puede comprender que se tengan en cuenta a "sensu contrario", las nuevas circunstancias del obligado a entregar determinadas cantidades por los conceptos que fueren, pero no a la inversa. Téngase en consideración por ejemplo los imprevistos como pudieren ser la quiebra de un empresario que forma parte de la pareja estable, la pérdida de un empleo, la incapacidad por accidente, etc.

Como ya se ha dicho en éste mismo trabajo, la jurisprudencia es muy parca en temas de estas características, razón por la que debemos volver a la comparación que existe en situaciones similares relativas a matrimonios que han suscrito algún tipo de capítulos matrimo-

tal vivienda cuando no había descendencia entre ellos, y después la hubiere, tales acuerdos perderían en la práctica todo valor vinculante al Juez que deba dirimir la cuestión. Y ello por cuanto entiendo que cuando existen hijos menores de la relación, hay una presunción "iuris et de iure", que su interés es el más necesitado de protección.

Por el contrario, en los casos que la pareja de hecho, no tenga hijos, el derecho al uso de la vivienda habitual tiene un contenido netamente patrimonial, y por tanto es un derecho plenamente disponible.

Ello siempre planteando el tema desde la perspectiva de que la vivienda sea propiedad de uno solo de los convivientes, ya que de ser participada entre ambos, en las cuotas que corresponda, a salvo quedarán los derechos de división del bien en común, aunque no veo razón ni motivo para que se le reconozca, con carácter previo a uno de ellos, el derecho de uso preferente durante determinado período de tiempo. Distinto sería el tema si tal derecho no se configurara como un derecho temporal, sino indeterminado o indefinido, lo que evidentemente complicaría en mucho la cuestión, ya que podríamos estudiarlo en orden a la constitución a favor de uno de los copropietarios de un derecho de usufructo vitalicio, cuestión esta bien compleja por cuanto su extinción sería prácticamente imposible al estar rodeado de los supuestos legales que establece la ley para que el mismo pueda ser considerado como irrevocable.

5. En cuanto a la custodia de los hijos y sus alimentos

Las cuestiones relativas a la guarda y custodia de los hijos en común, existiendo estos en el momento de suscribir el documento que regule la crisis, o sin que los mismos hayan aún nacido, no son de libre disposición, ya que se trata de cuestiones de orden público, sobre las cuales nada se puede pactar sin que el Juzgador las acepte, las comparta, y finalmente las resuelva, y ello sin olvidar la intervención del Ministerio Público caso de ser menor de edad.

En mi opinión lo máximo que se puede disponer, y ello con muchas reservas, en relación a prever algo derivado de la custodia de unos hijos, es cuanto referencia al tipo de educación, o la delegación de algún aspecto del ejercicio de la patria potestad, aunque en caso de desacuerdos, llegado el momento, entiendo que no son vinculantes al tratarse igualmente de cuestiones de orden público, siendo los Tribunales quienes deberán dirimir la cuestión.

En cuanto a los aspectos relacionados con los alimentos de los hijos en común de los otorgantes, entiendo que no es viable ningún tipo de renuncia ni transacción al respecto, ya que las normas que protegen los derechos a favor de un menor deben ser interpretadas como un derecho no previsible, y que en consecuencia debe estarse a la espera de que concurran las circunstancias concretas, para que se dé respuesta a las necesidades que éstos exijan sean en el ámbito del otorgamiento de la guarda y custodia, o bien en relación a la pensión por alimentos a la que presuntamente tengan derecho.

Málaga, Octubre 2007

PREVISIONES CAPITULARES EN LAS PAREJAS DE HECHO | 193

I. REALIDAD SOCIAL CON PERSPECTIVA HISTÓRICA

Las uniones de hecho han constituido a lo largo de los siglos una realidad social ante la que los ordenamientos jurídicos han venido dando distintas respuestas. Soluciones que han oscilado desde la aplicación de unos criterios comunes que en Derecho se establecen para los conflictos de justicia, hasta la aplicación de los criterios que las legislaciones han establecido para el matrimonio institucional, comprometiendo la regulación del matrimonio. En la medida en que el legislador español se encamina en este último sentido, avanzo un juicio crítico que se recoge en el título de mi ponencia. Y ello, en tanto en cuanto la institución matrimonial, de un arraigo y trascendencia social milenarios, queda postergada ante el creciente reflejo normativo de tales uniones. Es, no obstante, a través principalmente de reflexiones de carácter estructural y positivo, y no en el concreto cotejo de las distintas materias sobre las que pueden proyectarse ambas realidades, como intento dar sustancia a esta afirmación en la presente Ponencia.

La convivencia de hecho no es, ni mucho menos, un fenómeno reciente, todo lo contrario. Su comprensión exige no olvidar su largo proceso histórico y remontarnos al matrimonio romano en la época clásica y su consideración como hecho social, que produce efectos jurídicos si se ajusta al Derecho (matrimonio justo) o a la ley (matrimonio legítimo). El matrimonio existe cuando se presenta como tal hecho social y, concretamente —según la doctrina romanista—, cuando existe: a) *la affectio maritalis* o voluntad continuada y constante, y b) la convivencia marital o *coniunctio*, que se manifiesta "en la concepción del *domicilium matrimonii* como hogar y casa, donde se realiza la comunidad de vida exteriormente apreciable (*honor matrimonii*)".

Frente al matrimonio romano, el concubinato, sin la carga peyorativa que ha tenido posteriormente, tuvo una gran importancia. Comprendía aquellas uniones entre un hombre y una mujer, en las que faltaba el elemento esencial de la *affectio maritalis*, había voluntad de convivir (*affectio*), pero no como marido y mujer. El concubinato fue una institución jurídica que en algunos aspectos producía efectos similares al matrimonio y que con Justiniano alcanzó un estatuto legal cercano al mismo. Sin duda, presentaba grandes similitudes con las actuales uniones de hecho².

Sobre este esquema se volcó la canonística medieval, interpretándolo conforme a sus propios postulados religiosos. Se consensuó la *affectio maritalis*, estableciéndose la necesidad de un consentimiento constitutivo primero y perfeccionativo luego del matrimonio, desechando que valiera un consentimiento continuado interrumpible en cualquier momento, forjándose de esta manera la indisolubilidad institucional y legal del matrimonio³.

Con todo, interesa destacar que durante siglos la tradición judeo cristiana conoció la existencia de matrimonios sin forma de celebración a los que recondujo dentro de la teoría consensual —y su correspondiente esquema legal— mediante la presunción de que el comportamiento sexual o conyugal equivalía a un consentimiento, bien inicial o sobrevenido.

Una vez referidos los precedentes concretados en nuestro derecho histórico que muestran unidades convivenciales alternativas al matrimonio con regulación jurídica, tenemos que

Discriminación jurídica del matrimonio frente a las parejas de hecho

Victoria Camarero Suárez
 Profa. Titular de Derecho eclesiástico del Estado
 Universitat Jaume I de Castellón

¹ J.A. Souto Paz, *Derecho Matrimonial*, 2ª ed., Marcial Pons, 2002, pág. 43.

² A. García Gárate, *El matrimonio religioso en el Derecho civil*, Burgos 1995, pág. 38.

³ V. Reina, J.M. Martinell, *Uniones de hecho y Derecho*, Marcial Pons, Madrid 1996, pág. 32.

f) La producción de efectos jurídicos de la pareja de hecho, tendrá lugar transcurrido el primer año desde su formalización, entendiéndose por tal, el momento de la inscripción en el Registro civil del contrato de unión civil, por lo que se excluye la existencia de efectos jurídicos a las meras uniones que no superen ese plazo. Lo que evidencia la pretensión de dotar de continuidad en el tiempo a esa unión para que se pueda reclamar los efectos jurídicos que les pueda corresponder a los miembros de la pareja⁵⁷.

g) A diferencia de las anteriores iniciativas parlamentarias —en las que la convivencia se acredita mediante la inscripción en los Registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamiento de los lugares de residencia, o mediante documento público—, la Proposición de Ley de contrato de unión civil exige, un contrato otorgado ante notario y su inscripción en el Registro Civil correspondiente, para garantizar la certeza exigida por el principio de seguridad jurídica, sin menoscabo del derecho a la intimidad.

h) Si las anteriores iniciativas parlamentarias no abordan la faceta procesal para encajar las pretensiones que se presenten ante los Tribunales, —al igual que el (entonces) reciente Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil elaborado por el Ministerio de Justicia—, la Proposición, para dilucidar los derechos derivados del contrato de unión civil, mantiene la tramitación de estas pretensiones por el juicio declarativo de menor cuantía, si ésta fuera inestimable, atribuyéndose la competencia, no al Juez de Familia, sino al Juez de 1.ª Instancia del domicilio del demandado, por lo que difícilmente, por ejemplo, podrán abrir la pieza separada de medidas que se realiza en los procedimientos de separación o de divorcio⁵⁸.

Las enmiendas a la totalidad con texto alternativo a la Proposición del contrato de unión civil presentadas por algunos grupos parlamentarios (PSOE, Izquierda Unida y Grupo Mixto) fueron rechazadas. Los textos alternativos se basaban en que el contrato se estableciera por razón de relación sentimental, independiente de su orientación sexual. Entre las enmiendas presentadas por el Grupo Popular, en una consideración de conjunto, se evidencia la imposibilidad de atender a las distintas situaciones que pueden tener cabida en el concepto amplio de unión de hecho que implícitamente se diseña en la Proposición, al unificar legalmente distintas afectividades e intenciones —a modo de ejemplo, en el contrato de unión civil tendrían cabida no sólo uniones estables hetero u homosexuales, sino también situaciones convivenciales de ayuda mutua, o, incluso situaciones de acogimiento entre personas mayores o de tercera edad⁵⁹—, lo

El contrato de unión civil no produciría efectos antes de que transcurriese el primer año de vigencia. La resolución del contrato se produciría por el matrimonio de una de las partes o a instancia de cualquiera de ellas, ante el Juez encargado del Registro Civil ante el que se efectuase la inscripción.

Esta Proposición de Ley Orgánica modificaba once textos legislativos, tres de ellos de naturaleza orgánica.

Entre las consecuencias jurídicas que se derivan de esta regulación podemos señalar las siguientes:

a) La vía instrumentada por el legislador no es otra que el puro contrato con todas las consecuencias del artículo 1.255 pero también con todos sus límites⁶⁰.

Al exigirse la celebración de un contrato quedan fuera de la cobertura de la ley aquellas parejas que no dispongan la celebración del oportuno contrato. Ello dará lugar a que en la práctica puedan coexistir las denominadas *parejas de hecho legalizadas* y las *parejas de hecho no legalizadas* que quedan fuera del ámbito de aplicación de los derechos que les reconoce la ley. La producción de efectos jurídicos se hace depender de la inscripción en el Registro otorgándole carácter constitutivo y no declarativo⁶¹.

b) Los contratantes deben acordar convivir y prestarse mutua ayuda. Es decir una convivencia sin ningún otro tipo de requisitos que el respeto a la libertad, la seguridad jurídica y la intimidad. El Proyecto de Ley trata de dar una salida legal, imbuído por los principios de justicia y equidad, a aquellas personas del mismo sexo que tienen imposibilitado el beneficio de determinadas ventajas económicas que tienen los cónyuges. Como también podrán acogerse a los beneficios de esta Ley aquellas personas, por ejemplo dos ancianas que vivan juntas, una madre viuda que viva con su hijo soltero, dos hermanos que vivan juntos, etc., que de otra forma no tienen ningún tipo de ventajas⁶².

c) La exigencia del contrato entre *personas físicas mayores de edad*, excluye de la Ley a los menores emancipados⁶³.

d) La Proposición prohíbe ser parte a quien estuviese casado o fuese parte de un contrato de unión civil vigente.

e) Uno de los aspectos más importantes es la libertad que se deja a los contratantes tanto para disponer expresamente la modalidad del régimen económico que regulará la unión contractual, como los efectos sucesorios del mismo⁶⁴.

señalaba a los denominados convivientes, en la sucesión ab intestato, con preferencia a los colaterales de forma automática. Como la voluntad del Proyecto es discernir con meridiana claridad el contrato de unión civil de lo que es el matrimonio, el conviviente a quien no se hubiese señalado como beneficiario en la sucesión tendría tan sólo derecho a aquellas ventajas —que no son pocas— derivadas de la legislación de la Seguridad Social o de las Clases Pasivas del Estado y demás ventajas establecidas en la Ley.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ V. Magro Servet, "¿Parejas de hecho o de derecho?", cit., pág. 5.

⁵⁹ Esta heterogeneidad de situaciones hipotéticamente presentables fue atendida en el Proyecto de Ley sobre relaciones de convivencia diferentes del matrimonio, presentado por CIU (Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, 30-XII-97). El Proyecto se articulaba en cuatro capítulos: el primero, en relación a las uniones de hecho heterosexuales; el segundo, se dedicaba a las uniones estables de parejas formadas por personas del mismo sexo; el tercero a las situaciones convivenciales de ayuda mutua; y el cuarto capítulo, a situaciones de acogimiento de personas mayores. El Proyecto agrupaba y regulaba las formas de convivencia mencionadas, aplicándolas una normativa diferente a la matrimonial, y especifica a cada situación.

un carácter de estabilidad y continuidad, entre dos personas de diferente o del mismo sexo, que viven en pareja (art.515-8)⁶⁵. La expresión "vida en común" que el pacto civil de solidaridad organiza, ha sido objeto de discusión. El Consejo Constitucional francés señaló que la vida en común no cubre solamente una comunidad de intereses y no se limita a la exigencia de una simple cohabitación entre dos personas, supone, además, una residencia en común y una vida en pareja. De esta manera se justifican las limitaciones impuestas para celebrar el pacto, y que se concretan en el artículo 515-2. Bajo pena de nulidad, no puede existir PACS: 1.º entre ascendiente y descendiente en línea recta, entre afines en línea directa y entre colaterales hasta el tercer grado inclusive; 2.º entre dos personas de las cuales al menos una tiene vínculo matrimonial; 3.º entre dos personas de las cuales al menos una está comprometida por un pacto civil de solidaridad⁶⁶.

La forma de realización del pacto exige, según el artículo 515-3, la presentación de una declaración conjunta en la secretaría del Tribunal de instancia que resulte competente de acuerdo a la residencia común. Una vez presentada la totalidad de documentación exigida, el secretario debe inscribir esta declaración en un Registro del lugar de residencia. Esta inscripción confiere fecha cierta al pacto civil de solidaridad y lo hace oponible a terceros⁶⁷.

Quienes celebran un pacto civil de solidaridad se obligan mutuamente a prestarse asistencia mutua y material. Las modalidades de esta ayuda son establecidas por el pacto. Según el artículo 515-4, las partes responden solidariamente con relación a terceros por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades de la vida ordinaria y para los gastos relativos a la vivienda en común⁶⁸. Mientras que quienes conviven en concubinato no asumen esta obligación.

Teniendo en cuenta las diferentes obligaciones entre los que celebran un PACS y quienes viven simplemente en concubinato, el legislador les concede a los primeros ventajas imposi-

⁶⁵ Es importante recordar que hasta el momento la jurisprudencia francesa había reservado la figura del concubinato para la unión de un hombre y una mujer, mientras que en la nueva legislación se extiende a las uniones homosexuales, otorgando iguales derechos.

⁶⁶ La normativa sobre la capacidad para celebrar los PACS también fue objeto de polémica al considerarse contrarias al principio de igualdad, al prohibir a ciertas personas la posibilidad de celebración del pacto sobre todo cuando en los debates parlamentarios se especificó que el pacto no tiene necesariamente una connotación sexual. El Consejo Constitucional entendió que no se violentaba el principio de igualdad, ni el de la libertad porque las incapacidades estaban justificadas en el interés general de la prohibición del incesto o de la violación del principio de la fidelidad que rige el matrimonio.

⁶⁷ La inscripción en el registro del PACS también ha sido objeto de crítica por considerar que se vulnera el derecho a la intimidad y el respeto a la vida privada. El Consejo Constitucional, sin embargo, estima que el registro del pacto no tiene por objeto revelar las preferencias sexuales de las personas ligadas por un pacto, sino que tiene una doble finalidad: por una parte busca asegurar el respeto de las reglas de orden público, y por otra parte, tiende a conferir fecha cierta al pacto para hacerlo oponible a terceros. Motivos que excluyen una posible vulneración del derecho a la identidad personal.

⁷⁰ Esta disposición también ha sido cuestionada porque no se prevé ni la naturaleza ni la extensión de la ayuda mutua y material que las partes ligadas por un pacto civil y de solidaridad se deben prestar. Respecto a esto, el Consejo Constitucional entendió que de acuerdo al espíritu de la Ley será nula toda cláusula que negare el carácter obligatorio de la ayuda mutua, y que si el pacto guardara silencio, corresponde al juez en caso de litigio, definir las modalidades de esta ayuda en función de la situación respectiva de los celebrantes.

que explica las escasas modificaciones resultantes en las distintas materias a las que de algún modo ya ha hecho referencia el legislador⁶⁹.

A pesar de que la reforma no prosperase⁶⁹, creemos acertado su objetivo dirigido a no dotar a las uniones de hecho de un marco normativo de conjunto, sino en la apertura, en sus justos términos, de la vía a los civilmente unidos de la autonomía de la voluntad⁷⁰. Muy probablemente en consonancia con la actualidad de proyectos semejantes que se estaban tramitando en el Derecho comparado. Concretamente me estoy refiriendo al Derecho francés⁷¹.

Tradicionalmente, las uniones compuestas por convivientes de hecho se han denominado en Francia *concubinage*, más modernamente esta denominación ha sido sustituida por *unión libre*, que hace recaer el acento en el elemento intencional de una unión sin formalidades y sin vínculo, lo que permite que pueda ser rota libremente⁷².

Hasta la Ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (P.C.S) los efectos jurídicos de la convivencia de hecho, se han manifestado a través de referencias puntuales en distintos ámbitos⁷³, que constituyeron la antesala de la Ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al Pacto Civil de Solidaridad (PACS) y al Concubinato, que incorpora al Libro del Código Civil francés un Título XII denominado *Del Pacto Civil de Solidaridad y del Concubinato*.

El nuevo régimen diferencia los efectos del PACS, que es básicamente un contrato, de los efectos del concubinato, al que considera como una unión (situación) de hecho, definida por una vida en común que presenta carácter de estabilidad y de continuidad, entre dos personas de sexo diferente o del mismo sexo, que viven en pareja⁷⁴. Es decir, situación de hecho al margen de la regulación matrimonial y sin la pretensión de la elaboración de un estatuto de la convivencia de hecho.

Un pacto civil de solidaridad es un contrato celebrado por dos personas físicas mayores, de diferente o igual sexo, para organizar su vida en común (art.515-1). Por su parte, el concubinato se configura como una unión de hecho, caracterizada por una vida en común que presenta

⁶⁹ Para un estudio sobre las enmiendas presentadas a los distintos artículos de la Proposición del contrato de unión civil, puede verse mi artículo "Consideración especial al trámite de la proposición de ley orgánica del contrato de unión civil", *La Ley*, año XX, núm. 4780.

⁶⁸ Teniendo presente que vencida la VI Legislatura, y siguiendo al Reglamento de la Cámara del Congreso de Diputados de acuerdo con su art.207, quedan caducados todos los asuntos pendientes de examen y resolución por la Cámara.

⁶² Lo que no consigue la vigente *Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja catalana*, pese a constituir las decisiones pactadas por los miembros de la pareja el marco principal para la resolución de los conflictos y a manifestar en su Preámbulo la diferenciación entre "las uniones matrimoniales" y "las demás relaciones de convivencia". Constatamos que la concreción de la distinción no tiene una plasmación real en el articulado de la Ley.

⁶³ Citamos al Proyecto, cuya tramitación en el Parlamento francés a través por no pocas dificultades, llamado Pacto Civil de Solidaridad francés (PACS), cuya regulación se extiende a los derechos de las parejas no casadas, incluidas las de homosexuales, y en el que los hermanos y hermanas podrían acogerse a algunas de las disposiciones del PACS. La Asamblea francesa apruebo —el 9 de diciembre de 1998—, en primera lectura, el Proyecto de Ley del PACS.

⁶⁴ M. Casals, "Informe de Derecho comparado sobre regulación de las parejas de hecho", en *A.D.C.*, tomo XLVIII, octubre-diciembre 1995, pág. 1722.

⁶⁵ Véase el estudio realizado por M. Casals, ("Informe...", págs. 1722-1731) antes de la aprobación del P.A.C.S.

⁶⁶ Art. 515-8 del Código civil francés.

hecho y al contrario, por la notoria confusión entre ambas categorías, con el consiguiente riesgo de un necesario pronunciamiento sobre la permanencia o no de una de ambas instituciones.

Situación, aunque extraordinaria, ya real en nuestro entorno europeo, a modo de ejemplo, Holanda, donde existe una igualdad casi total de efectos jurídicos entre el matrimonio y la convivencia registrada. Al respecto, conviene dejar constancia del debate abierto en ese país sobre la citada permanencia, en el que se han suscitado cuestiones de mayor alcance, como cuál es el papel del Estado al respecto de la regulación de las relaciones basadas en el afecto, o, incluso, en última instancia, si el propio matrimonio debiera abolirse, por, supuestamente, redundancia de instituciones.

Hasta el momento, y en los últimos tiempos, España ha tomado ejemplo de países que por su gran liberalidad, como Holanda, son descritos como laboratorio de problemas actuales en el mundo. Pero se ha apartado de otros, como Francia, país laico por excelencia, pero en el que no se echa de menos la distancia que media entre matrimonio y convivencia de hecho en la que prima la autonomía de las partes, y donde se preserva la institución matrimonial en sus notas esenciales. A modo de ejemplo reciente, la Corte de Casación francesa el 13 de marzo de 2007 ha juzgado que el matrimonio no es posible más que entre un hombre y una mujer. O, incluso el Reino Unido, que a primeros de diciembre de 2005 promulga una Ley de Parejas de Hecho Civiles entre homosexuales, permitiéndoles que puedan registrar su unión, otorgándoles los mismos derechos y responsabilidades que tienen las parejas casadas, pero con buen cuidado de dejar a salvo la institución matrimonial.

Por todo ello, siendo conscientes de que estamos ante un problema de gran sensibilidad que exige una solución jurídica adecuada y proporcionada a nuestra realidad social, sería de desear que la anunciada regulación estatal incidiera en la vía del contrato entre convivientes, en coherencia con nuestra doctrina y jurisprudencia y sintonizando con muy importantes desarrollos en el plano comparado donde, partiendo de la garantía constitucional que el matrimonio goza, se imposibilita la incorporación de sus criterios legales.

Esta convivencia de hecho basada en el contrato, y no en la institución matrimonial, estaría en coherencia con el rechazo del normativismo y burocracia que ha invadido el matrimonio y que ha justificado desde sus comienzos su razón de ser y su actuación hacia fórmulas respetuosas con la libertad y autonomía de voluntad.

Autonomía privada de las partes, que reforzada con un adecuado asesoramiento legal, por otra parte, daría lugar a la plena validez de los pactos otorgados por los miembros de la pareja para regular el régimen económico, o incluso, si se permitiese, el sucesorio.

De otra manera, y si se me permite un toque de humor anglosajón, con el que finalizo estas palabras, podríamos correr el riesgo de que, junto con el agua de la bañera, se nos fuera por el desagüe el niño, es decir, el matrimonio civil.

tivas⁷¹, que no le son otorgadas a los concubinos, en la Seguridad Social y en las leyes migratorias.

El PACS termina del modo que establece el artículo 515-7, es decir, por decisión conjunta, por decisión unilateral, y por matrimonio o muerte de una de las partes⁷².

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

El progresivo reconocimiento de efectos jurídicos que el ordenamiento de un Estado adopte sobre las uniones de hecho, profundamente relacionado con su aceptación social, no debería solucionarse a modo de una prolongación artificial de la institución matrimonial. El reconocimiento constitucional reflejado en el artículo 32 exige una protección reforzada del matrimonio frente a otras posibles figuras convivenciales. De lo contrario podría llegarse a convertir en una institución sombra de la unión libre.

Hasta el momento, tanto el Ordenamiento del Estado como los Ordenamientos autonómicos han comprometido la institución matrimonial, que en nuestra cultura jurídica, dos veces milenaria, evidencia que ha existido y sigue habiendo un interés jurídico-público y social en la regulación del matrimonio.

Las nuevas leyes estatales (13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio junto a la Ley 15/2005, de 8 de julio en materia de separación y divorcio), que recogen la existencia jurídica del matrimonio homosexual y divorcio unilateral, constituyen la manifestación más próxima de "agonía" del matrimonio legal y la pérdida de la función del matrimonio desde la perspectiva institucional que tradicionalmente tenía, por el hecho de que ya no existen verdaderos principios ni obligaciones que proteger, en cuanto estrictamente matrimoniales.

Este vaciamiento del matrimonio viene acompañado de un proceso, no de normalización sino de institucionalización de las uniones o parejas de hecho, que ha conducido a la creación de un estatuto orgánico equiparado al matrimonio y que ha culminado en la regulación autonómica.

Este proceso, aún no consolidado a nivel estatal, de formalización jurídica de la convivencia de hecho conducente a la asimilación al matrimonio, entendemos que puede conducir en un futuro no lejano en nuestro país, a la posibilidad de conversión del matrimonio en pareja de

⁷¹ Lo que también ha sido cuestionado como contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que se disminuyen los impuestos sin tratarse de un matrimonio, en cuyo caso se justifica la diferencia de imposición por la protección hacia la familia, pero en el caso del PACS esta justificación no existe. El Consejo Constitucional, entiende que hay una justificación para quienes celebren un PACS y lo mantengan durante tres años, tributen diferente que las personas solteras o que las unidas en concubinato. La justificación radica en que quienes celebran un PACS se han obligado en forma solidaria a prestarse ayuda mutua y lo han hecho durante un periodo de tiempo.

⁷² También ha sido criticado este artículo como contrario a la dignidad de la persona humana, porque al prever la posibilidad de una ruptura unilateral se asemeja al repudio. El Consejo Constitucional ha entendido que las formas previstas por la Ley no violentan el principio fundamental de la dignidad de las personas, porque el PACS es un contrato ajeno al matrimonio, en consecuencia su ruptura unilateral no puede ser calificada de repudio. Por el contrario, se trata de un pacto de duración indefinida que puede ser resuelto por voluntad unilateral sin perjuicio de indemnizar los daños causados.

sección de violencia sobre la mujer



I. LA VÍCTIMA

El abandono social y soledad de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito en el juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, su visión sesgada de su situación etc., pueden producir efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito.

En esta línea, desde hace ya bastantes años la ciencia penal pone su atención en la persona de la víctima, reclamando una intervención positiva y activa del Estado dirigida a restaurar la situación en que se encontraba antes de padecer el delito o al menos a paliar los efectos que el delito ha producido sobre ella.

Por ello se ha de concebir en un Ministerio Fiscal absolutamente involucrado y comprometido en la persecución de la delincuencia basada en el hecho diferencial de "género", dado el carácter de defensor activo de los derechos fundamentales y el interés social consagrado en el Art. 124 de la Constitución. Es ese mandato Constitucional el que nos da un especial protagonismo en la materia junto a los *artículos 1 y 3.10 del Estatuto Orgánico* del Ministerio Fiscal definen la función tutiva del Ministerio Fiscal como defensor de las víctimas en el proceso penal, lo que reitera el *artículo 773.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*.

Existen dos indicadores que diariamente vemos repetirse en los Juzgados de violencia sobre la mujer: La pérdida de la autoestima y voluntad en la mujer y en la víctima así como la manipulación de sus sentimientos y modelo de masculinidad posesiva que considera a la mujer como algo de su exclusiva propiedad. Ello hace que una respuesta especializada al problema de tanta complejidad sea un punto fuerte en el nuevo mapa Judicial. Se apuesta por una respuesta integral que abarca la necesidad de un Ministerio Fiscal especializado sin que se pueda tener un enfoque sesgado de un problema integral, pues seguir identificando violencia de género con agresión es dejar impunes muchas conductas, en opinión de expertos metodológicos casi un 95% de las víctimas.

Es por ello que nuestra labor diaria transcurre en las vías:

1. Propiciando la labor represiva del delito y el efecto disuasorio de la pena.
2. Potenciando la protección integral a la víctima y que las medidas de protección sean no solo reales, sino también efectivas.
3. Postulando en defensa de los intereses de los menores, víctimas silenciosas del maltrato.
4. Llevando a cabo toda la coordinación institucional que sea necesaria para que la víctima de violencia de género tenga la respuesta integral que nos demanda y no sesgada y unitaria de cada Institución.

Es por ello que nuestra intervención en las secciones de violencia sobre la mujer debe de tener 3 fases absolutamente diferenciadas sin que la intervención sea sesgada y unidad a la de los distintos Juzgados y a remolque de citaciones e intervenciones puntuales. Sin que ese compromiso al que aludo se plasme antes, durante y después del proceso.

La ley Integral cataloga 4 grandes grupos de protección a las víctimas:

1. **Los de las estrategias de protección a largo plazo.** Son los destinados a transmitir una escala de valores que conseguirán el cambio tras mas de una generación. Son los valores consolidados de respeto, igualdad, autonomía social, resolución pacífica

Víctima y agresor. Peculiaridades

"SÓLO EL HOMBRE DIGNO DIGNIFICA A LA MUJER Y EL HOMBRE VIL LAS HUMILLA"

El Corán

(Recogido en el título preliminar del Nuevo Código de familia de 2004, antigua al Mudawwanah, del Reino de Marruecos)

"Hablar del crimen pasional para enmascarar infamias, hacer del asesinato de mujeres leyenda que ennoblece groseros sadismos y exalta honores canalescos —al par que en ocasiones vindica honras conyugales, con letra de Calderón y Lope de Vega— es una gran vergüenza, reveladora de la negligente indefensión social que pide a gritos rigores de ley, inflexibilidades de Jueces, reparaciones de derechos, a cuyo amparo cuenten con verdaderas garantías la inocencia y la seguridad de la mujer.

Reconocidas están en nuestros Códigos todas las libertades; pero ¿Hay pretexto para respetar una libertad que signifique "anarquía", es decir, atropello de todos los derechos, olvido de todos los deberes, harapos de todas las ideas, escombros de todas las Instituciones, escuela de todos los crímenes, protesta viva y violenta de toda la Ley?... ¿Puede tampoco invocar la ley en su amparo el que de conculcarla y escarnerla hace dogma y principio de conducta?

MEMORIA DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
AÑO 1907 FISCAL GENERAL: JAVIER UGARTE

Flor de Torres P.
Fiscal de la Audiencia Provincial
Delegada de Violencia sobre la Mujer
Málaga

- **NEGACIÓN AFECTIVA.** No expresando ningún sentimiento, no dando apoyo, atención o agradecimiento, no respetando derechos u opiniones de la mujer.
- **MINIMIZANDO, DESMIITIENDO O CULPABILIZANDO A LA VÍCTIMA.** Quitando de encima la responsabilidad de conductas abusivas y trasladando la responsabilidad a ella.
- **CONTROL ECONOMICO.** Interfiriendo en el trabajo de la mujer o no permitiéndole trabajar, negándole o acogiéndole su dinero, quitándole las llaves del coche e impidiéndole cualquier otra forma de usarlo.
- **CONDUCTA AUTODESTRUCTIVA.** Amenazando con el suicidio u otras formas autolesivas con consecuencias negativas (descalificaciones frente al jefe o compañeros de trabajo)
- **AISLAMIENTO.** Evitar o dificultar que vea a amigos o familiares, controlar llamadas telefónicas, decirle donde puede ir o no.
- **ACOSO.** Haciéndole llamadas telefónicas o visitas a la mujer sin aviso ni invitación previa, siguiéndola, comprobando donde esta continuamente, creándole situaciones embarazosas o violentas en publico, negándole irse cuando ella se lo pide.

A estos efectos es importante la Sentencia N.º: 752/2006 del T.S. de Fecha 31/01/2007 y Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre ejemplarizante en lo referente al estudio jurídicamente sensible y exquisito del maltrato psicológico tendente a aflorar las conductas invisibles de violencia de género o maltrato psicológico.

Maltrato psicológico.

En su fundamentación jurídica se reconoce:

...**"La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor.**

No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP. configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP. establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.

Resulta pues obligado delimitar el concepto penal de integridad moral que, evidentemente, no cabe confundir con el derecho fundamental a la misma.

Una primera aproximación podría realizarse desde la idea de la dignidad de la persona (art. 10 CE), pero esta resulta insuficiente porque la dignidad constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y quizá el propio sistema de garantías y libertades de un Estado de Derecho. El Tribunal Constitucional no fija un concepto preciso de integridad moral pero sí puede afirmarse que le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa. Así habla de "sensación de envilecimiento" o de "humillación, vejación e indignidad". La STC 120/90 de 27.6 nos puede servir

de conflictos, tratamiento televisivo y autorregulación, dignidad, sistema educativo, medios de comunicación y publicidad.

2. **Las de fomento de autonomía de la mujer.** Medidas no penales condicionadas a valerse por sí mismo como derechos laborales, ayudas económicas, formación laboral, viviendas protegidas.
3. **Las de protección y control de las víctimas.** Detección precoz del maltrato en el ámbito sanitario y escolar. Asistencia jurídica y letrada.
4. **Modificaciones del Código Penal.** Son escasas pero no exentas de polémica ante las constantes cuestiones de inconstitucionalidad, los males de la reforma provienen de las leyes 11 y 13/03 anteriores a la L.o. 1/03 con dos puntos clave de discordia: El art. 153 del C. penal y el alejamiento obligatorio del 57.2.

Es mas, estas reformas fueron impulsadas por un informe del CGPJ de 2001, el mismo órgano que 3 años después discutió abiertamente la ley 1-04.

Por tanto es un acierto que por primera vez el legislador abra un abanico de medidas de protección a la víctima, renunciando a la aplicación exclusiva del derecho penal, algo trascendental a estos fines. Todo ello supone un giro sustancial en tal protección, pues por primera vez se ha atrevido el legislador a definir lo que entiende por violencia de género en su artículo 1 que dice:

"La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia, que como manifestación de la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de hombres sobre mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad aun sin convivencia"

Ello ha producido una **importante distorsión legislativa** importante pues por primera vez se afronta una Ley con perspectiva de género lo que produce grandes confrontaciones con todo el ordenamiento jurídico al estar impregnado de leyes que no tienen esa perspectiva de género.

INDICADORES DE MALOS TRATOS:

VIOLENCIA PSICOLÓGICA

- **CRÍTICA DESTRUCTIVA.** Ridicularizar, burlarse, acusar, echar la culpa, gritar, insultar, hacer comentarios o gestos humillantes de forma continua.
- **TÁCTICAS DE PRESION:** Meter prisa, para tomar decisiones bajo presión y otras formas de intimidación, amenazar con negar o retener dinero, manipular usando a los hijos, decir continuamente a la mujer que debe de hacer.
- **ABUSO DE AUTORIDAD.** Exigir siempre que "él tiene derecho a..." (la afirmación insistente llega a ser "la verdad" para la víctima), mandar siempre lo que se tiene que hacer, tomar decisiones unilaterales que afectan a la pareja...
- **FALTA DE RESPETO.** Interrumpiendo, no escuchando ni respondiendo, distorsionando el sentido de las palabras, hablando mal de los amigos y familiares de la mujer.
- **ABUSO DE CONFIANZA.** Mintiendo, ocultando información, tendiendo trampas, siendo excesivamente celoso.
- **INCUMPLIMIENTO DE PROMESAS.** No respetando acuerdos, no compartiendo responsabilidades, rehusando cooperar en el cuidado de hijos o tareas domesticas.

Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la *nota de gravedad*, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso.

Como se recoge en la STS 824/2003 de 5 de Julio, se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una afección mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de la falta del art. 620-2º —vejación injusta—.

Directamente relacionada con la nota de la gravedad está la cuestión de si se exige una *continuidad en la acción*, es decir, si bastará una sola y aislada acción o se requerirá una continuidad y persistencia en el tiempo, esto es una acción.

Al respecto la jurisprudencia de la Sala ha puesto el acento —de acuerdo con el tipo— en la intensidad de la violación, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo.

En este sentido, la STS 489/2003 de 2 de Abril y las en ella citadas se refieren a que "...Cuando en alguna sentencia nos remitimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige al tipo como resultado debe ser grave, conforme se exige en el art. 173, sin que se requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones.

La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente requerirá una conducta continuada si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico....".

En efecto por trato degradante habrá de entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión "trato degradante", que —en cierta opinión doctrinal— parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba *brutal, cruel o humillante* puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

En el caso de autos el factum recoge que "el acusado José Manuel... mantenía una relación efectivamente inestable con su esposa Esperanza, con la que tenía dos hijas menores, por lo que ella le comunicó el 16.4.2004 que quería la separación amistosa, ante lo que él le dijo "estás gorda, no vales para nada, un día quemaré la casa", al tiempo que rompía muebles a patadas y arrojándolos al suelo, añadiendo que esta discusión "había provocado en Esperanza estado de desasosiego, angustia y temor".

Estas expresiones, puestas en relación con la rotura de muebles en la vivienda e incluso con su conducta posterior, tres días después, cumpliendo su amenaza y quemando la vivienda, conducta que si bien desde el punto de vista subjetivo no le es imputable por esa previa ingestión de pastillas Valium 5, objetivamente si tienen entidad suficiente para constituir violentado el bien protegido por el art. 173 CP. al menoscabar gravemente la integridad moral de

de paradigma de la posición de dicho Tribunal al decir que el art. 15 CE. garantiza el derecho a la integridad física y moral "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento del titular", así pues, la inviolabilidad de la persona aparece como idea central en esta materia.

Todas estas consideraciones anteriores ponen de manifiesto que la idea de integridad moral posee un reconocimiento constitucional (art. 15) y jurídico-penal (arts. 173 y 177), que además supone la existencia de un bien jurídico, de un valor humano, con autonomía propia, independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Esto es, que la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto. En este sentido, el Tribunal Constitucional viene vinculando —como ya hemos señalado— la integridad con la inviolabilidad de la persona (SSTC. 120/90, 137/90 y 57/94) y en la doctrina científica se relaciona con los conceptos de "incolumidad e integridad o inviolabilidad personal".

Esta Sala, en Sentencia 3.10.2001, analiza el concepto de integridad moral, que es el bien jurídico protegido, declarando: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribire con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto.

Igualmente la STS. 213/2005 de 22.2 nos precisa que: De acuerdo con lo expuesto la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por *elementos subjetivos*, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por *elementos objetivos* en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.

Ciertamente la descripción típica está formulada en términos amplios que rozan por su imprecisión descriptiva con el principio de taxatividad penal.

En todo caso la nota que puede delimitar y situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la *nota de la gravedad* "...menoscabando gravemente su integridad moral...", nos dice el art. 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad, deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica jurisprudencial de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción interna.

De ello se derivarían como elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral los siguientes —STS 294/2003 de 16 de Abril—:

- Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo.
- La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico.
- Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima.

VIOLENCIA SEXUAL

- AGRESIONES SEXUALES.** Ocurre siempre cuando se le imponga a la mujer una relación sexual o comportamiento sexual en contra de su voluntad, usando la fuerza o la coerción. Si se produce una penetración forzada, se considera violación sea vaginal, anal o bucal aunque sea introduciendo objetos.
- ACOSO SEXUAL.** Comportamiento sexual considerado ofensivo y no deseado por la persona acosada, desarrollado en el ámbito laboral, docente o similar, prevaleciendo de una situación de superioridad o compañerismo y que repercuta en sus condiciones de trabajo o estudio creando un entorno hostil, intimidatorio o humillante.

Es importante destacar en la actual **Ley de Igualdad L.O 3-07 de 22-3-07**

Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

- Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
- Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
- Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
- El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.

En el art.48 de la referida Ley se recogen las medidas específicas y empresariales tendentes a erradicar, prevenir o en su caso visualizar a través de la preceptiva denuncia el acoso sexual

1.4. Características observadas en las mujeres maltratadas

- No suelen tomar la palabra o les cuesta mucho hacerlo
- Permanecen silenciosas si el silencio esta presente
- Cuando se explican solicitan constantemente la aprobación de su pareja
- Se presentan a sí mismas como "anuladas". Dicen ser incapaces e incompetentes, desvalorizándose constantemente.
- Han sido víctimas o testigos de violencia en la familia durante su infancia
- Se muestra agresiva con quien le pregunta, con el trabajador social
- Se sobresalta al oír ruidos inesperados en la entrevista, inquietándose sobre la causa de los mismos
- Vigila la puerta con inquietud
- Mira con miedo a su alrededor vigilando su entorno
- Defiende el "rol femenino" desde la vertiente más tradicional y estereotipada
- Sobrevalora el "rol masculino" y su importancia para la familia
- Presenta problemas de salud recurrentes como:
 - Somatizaciones, dolores de cabeza, malestar o dolencias diversas, problemas de sueño, agotamiento psíquico, depresiones

la víctima, interpretada que ha sido la acción típica en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho "...

En resumen es necesario integrar en el concepto de "Integridad moral":

- Ser una categoría conceptual propia e independiente.**
- Ser inviolable como derecho a la personalidad humana: El derecho de trato como persona y no como cosa.**
- El fundamento Constitucional lo otorga la STC, 120/90 de 57 de Junio al catalogarla como "inviolabilidad de espíritu" en contraposición a la "inviolabilidad de cuerpo" fruto del art. 15 del derecho a la vida e integridad física y moral.**
- La S.T.S de 3.10.2001, reconoce por vía del Art. 15 de la Constitución a todos el derecho a la "integridad moral" frente a los "tratos degradantes".**
- Ser un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento.**
- La STS. 213/2005 de 22.2 precisa su composición:**
 - Elementos subjetivos:** Constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico.
 - Elementos objetivos** en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque.
- La STS 824/2003 de 5 de Julio, la conforma como tipo residual de conductas que supongan una agresión grave a la integridad moral que no integran una conducta mayor, y por el lado inferior, esa nota de gravedad constituye el límite respecto de la falta del art. 620-2º —vejación injusta—**
- La STS 489/2003 de 2 de Abril se refiere a duración notoria y persistente que, normalmente requerirá una conducta continuada, si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico.**

VIOLENCIA FÍSICA

- INTIMIDACIÓN.** Realizar gestos amenazantes o provocadores, uso de la fuerza física para intimidar, situarse en la puerta de salida durante las discusiones, gritarle, conduciendo de forma peligrosa el vehículo con ella dentro.
- DESTRUCCIÓN.** Destruir los objetos personales o bienes domésticos, daño puñetazos a las paredes, arrojar objetos.
- AMENAZAS.** Amenazar con hacerle daño a ella o a otros (pareja actual, hijos, padres)
- VIOLENCIA FÍSICA.** Golpes violentos a ella, a los niños o animales domésticos, abofetear, dar puñetazos, amarrarla o sujetarla, darle patadas, apretarle el cuello, golpear, quemarla, apuñalar, disparar.
- USO DE ARMAS.** Usar armas, guardar armas para asustarla, amenazar o intentar matarla a ella o aquellos que ella quiera.

- Insiste en acompañar a su esposa a entrevistas de define como "peligrosas" (exploraciones medicas, consultas psicológicas, solicitudes de ayudas sociales)

2.2. Situaciones objetivas de riesgo

(Sobre la necesidad de identificar profesionalmente cuando una mujer se encuentra ante situación real de maltrato deben se pueden concretar los indicadores objetivos). Actuación de profesionales en el caso que en el ejercicio de sus funciones detecten en la mujer a alguno o algunos indicadores siguientes al efecto de ponerlo en conocimiento del Juzgado de Guardia o Fiscalía conforme al art. 544 ter de la L.E. Criminal.

1. Cuando la mujer está sometida a medicación, con voluntad anulada o claramente disminuida.
2. Cuando acuden familiares o allegados a pedir ayuda ante la imposibilidad de hacerlo la propia víctima.
3. Cuando en el domicilio existan armas de fuego o blancas que se utilizan con carácter intimidatorio.
4. Cuando haya menores que presencien las agresiones.
5. Cuando la mujer maltratada haya intentado en diversas ocasiones separarse de su agresor.
6. Cuando el inicio de los trámites de separación conlleve un aumento de la violencia en base a amenazas.
7. Cuando se hayan producido intentos de autolisis.
8. Cuando la mujer resida en un sitio aislado que le impida recurrir a los servicios sociales, en especial, a los policiales
9. Cuando el agresor consuma bebidas alcohólicas o sustancias psicotrópicas o posea una enfermedad mental grave.
10. Constatación del aumento de la gravedad de las agresiones y/o su frecuencia (curva ascendente de violencia).
11. Existencia de amenazas de muerte reiteradas (a la mujer o a los menores que con ella convivan). Existencia de amenazas de suicidio y/o homicidio por parte del agresor.
12. Discapacidad física, psíquica o sensorial del agresor o de la víctima.
13. Enfermedad crónica invalidante en la víctima.

2.3. Tratamiento a los maltratadores

Uno de los principales problemas de la rehabilitación de los maltratadores es que se basan en la gestión emocional de los sentimientos que ellos no practican.

Pueden servirles incluso como aprendizaje para nuevas acciones. Si se le explica a un maltratador que sus acciones dañan enormemente a su víctima y que por ello tiene que cambiar, no lo acepta en su fuero interno. En principio y como norma debería desconfiarse de aquellos que dicen sentir empatía.

Por ello la única esperanza son diseños especialmente realizados conforme a expertos y en el camino legal que es conforme a los postulados del R.D 515/2005 que establece las circunstancias de ejecución de penas de trabajos en beneficio de la Comunidad, de localización permanente y de suspensión de penas privativas de libertad que establece no solo los mecanismos de coordinación en casos de penas impuestas en los Juzgados de Violencia sobre la

2. Repetidas hospitalizaciones
3. Múltiples "accidentes"
4. Consumo excesivo de medicamentos
5. Problemas de salud mental
6. Conductas de huida como: Consumo de alcohol y drogas o intentos de suicidio
7. Problemas de control de fecundidad
8. Abortos repetidos

2. EL AGRESOR

La mejor manera de hablar de un maltratador es describirlo. Para el profesor ECHUBURUA (Catedrático de psicología clínica de la Universidad del País Vasco):

"El maltratador presenta un estado emocional intenso a través de la ira que interactúa con otras actitudes de hostilidad y un repertorio de conductas pobres como déficit de habilidades de comunicación y solución de conflictos con unos factores precipitantes como estrés, drogas, alcohol con percepción de la vulnerabilidad de la víctima"

Este concepto nos permite reconocer sus claves de expresión en los procedimientos e interrogatorios bajo este cuadro:

ESTRATEGIAS EMPLEADAS	EJEMPLO DE EXCUSAS
• Utilitarismo	• "Sólo de esta manera se hace lo que deseo"
• Justificación	• "Ella me provocó y es ella la que tiene que cambiar" • "Los dos nos fallamos al respeto"
• "Arrebato"	• "No me di cuenta que hacía"
• Olvido	• "No me acuerdo que hice"

2.1. Características observadas en los hombres maltratadores

- Controla y limita los temas abordados
- Responden en lugar de su mujer las preguntas que se le hacen a ella
- Interrumpe a la mujer para precisar, rectificar o decir a su manera el relato de ella
- Envía a su mujer mensajes incitiándola a callarse, a medir lo que dice o a revisar sus expresiones
- Pone al trabajador social por testigo de la incapacidad de su mujer respecto a los temas tratados
- Vigila y controla las actividades de cada uno de los miembros de la familia
- Suscribe y defiende con fuerza una concepción muy rígida de los distintos papeles y estatus de la mujer.
- Preconiza una educación rígida incluyendo castigos y correcciones
- Bajo su apariencia de jefe, tiene una baja autoestima
- Ha vivido infancia difícil, víctima o testigo de violencia familiar
- Celoso, excesivo y posesivo
- Tiene dificultades para expresar sentimientos y emociones

2.4. La reconciliación de víctima y agresor en la violencia de género

La **reconciliación** entre víctima y agresor en la violencia de género, con incumplimiento de las medidas de alejamiento o comunicación impuestas por el Juzgador, plantean en la práctica diaria complejas cuestiones diversas que no son fáciles de resolver.

De entre todas las cuestiones que están siendo objeto de interesante debate, considero que merece destacarse, por su trascendencia práctica y la afectación que para la seguridad jurídica está teniendo, la titubeante resolución del conflicto que surge entre el obligado cumplimiento de las penas impuestas y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona así como a la intimidad personal y familiar de las víctimas, que no es otra que la reconciliación entre una y otro y sus consecuencias en lo relativo al quebrantamiento de la medida acordada, o pena impuesta, de prohibición de aproximación y/o comunicación, a la luz de

La **Sentencia del T.S. número 1.156/2005 de la Sala 2ª de 26 de Septiembre de 2005** (ponente D Joaquín Jiménez García) en la que se decide que la reanulación de la conveniencia por voluntad de la víctima impide la condena por quebrantamiento de la pena o medida cautelar de alejamiento, a mi criterio no constata ni se profundiza en la autentica raíz de un problema de enormes consecuencias. en que concluye con la disponibilidad por parte de la víctima de la medida o pena (lo aplica indistintamente a una y otra).

- Primero: Porque parece olvidar la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/04 Ley integral cuando establece que la violencia de género no es un problema de ámbito privado y la voluntad de la víctima es captada por el Estado a la hora de articular su protección.
- Segundo: A la hora de establecer el siempre difícil "equilibrio" entre la víctima y el agresor por la presunta falta de seguridad jurídica para el afectado que el pronunciamiento judicial quede en manos de otra persona y no de una Resolución Judicial.
- Tercero: - La voluntad de una víctima de forma natural es fácilmente manipulable por el propio imputado o por personas interpuestas.
- Cuarto: - Que no hay que olvidar que el delito de quebrantamiento del Art. 468 es eminentemente doloso e intencional por lo que hay que exigir la conducta directamente dirigida al quebranto de la misma y solo de forma excepcional ponderarse en esa conducta la conducta autorizante de una víctima con voluntad normalmente **manipulada y disminuida**

Llegado a este punto deberíamos hacernos la reflexión de sí: El maltratador: ¿Nace o se hace?

Si siguiendo a Eduardo Punset estas personas al igual que los psicópatas, son incapaces de sentir empatía, es decir, ponerse en lugar de otra persona. Saben que infligen daño, pero no sienten remordimiento por ello.

Sin embargo son plenamente conscientes que obran de forma reprochable socialmente. Entienden normas, pero no pueden emocionalmente ponerse en la piel de su víctima.

Son ampliamente mentirosos, su repertorio de conductas es tan amplio que podrán interpretar varios papeles a la vez, adoptando el personaje que les convenga para cada situación.

mujer, al objeto de garantizarse la protección a las víctimas dispone su Art. 27 que los servicios penitenciarios coordinaran sus actuaciones con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de asistencia a víctimas y la Delegación especial del Gobierno contra la mujer.

El tratamiento se hará conforme a acuerdos protocolarios entre el Organismo de Igualdad competente en el territorio, Colegios profesionales de Psicólogos e Instituciones Penitenciarias. No queda garantizada la no reincidencia pero los seguimientos a 4 años demuestran que solo un 15 o 20% reincide de los varones que lo completaron que es un 45, frente a una reincidencia de 40 a 70% de los que no lo completaron. Existe abandono en un 55% en las 4 primeras sesiones.

Es voluntad de la Fiscalía de Violencia sobre la mujer y en palabras de la Fiscal de Sala la necesidad que el Ministerio Fiscal promueva tales acuerdos para que las Sentencias no solo sean dictadas sino también cumplidas en toda su parte dispositiva en lo referente al tratamiento a maltratadores según las previsiones de la Ley y del referido Decreto 515/ 2005 porque ello sin duda redundara en beneficio directo a las víctimas pues de esa forma se da cumplimiento además al Art. 1 de la Ley General Penitenciaria que establece que las cárceles tienen como fin primordial la educación y reinserción social de los penados.

Desde el punto de vista terapéutico según Enrique Echeburua, el tratamiento a maltratadores no es una alternativa a las medidas Judiciales sino algo complementario y lo razonable es su integración dentro de las posibilidades del C. Penal.

En el año 2007 pues se ha puesto en marcha un programa pionero en el Centro Penitenciario de Alhaurin de la Torre pero con carencias obvias ya que se trata de un programa piloto en vocación extensiva donde se cuenta con 2 psicólogos y a fecha de este informe apenas lleva de programación dos meses, pero no en un marco Institucional de Convenios homologados, sino tan solo acuerdo unilateral y voluntarista del Establecimiento Penitenciario con dos tipos específicos de programas:

• Programa de Sección abierta:

Se compone por grupos de 25 maltratadores en cada grupo aunque no es recomendable pasar de 10 por cada grupo. Son 10 semanas de duración, siendo muy difícil cambiar la conducta con solo 10 sesiones, ello unido al amplio espectro del perfil de conducta y origen del colectivo al que van destinados tales programas pues hay un campo heterogéneo de personas con problemas de alcoholismo, de inmigración y ascendencia así como dependencia a sustancias estupefacientes.

• Programa específicos de Prisión.

La duración es de un año, se van a contratar un total de 55 psicólogos y 90 trabajadores sociales en toda España, de los cuales se insertaran proporcionalmente en el Centro Penitenciario de Alhaurin los psicólogos y trabajadores sociales necesarios. No obstante se ha detectado que no se han inscrito de forma voluntaria al programa anual, pero al trascender las líneas de la Dirección del Centro que en el caso de ser inscrito en el Programa no serán trasladados del Centro, se ha detectado en condenas de larga duración un "voluntarismo obligado" para evitar el traslado a otro Centro de Cumplimiento.

Son encantadores para alcanzar sus fines, (incluso en el Juzgado y con las personas que administramos Justicia: Jueces, Fiscales, Abogados, Técnicos que le evalúan) aunque si su fin no funciona, no dudan en acudir a la amenaza y a la violencia.

Son impulsivos pero de forma muy controlada, si impera el caos, si su víctima es extremadamente vulnerable o la hacen vulnerable con sus actos, sale adelante extremadamente bien.

En todo caso y para el profesor ECHEBURUA se distinguen varios tipos de razones que hacen necesario la intervención psicológica en los hombres maltratadores.

SEPARACIÓN DE PAREJA	CONVIVENCIA CON LA PAREJA
• Riesgo de homicidio con la ex pareja	• Peligro de maltrato
• Acoso, hostigamiento y reiteración de violencia	• Alta probabilidad que la violencia se extienda a otros miembros de la familia (hijos, personas mayores)
• Relación obligada de la mujer con diversos vínculos familiares que la vuelven a poner en riesgo	• Malestar psicológico a la víctima
• Posibilidad de reincidencia de malos tratos con otra mujer	• Maltrato psicológico y chantaje emocional a otros miembros familiares

VÍCTIMA Y AGRESOR. PECULIARIDADES | 229

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es estudiar las penas que se imponen o pueden imponer como principales y accesorias por delitos relacionados con la violencia de género, después de los cambios introducidos por las Leyes Orgánicas (en adelante, LO) 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género, tanto en el Código penal como en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Este estudio se realizará teniendo en cuenta que la LO 1/2004 introduce en el Derecho penal y penitenciario la perspectiva de género².

Desde una perspectiva feminista, la contraposición conceptual de "sexo" y "género" expresa que, en tanto el sexo está determinado biológicamente, el género se dota de contenido socialmente³. De acuerdo con este entendimiento, la perspectiva de género no es más que "un instrumento para descubrir y comprender los mecanismos que en la práctica —a pesar del reconocimiento formal del derecho de igualdad— permiten y mantienen la subsistencia de la primacía cultural de los valores androcéntricos tanto en la sociedad como en el Derecho... que permitirá avanzar en la consecución de la igualdad material, sustantiva y real"⁴.

Se trata de un tema que se enmarca, pues, dentro de la mal llamada violencia doméstica⁵ o violencia contra la mujer, en suma, la violencia de género⁶, concepto que en España ha quedado notablemente indeterminado⁷.

Las penas previstas por delitos relacionados con la violencia de género. Especial referencia a la prohibición de aproximación y su quebrantamiento¹

Patricia Faraldo Cabana
Profesora titular de Derecho penal Universidad da Coruña

² Sobre ello vid. FARALDO CABANA, P., "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral frente a la violencia de género", *Revista Penal* núm.17, enero 2006, págs. 72-94.

³ Así lo reconoce la Real Academia Española en su informe de 19 de mayo de 2004 sobre la expresión "violencia de género", al apuntar que "con el auge de los estudios feministas, en los años setenta del siglo XX se comenzó a utilizar en el mundo anglosajón el término *gender* con el sentido de "sexo de un ser humano" desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales, en oposición a las biológicas, existentes entre hombres y mujeres. Tal sentido específico ha pasado del inglés a otras lenguas, entre ellas el español. Así pues, mientras que con la voz *sexo* se designa una categoría meramente orgánica, biológica, con el término *género* se ha venido aludiendo a una categoría sociocultural que implica diferencias o desigualdades de índole social, económica, política, laboral, etc." (cursivas en el original).

⁴ MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CPGJ, Madrid, 2004, pág. 222. Vid. también CARRERAS, M., *Aproximación a la jurisprudencia feminista*, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares, 1994, *pássim*; FERNÁNDEZ, R., "El derecho penal como instrumento imprescindible para la prevención de la violencia contra las mujeres", en CALVO GARCÍA, M. (coord.), *La respuesta desde las instituciones y el Derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Dykinson, Madrid, 2005, pp 194 ss.

⁵ Expresión que resulta demasiado amplia, porque abarca la violencia ejercida en el hogar contra cualquier miembro de la familia. Y por otro lado, en un entendimiento literal, es demasiado restrictiva, porque excluye la violencia ejercida contra la ex-pareja o la pareja actual con la que no se convive.

⁶ La expresión "violencia de género" es un barbarismo, pero permite poner el acento en el carácter estructural de la violencia contra la mujer en la pareja, fruto de categorías, roles y diferencias culturales y sociales entre hombre y mujer que se han transmitido y mantenido durante siglos, e instrumento para conseguir la subordinación de la mujer a los intereses del hombre. Vid. entre otros COMAS D'ARGERMIR I CENDRA, M./QUERALT JIMÉNEZ, J. J., "La violencia de género: política criminal y ley penal", en JORGE BARREIRO, A., y otros, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Cívitas, Navarra, 2005,

¹ La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la subvención otorgada al proyecto de I+D sobre "Globalización económica y nuevos riesgos" (SEJ2004-07418/JUR) por el Ministerio de Educación y Ciencia, del cual es investigador principal Carlos Martínez-Buján Pérez, Catedrático de Derecho penal de la Universidad da Coruña.

bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1 de este apartado²².

El quebrantamiento de la pena de prisión se castiga con pena de prisión de seis meses a un año si el reo estuviera privado de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos (art. 468.1 CP). No se aplica este apartado cuando el autor del hecho, aun sometido a la ejecución de una pena privativa de libertad, esto es, estando formalmente cumpliendo una pena privativa de libertad, no se halla internado en un centro de cumplimiento en el momento en que quebranta la pena de prisión, como sucede cuando no regresa de un permiso de salida, por ej. La Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, acerca del alcance del art. 468 CP en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad, pone de manifiesto, a mi juicio correctamente, que "el legislador ha reservado la mayor gravedad de la respuesta penal a aquellos casos en que la privación de libertad es efectiva, de suerte que el quebrantamiento de aquella exija del autor eludir las medidas de contención que delimitan el espacio físico en que aquella restricción de libertad se hace realidad. En no pocos casos, la privación de libertad impuesta al condenado adquiere un significado formal, de suerte que más que una genuina pérdida o privación de la libertad, el condenado se ve afectado por una restricción limitativa de su capacidad ambulatoria, cuyo quebrantamiento, sin embargo, no le obliga a una conducta que encierre mayor lesividad para el bien jurídico protegido o que conlleve un plus de antijuricidad. Es lógico entender que en aquellos casos en que el autor no despliega ninguna acción orientada a superar las barreras que buscan asegurar la ejecución de la pena, la respuesta penal atenua su alcance y se acomode a la verdadera gravedad que le es propia". Eso significa, por tanto, que cuando el condenado quebranta la pena de prisión aprovechando los períodos de libertad derivados del disfrute de beneficios penitenciarios, permisos de salida, tercer grado o libertad condicional, no es posible sancionar dicho incumplimiento con la pena de prisión de seis meses a un año, pena que se impone por el quebrantamiento de las penas privativas de libertad, sino únicamente con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, que es la pena prevista para los demás quebrantamientos.

En lo que se refiere a la ejecución de la pena de prisión, existen ciertas especialidades para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género. El art. 42 LO 1/2004 dispone que "la Administración penitenciaria realizará programas específicos²², señalando además que "las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior²³.

esta prohibición, desde medida cautelar y pena accesoría a regla de conducta y medida de seguridad.

II. LAS PENAS

1. Las penas principales

1.1. La pena de prisión

Se intensifica la tendencia a castigar con dureza los comportamientos agresivos en el hogar o contra la mujer, optando por imponer penas de prisión de al menos seis meses, con un límite superior que puede llegar a cinco años: penas de prisión de dos a cinco años por lesiones incardinables en el art. 147.1 CP (art. 148 CP); prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, y potestativamente inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años, para el tipo básico por golpear o maltratar de obra sin causar lesión (art. 153 CP), y lo mismo por amenazas leves (art. 171.4 CP) y por coacciones leves (art. 172.2 CP); prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, potestativamente, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años para el tipo básico de maltrato habitual (art. 173.2 CP). Con ello se pretende resaltar la gravedad de los actos en que se materializa la violencia de género. Ahora bien, esta dureza se ve compensada por las amplias posibilidades de sustituir y suspender la pena para delincuentes primarios, que se analizarán más adelante. Se ha de tener en cuenta, asimismo, que la sobrepoblación penitenciaria, la relativa ineficacia de la prisión en orden a prevenir ulteriores actos de violencia²⁴, y la reluctancia de la víctima a que se imponga prisión en los casos en que mantiene la convivencia o la relación sentimental con su agresor, ha llevado a que nuestro Código penal contemple un amplio abanico de penas alternativas a la prisión y de alternativas a la ejecución de la pena de prisión, siguiendo tendencias observadas en el Derecho comparado²⁵.

El aumento del límite mínimo de la pena de prisión en relación a la regulación anteriormente vigente pretende facilitar la aplicación de la prisión provisional como medida cautelar mientras se sustancia el proceso. La prisión provisional sólo se puede adoptar cuando "conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso" (art. 503 LECrim). Ahora bien, ya la LO 15/2003 había modificado el precepto para incluir en él como fin de la prisión provisional "evitar que el imputado pueda actuar contra

²² Vid. por ej., VENTURA, L. A. J. DAVIS, G., "Domestic Violence: Court Case Conviction and Recidivism", *Violence Against Women* Vol. 11, N.º 2, 2005, págs. 268-271, quienes no han encontrado una relación directa entre la imposición de una pena de prisión y la reducción de la probabilidad de reincidencia. También WOULDREDGE, J. THISTLETHWAITE, A., "Court Dispositions and Rearrest for Intimate Assault", *Crime & Delinquency* Vol. 51, N.º 1, 2005, págs. 97-98.

²³ Cfr. FORD, D. J. REICHARD, R. J. GOLDSMITH, S. J. REGOLI, M. J., "Future Directions for Criminal Justice Policy on Domestic Violence", en BUZAWA, E. S. / BUZAWA, C. G. (Eds.), *Do Arrests and Restraining Orders Work?*, Sage, Thousand Oaks, 1996, pág. 258.

que se pueda imponer como regla de conducta durante la libertad condicional la asistencia a programas específicos de tratamiento para maltratadores²⁶.

Se prevé expresamente la revocación de la libertad condicional como consecuencia del incumplimiento de las reglas de conducta que se puedan haber impuesto (art. 93.1 CP). El art. 201.2 RP dispone que "si en dicho período el liberado volviera a delinquir o inobservarse las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional". A mi juicio, en este supuesto sería preferible dejar que el juez de vigilancia penitenciaria valorara las circunstancias concretas del incumplimiento y decidiera lo que estimase procedente entre mantener la regla de conducta, decretar su cese, sustituirla por otra u ordenar la revocación de la libertad condicional.

No parece correcto imponer la revocación automática por el incumplimiento de reglas de conducta de aplicación potestativa, sin tener en cuenta las circunstancias del caso. En la doctrina se defiende con carácter general que en la libertad condicional, al tratarse de medidas de imposición potestativa su incumplimiento debe ser valorado por el juez de vigilancia penitenciaria, sin dar lugar automáticamente a la revocación de la libertad condicional²⁷. Esta conclusión es válida para el supuesto que nos ocupa, pues para los condenados por violencia de género no se ha previsto aquí un régimen especial que obligue a la imposición de alguna de las reglas.

1.2. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad

Como alternativa a la pena corta de prisión aparece en algunas de las infracciones relacionadas con la violencia de género la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y desaparece la pena de multa. La desaparición de la multa se justifica habitualmente alegando la tutela de los intereses de la víctima: la multa afectaría a la capacidad económica de la unidad familiar, y no sólo al autor, de ahí que no sea adecuado imponerla en estos casos²⁸.

²⁶ Como proponían en 1999 REDONDO ILLESCAS, S. / GARRIDO GENOVÉS, V., "Propuesta para el tratamiento en la comunidad de los agresores interfamiliares. Propuesta desarrollada a petición del Consejo General del Poder Judicial para la discusión de la misma en la Comisión Interinstitucional creada al efecto", 21 de mayo de 1999. http://www.observatoriovioleciencia.org/Upload/DOC68_MALTRATADORES-FAMILIARES.pdf, pág. 22.

²⁷ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, J. L., *Las penas en el nuevo Código Penal*, Comares, Granada, 1996, pág. 102. Cautela, la asociación de mujeres juristas THEMIS propone "tener en cuenta no sólo su seguimiento, sino los resultados obtenidos, y limitar legalmente los beneficios penitenciarios que puedan conllevar". THEMIS, *Consideraciones desde la Asociación de Mujeres Themis a las reformas recientes y en proyecto*, de marzo de 2003, en <http://www.mujeresjuristasthemis.org/documentos/penal/index.htm>, pág. 7. Esta última observación no es fácil de entender, salvo que se refiera a impedir que los condenados por delitos relacionados con la violencia de género accedan al beneficio del adelantamiento de la libertad condicional, previsto en el art. 91 CP, lo que no es aceptable.

²⁸ Vid. entre otros LARRAURI PUJOÁN, E., "¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?", cit., pág. 377; MEDINA ARIZA, J., "El tratamiento al maltratador en el contexto comunitario como respuesta penal: Consideraciones político-criminales", en AA.VV., *La ley de medidas de protección integral contra la violencia de género*, Cuadernos penales José María Lidón núm.2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pág. 199. Antes de la reforma señalaba que pedir penas de multa era algo que habría de producir desazón en las víctimas MERLOS CHICHARRÓ, J. A., "Algunas cuestiones de las diligencias de prueba. Las frecuentes retractaciones de la víctima. La protección de la víctima en el proceso", en

Para que esta disposición programática se convierta en realidad, la disposición final quinta de la citada ley orgánica prevé la correspondiente reforma del Reglamento Penitenciario en el plazo de seis meses desde su aprobación, reforma que por el momento no se ha producido.

Hay que tener en cuenta que, en su redacción actual, el Reglamento Penitenciario recoge ciertas previsiones que pueden ser de interés: desde las salidas programadas para la realización de actividades específicas de tratamiento, destinadas a internos que ofrezcan garantías de un uso adecuado (art. 114 RP), lo que ha permitido incluir en estos programas visitas a oficinas de asistencia a la víctima, a la posibilidad de incluir entre los elementos del tratamiento los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción (art. 110 c) RP), lo que ofrece base suficiente para organizar actividades en las que intervengan víctimas, mediadores, asociaciones, etc., tanto dentro de la prisión como fuera de ella²⁹.

Por lo que respecta a la libertad condicional, señala el art. 90.2 CP que "el juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código". Esta autorización es del mayor interés tratándose de condenados por delitos relacionados con la violencia de género, pues permite imponer tanto reglas de conducta orientadas a la protección de la víctima y al control del penado (núms.2 a 4 del art. 83.1 CP, núms.3, 4, 8 a 10 del art. 96.3 CP), como otras dirigidas a facilitar su reinserción, las de contenido terapéutico, que supondrían continuar en libertad el tratamiento del maltratador (núms.5 y 6 del art. 83.1 CP, núms.11 y 12 del art. 96.3 CP)³⁰, o las que pretenden evitar que acuda a determinados lugares que pueden influir negativamente en su rehabilitación (núm.1 del art. 83.1 CP, núm.5 del art. 96.3 CP). Ahora bien, para la concesión de la libertad condicional se exige que los sentenciados se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario, que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta y que hayan observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 LOGP. Si existe ese pronóstico favorable es porque se ha realizado respecto del condenado un juicio favorable de peligrosidad criminal, lo que parece contradictorio con el hecho de imponer las reglas o medidas orientadas a la protección de la víctima, en particular teniendo en cuenta que el condenado, como veremos, estará cumpliendo las penas accesorias de imposición obligatoria cuyo contenido coincide en buena medida con el de las reglas que aquí nos ocupan. Resulta mucho más interesante

tratamiento de maltratadores", en CID MOLINÉ, J. J. LARRAURI PUJOÁN, E. (coords.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 147 ss.; LARRAURI PUJOÁN, E., "¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?", en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. J. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Coords.), *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Baigalupo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, págs. 369 ss.

²⁹ El juez de vigilancia penitenciaria puede autorizar a los internos en régimen ordinario a acudir regularmente a una institución fuera de la prisión con el objeto de llevar a cabo un programa concreto de acción especializada, siempre que sea necesario para su tratamiento y reinserción social (art. 117 RP).

³⁰ Ya apuntaba la importancia de esta disposición el apartado VI.C de la Circular 1/1998, de 21 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la intervención del ministerio fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

calificar como peculiar o impropia, ya que su duración no se vincula a la de otra pena principal, pues se puede prolongar bastante más allá de ella, lo que la aproxima a una medida de seguridad que se impone en prevención de nuevos delitos aplicable a sujetos imputables, y no se regula en la parte general del Código penal, como es habitual en las penas accesorias por economía legislativa, sino en la parte especial para las concretas figuras delictivas a que se ha hecho referencia.

Presupuestos y criterios de aplicación. Tratándose de una pena de imposición obligatoria, no existe otro presupuesto ni criterio de aplicación que la condena por el delito de que se trate.

Duración. La duración de la privación del derecho a la tenencia y porte de armas como pena principal es de un año y un día a tres años en los delitos de malos tratos de obra sin causar lesión, amenazas leves y coacciones leves (arts. 153.1, 171.4 y 172.2 CP), y de dos a cinco años en el delito de maltrato habitual (art. 173.2 CP).

El hecho de que en los delitos relacionados con la violencia de género en los que se prevé expresamente su imposición obligatoria siempre dure más que la pena de prisión, permite afirmar que esta privación de derechos funciona, en realidad, como una medida de seguridad para sujetos imputables, cuya ejecución se prolonga más allá de la de la pena de prisión.

Contenido. De acuerdo con el segundo párrafo del art. 47 CP, "la imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia".

Evidentemente, el arma de cuya tenencia y porte se priva al penado debe ser una de las que precisan licencia o autorización administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que aprueba el Reglamento de Armas.

Incumplimiento. Tratándose de una pena, su incumplimiento se sanciona como delito de quebrantamiento de condena "con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos" (art. 468.1 CP). Podría entenderse que si el quebrantamiento se produce estando el condenado privado de libertad, esto es, en periodo de ejecución de la pena de prisión, pero disfrutando de un permiso de salida o siendo beneficiario de un tercer grado o de la libertad condicional, se castiga con prisión de seis meses a un año y en otro caso con multa de doce a veinticuatro meses. Ahora bien, parece más correcto afirmar que aun estando el condenado formalmente cumpliendo una pena privativa de libertad, si no se encuentra internado en un centro de cumplimiento en el momento en que quebranta no procede aplicar la pena de prisión, sino la de multa.

Esta posición se adopta en la Instrucción 3/1999, de 7 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, acerca del alcance del art. 468 CP en ciertos casos de quebrantamiento de una pena privativa de libertad.

la habitual, donde el legislador o no dice nada, regulándose las penas accesorias en el libro I, o se limita a aludir a la posible aplicación de las penas accesorias contempladas en determinados artículos del libro I, dejando que sean éstos los que recojan las cuestiones relativas al contenido, duración, etc.

Signe sin regularse el procedimiento que se ha de seguir para determinar si se ha producido o no un incumplimiento con efectos revocadores. No hay duda de que debe ser un procedimiento contradictorio que obligue a la Administración a probar el incumplimiento y que permita al condenado hacer alegaciones y presentar prueba, además de que la decisión judicial debe ser recurrible, según se exige en los puntos 14.2 y 14.6 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, de la Asamblea General) y en las reglas 13, 82 y 83 de las Reglas europeas sobre sanciones y medidas no privativas de libertad (Recomendación R(92) 16, de 19 de octubre de 1992, del Comité de Ministros del Consejo de Europa)⁴⁵.

Como hemos visto, el art. 49 CP señala que en caso de que aprecie un incumplimiento el juez de vigilancia penitenciaria deberá deducir, además, testimonio por delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP), que alcanza a toda "condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia". Este precepto castiga con pena de multa de doce a veinticuatro meses el quebrantamiento de condena cuando el reo no está privado de libertad.

1.3. La privación del derecho a la tenencia y porte de armas

Regulación legal. Como pena principal acumulativa de imposición obligatoria se prevé, en algunos delitos relacionados con la violencia de género, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, lo que parece lógico en vista de la naturaleza violenta de los hechos y de la tendencia estadística a repetirlos. Lo que no parece tan adecuado es que esta pena privativa de derechos sea de imposición obligatoria en los delitos de maltrato de obra sin causar lesión, amenazas leves o coacciones leves, por ej., pero no en el tipo de lesiones del art. 148 CP, que precisamente se agrava por utilización de armas en la agresión.

Cierto que el Juez o Tribunal puede imponer la misma pena, como accesoria, a través del art. 56.1.3º CP, pero estas descoordinaciones legislativas no contribuyen a la claridad. Además, como pena accesoria es de imposición potestativa para el Juez o Tribunal, debiendo determinarse expresamente en la sentencia la relación directa entre el derecho de que se priva al penado y el delito cometido.

Naturaleza jurídica. Si seguimos el criterio formal de distinción entre las penas principales y accesorias que se recoge en el art. 54 CP, según el cual "las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo", estamos ante una pena principal de imposición obligatoria para el juez o tribunal, pues se encuentra expresamente recogida en diversas figuras delictivas de la parte especial. Ahora bien, a diferencia de las penas principales en sentido propio o estricto, que pueden funcionar como acumulativas o alternativas, la que nos ocupa nunca podrá aplicarse al margen de las penas de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, pues siempre ha de acompañar a una u otra, por lo que en realidad, en mi opinión, más correcto sería calificarla de pena accesoria⁴⁶. Eso sí, se trataría de una accesoria que se puede

(Coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pág.115; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Informe sobre la aplicación", cit., pág. 91.

⁴⁵ Cfr. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *El trabajo*, cit., pág. 322.

⁴⁶ El hecho de que se mencione expresamente en la parte especial, incluyendo su posible duración, no es obstáculo para afirmar la accesoria, pues se trata nada más que de una técnica legislativa distinta de

En este contexto, el interés del menor se entiende como el fin primordial al que debe encaminarse la legislación en orden a adoptar las decisiones que mejor contribuyan a la educación y al desarrollo de su personalidad. Normalmente corresponde al interés del menor que se le mantenga en su familia, y así se reconoce a nivel internacional.

En las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), se dispone que "ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario" (regla 18.2).

Peró éste no es un principio incondicional, sino que su primacía depende de que la permanencia convenga al interés del menor.

En el ámbito internacional, ya hemos visto las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), de acuerdo con las cuales se admite la salvedad de que las circunstancias de su caso lo hagan necesario (regla 18.2)⁴⁸. Por su parte, en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, tras reconocer que "la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa..." (12), se establece que "cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro" (14). En fin, "los gobiernos deberán adoptar medidas para fomentar la unión y la armonía en la familia y desalentar la separación de los hijos de sus padres, salvo cuando circunstancias que afecten al bienestar y al futuro de los hijos no dejen otra opción viable" (17).

En lo que respecta a la normativa española, el art. 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, considera como segundo principio rector de la actuación de los poderes públicos "el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés". En el marco de la legislación protectora de menores se saca al menor del entorno familiar cuando se encuentra en situación de riesgo o de desamparo, conceptos que no se definen en la ley. Para evitar situaciones de desamparo, la Disposición adicional 2ª del Código penal dispone que "en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, la comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias", esto es, para que adopten las medidas necesarias en protección del menor afectado.

Duración. La duración de estas penas es variada: en los delitos de lesiones no habituales, amenazas leves y coacciones leves, la duración se extiende hasta cinco años, sin indicar un límite inferior. Es posible bajar a la pena inferior en grado en atención a las circunstancias

⁴⁸ En el comentario se aclara que "la regla 18.2 establece que la separación de los hijos respecto de sus padres sea una medida aplicada como último recurso. Sólo puede recurrirse a ella cuando los hechos que constituyen el caso exigen claramente la adopción de esta grave medida..."

1.4. La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento

Regulación legal. Los delitos relativos a la violencia de género incluyen la posibilidad de imponer, "cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz", y como pena principal de aplicación potestativa, la "inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento" (arts. 153.1, 171.4 y 5, 172.2 y 173.2 primer párrafo CP), con distintas duraciones. La pena puede imponerse en su mitad superior "cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilicen armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza" (arts. 153.3, 171.5, 172.2 y 173.2 segundo párrafo CP). En algún caso, no en todos, también puede imponerse la pena inferior en grado, "razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho" (arts. 153.4, 171.6 y 172.2 CP).

Naturaleza jurídica. Es una pena privativa de derechos (art. 39 b) CP), que puede acompañar, si el juez o tribunal lo estima adecuado al interés del menor o incapaz, a las penas principales alternativas de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad, y en todo caso privación del derecho a la tenencia y porte de armas, que se contemplan en los delitos de lesiones, amenazas, coacciones y contra la integridad moral en caso de violencia de género.

Como hemos visto en relación con la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, si seguimos el criterio formal de distinción entre las penas principales y accesorias que se recoge en el art. 54 CP, estamos ante una pena principal de imposición potestativa para el juez o tribunal, expresamente recogida en diversas figuras delictivas de la parte especial, que nunca podrá aplicarse al margen de las penas de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, pues siempre ha de acompañar a una u otra, por lo que en realidad, en mi opinión, más correcto sería calificarla de pena accesoria, en el sentido impropio que señalé en su momento.

Presupuestos y criterios de aplicación. Tratándose de una pena de imposición potestativa o facultativa, es necesario que el juez o tribunal motive adecuadamente su decisión. El Código penal ofrece como criterio que ha de servir de base para tomar esa decisión que ello resulte "adecuado al interés del menor o incapaz".

En esta materia se ha de partir en todo momento del interés superior del menor, principio general del Derecho⁴⁹ reconocido tanto a nivel internacional como nacional, que informa tanto la legislación penal juvenil como la protectora de menores.

La Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, señala que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" (art. 3).

⁴⁹ Sobre la naturaleza jurídica, vid. ALTAVA LAVALL, M. G., "El interés del menor en el proceso penal de menores y jóvenes", en GONZÁLEZ CUSAC, J. / TAMARIT SUMALLA, J. M. / GÓMEZ COLOMER, J. L. (coords.), *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 366 ss, que opta por la caracterización recogida en el texto.

de la víctima no sólo en los casos en que ésta ha sobrevivido al delito, sino también cuando haya fallecido a consecuencia de él⁶⁵. No está claro qué se entiende por familia. Teniendo en cuenta la enumeración que el Código penal realiza en distintos artículos (por ej., los arts. 23, 153.1, 173.2, 268, 454 CP), podemos interpretar que se trata como mínimo de los ascendientes, descendientes o hermanos por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente, así como los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del autor o del cónyuge o conviviente. Provoca más dudas que se pueda entender por familia a la persona especialmente vulnerable que, fuera de los supuestos citados, conviva con el autor, sin lazos de parentesco. Y desde luego quedan fuera del ámbito familiar las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

A pesar de estas menciones reiteradas a la víctima, su familia u otras personas hay que poner en duda que realmente se pretenda protegerlas. El hecho de que en general no se prevea un trámite de audiencia, ni la previa petición de la persona a proteger, ni se contemplan mecanismos que permitan atender a su solicitud de que la prohibición impuesta se levante o se sustituya por otra, son claras indicaciones de que hay un interés distinto, que predomina sobre el de las personas protegidas, y que no es otro que el interés estatal en la reducción de la violencia familiar y de género⁶⁶.

Por lo demás, no se establece una distancia mínima en cuanto a la prohibición de aproximación, ni se ofrecen pautas al juez o tribunal para fijar dicha distancia. Al respecto resulta de interés destacar que en el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, actualizado a los principios generales y disposiciones de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, aprobado por resolución de 28 de junio de 2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad, se indica expresamente que "parece aconsejable que la distancia sea al menos de 500 metros", con lo que se pretende establecer "un ámbito espacial suficiente para permitir una rápida respuesta policial y evitar incluso la confrontación visual entre la víctima y el imputado" (apartado II.A). Sin embargo, en la práctica jurisprudencial o bien no se alude a distancia alguna, o bien se imponen distancias de separación notablemente inferiores: 30 metros, 50 metros, 150 metros, 200 metros... Y la razón está clara: "no siempre una mayor distancia supone un mayor control a la hora de cumplirse la medida (así, cualquier persona pueda saber si alguien que tiene prohibido acercársele está a 50 ó 100 ms. Pero resulta prácticamente imposible saber cuando está a 500 ms. ó a un km.)"⁶⁷.

La SAP de Murcia de 26-5-2005 (JUR 2005/230088) tiene en cuenta que se trata de una pequeña localidad, y en lugar de imponer un kilómetro de separación, como pedía la víctima, en vista de que

⁶⁵ Así lo ha entendido el Tribunal Supremo. Vid. las SSTs de 15-4-1997 (RJ 1997/2929), FJ único, y de 17-4-1997 (RJ 1997/2990), FJ 6º, en relación con un delito de violación y homicidio la primera, y de asesinato la segunda.

⁶⁶ Destacan el predominio del interés estatal sobre el particular de la víctima como fundamento de las "no drop policies" DAVIS, R. C./SMITH, B., "Domestic Violence Reforms. Empty Promises or Fulfilled Expectations?", *Crime & Delinquency* Vol. 41, N.º 4, 1995, pág. 547.

⁶⁷ SAP de Bizkaia de 2-3-2004 (JUR 2004/284056), FJ 5º, que ordena concretar la distancia, fijada por el juzgado de primera instancia en un kilómetro, en ejecución de sentencia.

acuerdo con el art. 468.2 CP, modificado por la LO 1/2004, "se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2", esto es, "quien sea o haya sido su cónyuge o... persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o... los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o... los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o... persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar" (art. 173.2 CP). Téngase en cuenta que el subtipo agravado se aplica no sólo en caso de quebrantamiento de condena impuesta por comisión del delito recogido en el art. 173.2 CP, sino siempre que en el proceso criminal el ofendido sea alguna de las personas mencionadas en ese precepto, con independencia de la naturaleza del delito cometido⁷¹.

En la violencia de género hay que tener en cuenta varios factores a la hora de prever consecuencias jurídicas para el quebrantamiento de la prohibición de aproximación. En primer lugar, en estos delitos no todo acercamiento representa una nueva agresión o un peligro para la víctima o la persona protegida⁷². Es necesario estudiar las circunstancias de cada caso, de forma que si el acercamiento fue puramente casual y/ o no supuso un peligro para la persona protegida no debe ser posible condenar por quebrantamiento de condena.

Para evitar la condena la jurisprudencia niega en estos supuestos que exista el dolo propio del quebrantamiento. En este sentido, la SAP de Valencia de 22-6-2005 (JUR 2005/194800), en un caso en que el acusado entra en un local para ver a un amigo y se encuentra allí con la denunciante, dirigiéndose entonces a la barra para hablar con su amigo y saliendo inmediatamente, señala que "el delito de quebrantamiento de la prohibición de aproximarse a la víctima, del artículo 468.2 del Código Penal, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, con anterioridad a estos hechos, requiere la existencia en el autor de un dolo o ánimo de quebrantar la medida, que no se aprecia en la conducta del acusado. Pues era desconocedor de que la denunciante se encontraba en el local, tal como tiene manifestado y no ha sido contradicho por la otra parte, viéndola fuzgamente mientras que se dirigía a la barra del mesón, no constando que se detuviera ante ella y, menos aún, que le dirigiera la palabra, pues entró y pasó directamente a buscar a su amigo Plácido, en el lugar donde habitualmente éste se colocaba. De lo que se deduce que el acusado no fue allí para ver a la denunciada, sino a su amigo, lo que descarta su intención de no obedecer la orden de alejamiento impuesta. Pero además, el tipo penal exige, como en toda desobediencia, una persistencia temporal en el incumplimiento, así la jurisprudencia exige una reiterada y manifiesta oposición al mandato, con grave actitud de rebeldía y persistencia en la negativa, en el cumplimiento firme y, en fin, en lo contumaz y recalcitrante de la negativa a cumplir la orden. Así

⁷¹ En efecto, el art. 468.2 CP no contempla una restricción por la naturaleza de los delitos cometidos, de modo que aunque no se trate de alguno de los mencionados en el art. 57.1 CP, si entre el condenado y el ofendido existe alguna de las relaciones mencionadas en el art. 173.2 CP, se aplica en caso de quebrantamiento de condena el subtipo agravado que nos ocupa.

⁷² Al respecto vid. LARRAURI PLOJÁN, E., "¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?", en AA.VV., *La ley de protección integral contra la violencia de género*. Cuadernos penales José María Lidón núm. 2, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005, pág. 177; RIBOT IGUALADA, J., "Prevención de malos tratos familiares: ¿Un papel para el derecho civil?", *La Ley* 2001-6, págs. 1487 ss.

Además, la imposibilidad de valorar la procedencia o no de la aplicación de las prohibiciones de lugar a que, materialmente, nos encontremos ante una suerte de medida de seguridad postdelictiva no asociada a la inimputabilidad ni a la semiimputabilidad, sino a una peligrosidad presunta, que se aplica a sujetos imputables una vez cumplida la pena impuesta, y que no es desconocida en nuestro Derecho histórico.

En la jurisprudencia se han planteado numerosas cuestiones de constitucionalidad que abordan precisamente la posible inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la imposición, partiendo de que se vulneran los principios de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues la actual regulación carece de explicación racional, de personalidad de las penas, pues se impone a la propia víctima o persona protegida, de legalidad, pues la víctima o persona protegida no ha cometido delito alguno, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, al impedir a la víctima o persona protegida acercarse al cónyuge o compañero, a la libertad, pues se le impide autodeterminarse personalmente, a la dignidad de la persona, no respetándose su vida privada, así como al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la víctima o persona protegida no puede defenderse ante la imposición de la pena.

Duración. El art. 57.2 CP dispone que la prohibición se impondrá "por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior". Ese párrafo segundo especifica que "si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea" (art. 57.1 CP).

En la jurisprudencia se están valorando, a la hora de determinar la duración, entre otros datos, "la reiteración de conductas del acusado, la existencia de una anterior condena por amenazas a la madre, la suspensión del régimen de visitas a los hijos en el proceso matrimonial después del informe de la psicóloga de esta Audiencia donde se pone de manifiesto que Noelia tiene miedo del padre y se siente huérfana de dicha figura, y el agravamiento de los miedos de la hija al padre por los últimos sucesos" (SAP de Murcia de 26-5-2005, JUR 2005/230088, FJ 1º).

Contenido. Se analizarán aquí únicamente las particularidades que se aprecien en el ámbito de los delitos cometidos contra la mujer, pareja o ex pareja, y contra personas integradas en el ámbito familiar⁶⁸ y cuasi-familiar⁶⁹.

El círculo de personas a que se refiere la prohibición está constituido por la víctima, su familia o cualquier otra persona. Es posible extender la prohibición a los miembros de la familia

⁶⁸ Expresión que abarca la violencia ejercida contra cualquier persona integrada en el núcleo de la convivencia familiar, y fuera de esa convivencia la violencia ejercida contra las personas vinculadas por las relaciones expresadas en el precepto.

⁶⁹ Expresión que abarca la violencia ejercida en centros públicos o privados sobre personas especialmente vulnerables por parte de quien las guarda o custodia. La extensión a estas personas, efectuada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, es muestra de una clara tendencia a la ampliación del ámbito de protección del delito de malos tratos en el ámbito familiar para dar cabida a relaciones completamente ajenas a las afectivas o de parentesco.

"tal requisito de distancia supondría una importantísima restricción de movimiento del condenado", impone 200 metros. Con el mismo argumento, la SAP de Albacete de 3-5-2005 (JUR 2005/225681) reduce la distancia de 200 a 100 metros, y la SAP de Sevilla de 10-2-2005 (JUR 2005/139732) de 500 a 150 metros. En ejecución de condena, de nuevo con la misma argumentación y teniendo en cuenta que el condenado no podría acudir a su puesto de trabajo, el AAP de Castellón de 20-3-2003 (JUR 2003/194031), reduce la distancia de 500 a 300 metros.

El contenido de la pena incluye la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia respecto de los hijos. Podría pensarse que se trata de una medida, ciertamente drástica⁶⁸, con la que se pretende resolver la difícil compatibilidad de estos encuentros con la pena en los casos de violencia de género, al implicar normalmente un acercamiento a la víctima o a su domicilio. Sin embargo, teniendo en cuenta que es posible utilizar procedimientos mucho menos lesivos de los derechos que corresponden al condenado en su condición de progenitor y a los hijos, como el establecimiento de puntos de encuentro, que evitan la necesidad de que el agresor se encuentre con la mujer víctima de violencia de género o se acerque a su domicilio, hay que interpretar restrictivamente esta suspensión entendiéndola que sólo debe aplicarse cuando son los hijos los sujetos pasivos del delito⁶⁹.

Apoya esta interpretación la Circular 2/2004, de 25 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre aplicación de la reforma del Código penal operada por la LO 15/2003, como hemos visto.

Por lo demás, no es aplicable cuando no hay sentencia ni medidas provisionales, aunque en el matrimonio exista separación de hecho, lo que supone una importante⁷⁰.

III. ESPECIAL REFERENCIA AL QUEBRANTAMIENTO DE LA PROHIBICIÓN DE APROXIMACIÓN

El incumplimiento de la pena accesoria de prohibición de aproximación puede dar lugar a un delito de quebrantamiento de condena, previniéndose un régimen especial en atención a la relación que une al condenado y al ofendido por el delito cuya pena se quebranta. De

⁶⁸ Como la califica la SAP de Huelva de 8-2-2005 (JUR 2005/145612), FJ 3º.

⁶⁹ Entiende que "cuando se trate de delitos de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2... todos los miembros de la unidad familiar maltratada son los sujetos pasivos del delito, con independencia del concreto miembro de la unidad familiar que en su persona reciba los actos de violencia física o psicológica", ACALE SÁNCHEZ, M., "Víctimas de la violencia de género", cit., pág. 106; de la misma autora, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid, 2006, pág. 324. No comparto esta apreciación, pues sólo son sujetos pasivos del delito los destinatarios de la violencia y no todo el grupo familiar: el bien jurídico protegido es la salud e integridad individuales, y no la paz familiar. Ahora bien, esta autora coincide en la necesidad de entender que no es obligatoria la imposición de la suspensión cuando los hijos no son sujetos pasivos del delito que da lugar a la prohibición, si bien afirma que con la redacción actual no cabe más que afirmar que la imposición es siempre obligatoria, con independencia de ese dato.

⁷⁰ Apunta la SAP de Huelva de 8-2-2005 (JUR 2005/145612) que "podría pensarse, ad cautelam, que ante una hipotética y eventual sentencia de separación o divorcio, la condena penal provocaría la suspensión de la relación conforme a lo dispuesto en el Art. 48 del Código Penal. Se trata de un supuesto de futuro que por el momento no tiene la menor incidencia, y que difícilmente podría modificar la situación actual" (FJ 3º).

Conviene que en la decisión sobre la imposición de las prohibiciones de acercamiento y comunicación con la víctima o terceros se tenga en cuenta la voluntad de la persona que se pretende proteger, aunque su opinión no sea vinculante¹⁰⁶, lo que supone abogar por una modificación legislativa que contemple como requisito procesal la audiencia de la víctima, que dote a las alternativas a la prisión de un régimen común y flexible de revocación que permita valorar todas las circunstancias del caso a la hora de establecer la reacción penal adecuada al supuesto concreto, y que dé opciones al cambio de unas reglas por otras durante la ejecución¹⁰⁷. El objetivo final no es decidir una separación por la mujer maltratada, sino mejorar su seguridad ayudándola a tomar la decisión más adecuada, para lo cual han de tenerse en cuenta los factores que pueden limitar su libertad de decisión en este proceso¹⁰⁸.

Como apunta MEDINA¹⁰⁹, "existe cierta paradoja en combatir el control al que están sometidas estas mujeres por parte de sus maridos por medio del sometimiento y control de estas mujeres al discurso superior del sistema de justicia penal". Un sistema así no puede pretender ni exigir la colaboración de la víctima¹¹⁰.

Quede claro que con lo aquí expuesto no defendiendo políticas de no intervención en el ámbito de la violencia de género, sino políticas de intervención que tengan en cuenta la especificidad de cada caso, así como la pluralidad de derechos de la víctima que se pueden ver afectados por las medidas penales que se tomen.

En cuanto al tratamiento del maltratador, señala LAURENZO que "este tipo de iniciativas repercute en beneficio de la propia víctima, ya que el aprendizaje en el control de la agresividad puede reducir —al menos en alguna medida— el altísimo riesgo de reincidencia implícito en esta clase de delincuentes. Pero, además, cabe recordar que el Derecho penal ha de cumplir una función resocializadora que no puede quedar vedada a determinado tipo de autores sólo porque se considere particularmente reprochable la naturaleza del delito cometido"¹¹¹. A mi juicio, en efecto, el tratamiento del maltratador sólo tiene sentido si supone un aumento de la seguridad de la víctima actual o un menor riesgo de victimización de las futuras parejas del maltratador, lo que sólo tendrá lugar si realmente favorece la rehabilitación y reinserción social del penado. Pero no puedo estar de acuerdo con la segunda perspectiva: nadie ha planteado negar a los maltratadores el acceso al tratamiento. Lo que se ha hecho, y eso sí que resulta inusual, es imponer coactivamente el tratamiento en las alternativas a la pena privativa de libertad, aunque no en la ejecución de la pena de prisión, para todos los condenados por

esas medidas de protección de forma compatible con el respeto a su intimidad, derecho al que pertenece la libertad de crear, mantener y poner fin a una relación sentimental¹¹². En la medida en que el sistema penal sólo atiende a una lógica, la del castigo, y desatiende cualquier otra demanda de la mujer, no debe extrañar que la mujer entienda que ese sistema no la va a apoyar en lo que ella pretende conseguir¹¹³, que es el cese de la violencia, no necesariamente una separación forzosa. No toda intervención estatal que pretende favorecer a la mujer acaba redundando en una mejora de su bienestar, como nos demuestra un análisis incluso superficial de pertinencia de género.

En particular, reconociendo desde un enfoque pragmático que las "no drop policies" tienen su razón de ser y sin duda resultan necesarias en el momento de iniciación del procedimiento penal y durante su desarrollo¹¹⁴, también hay que ser conscientes de que la imposición de una separación forzada como medida cautelar, pena, medida de seguridad o regla de conducta refuerza la idea de que la mujer maltratada es incapaz de tomar una decisión racional, y crea el peligro de que de alguna forma acabe siendo sancionada por reanudar su relación sentimental con el agresor, lo que puede producir un efecto de alienación que aleje a la mujer del sistema penal, haciéndola menos proclive a acudir a él para resolver su situación¹¹⁵. En el momento de decidir la imposición de medidas cautelares, penas, medidas de seguridad o reglas de conducta que pueden incidir sobre la vida íntima de la mujer hay que introducir mecanismos más flexibles, de forma que sea posible valorar cada caso de forma individual, como resulta obligado cuando se está hablando de la imposición de sanciones de naturaleza penal.

¹⁰⁶ Vid. GAVISON, R., "Feminism and the Public/Private Distinction", *Stanford Law Review* Vol. 45, Issue 1, 1992, págs. 37-38, quien apunta que la intimidad debe proteger la asociación consensual, siempre que el consentimiento y la libertad no sean ilusorios; KARST, K. L., "The freedom of intimate association", *Yale Law Journal* Vol. 89, 1980, págs. 629 ss, quien argumenta que esa libertad es un componente necesario del derecho a la intimidad. Vid. un duro alegato contra la posición que justifica la no intervención con base en el derecho de la víctima a su privacidad y autonomía en CHOUDHRY, S.J. HERRING, J., "Righting domestic violence", cit., págs. 100 ss, quienes apuntan como principal argumento lo difícil que resulta afirmar que la mujer maltratada es capaz de decidir autónomamente, afirmación que comparto plenamente. A partir de ahí destacan cómo forzar a la víctima a una separación no deseada puede a largo plazo proteger su autonomía, al liberarla de la influencia del maltratador, y la necesidad de tener en cuenta tanto el interés estatal en acabar con la violencia de género como el posible peligro que supone la vida en común para la integridad de los hijos de la pareja, todo lo cual les lleva a concluir la necesidad de las políticas de protección forzada desde la perspectiva de que el derecho a la intimidad y a la autonomía privada de la mujer no sólo no impide la intervención estatal sino que la exige (págs. 109-111).

¹⁰⁷ Cfr. LARRAURI PIJÓAN, E., "¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?", cit., págs. 302-303.

¹⁰⁸ Parece que tanto la detención como el procesamiento del agresor tienen cierto efecto inhibitor de futuros actos de violencia, en este último caso especialmente cuando la pena impuesta es privativa de libertad. Cfr. HANNA, C., "No right to choose", cit., págs. 1887-1888, con citas.

¹⁰⁹ Cfr. MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja*, cit., pág. 533, quien apunta que la víctima quiere tener la posibilidad de elegir y desea ser tratada como un individuo autónomo en su intento de resolver sus problemas. También MILLS, L. G., "Killing her softly: Intimate abuse and the violence of state intervention", *Harvard Law Review* Vol. 113, December 1999, Nº.2, pág. 556, destaca el efecto de alineación. Sobre la contribución de las estructuras legales que reconocen y apoyan la capacidad de autodeterminación de la mujer a su seguridad y a su resistencia ante la violencia masculina vid. LEWIS, R., "Making Justice Work", cit., pág. 220.

¹⁰⁶ No hay que dar incentivos al agresor para que intimide a la mujer.

¹⁰⁷ En la línea apuntada por el GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa*, cit., págs. 48 ss. A favor de esta propuesta, entre otros, ROIG TORRES, M., "La suspensión y la sustitución", cit., pág. 126.

¹⁰⁸ Cfr. HOYLE, C./ SANDERS, A., "Police Response to Domestic Violence: From Victim Choice to Victim Empowerment", *British Journal of Criminology* Vol. 40, Nº.1, 2000, pág. 19.

¹⁰⁹ MEDINA, J. J., *Violencia contra la mujer en la pareja*, cit., págs. 422-423. En la doctrina española, vid. en el mismo sentido MAQUEDA ABREU, M. L., "La violencia de género", cit., pág. 10. Fuera de España, entre otros, MORRIS, A./ GELSTHORPE, L., "Re-visioning Men's Violence", cit., págs. 414 y 419-420.

¹¹⁰ Cfr. HOYLE, C., *Negotiating Domestic Violence: Police, Criminal Justice and Victims*, Clarendon Press, Oxford, 1998, pág. 222.

¹¹¹ LAURENZO COPELLO, P., "El modelo de protección reforzada", cit., pág. 100; de la misma autora, "La violencia de género en la Ley Integral", cit., pág. 24.

cen la seguridad de la mujer, mecanismos que, conviene advertir, no necesariamente han de basarse en la prisión y en el alejamiento impuesto.

delitos relacionados con la violencia de género, precisamente en un momento histórico en que se ha extendido el desencanto en torno a las posibilidades de una intervención resocializadora sobre el delincuente, desencanto que es fruto tanto del abandono de la ideología que en su día la inspiró cuanto de los cambios que está experimentando el Estado social en la actualidad¹¹². Esa imposición obligatoria "no se compadece bien con el respeto a la dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocidos a toda persona en el art. 10 de la Constitución"¹¹³, precisamente los derechos que han llevado a que el tratamiento se configure como una actividad voluntaria en el ámbito penitenciario.

Se corre un gran riesgo si tales programas se implementan con estrategias inadecuadas¹¹⁴, por lo que es conveniente tener presentes los estudios sobre los perfiles de los agresores, las causas del maltrato y las posibilidades del tratamiento que ofrece el Derecho comparado antes de empezar a utilizarlos con carácter general. Una vez que se determine qué agresores deben ser sometidos a qué tratamiento, creo que la perspectiva de género adoptada en la LO 1/2004 debe tener su reflejo en los programas que se implementen¹¹⁵.

Con carácter previo ha de tenerse presente la necesidad de formar en dicha perspectiva a quienes han de llevar a cabo dichos programas: desde el personal de instituciones penitenciarias hasta los voluntarios que colaboran con asociaciones privadas y organizaciones sin ánimo de lucro.

Ya en cuanto al trabajo en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva de la de prisión, su efecto resocializador dependerá en buena medida de que se consiga dotar de contenidos adecuados y de su aceptación por los grupos de apoyo a las víctimas de la violencia de género.

Por último, no hay que olvidar que pese a todos los tratamientos que se puedan aplicar y todas las medidas de protección a la víctima que se tomen siempre habrá un número más o menos elevado de agresores reacios a todo cambio de conducta. Frente a ellos sólo es posible tratar de detectarlos cuanto antes¹¹⁶ y desarrollar formas de intervención que maxim-

¹¹² Sobre estos cambios vid. por todos BRANDARIZ GARCÍA, J. A., "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en FARALDO CABANA, P. (Dir.), *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 15 ss.

¹¹³ ROIG TORRES, M., "La suspensión y la sustitución", cit., pág. 130.

¹¹⁴ Vid. por ejemplo BONINO, L., "Los programas de reeducación, reinserción o rehabilitación para varones que ejercen violencia contra las mujeres", ponencia presentada en la Asamblea de Madrid en abril de 2005 ante la Comisión que preparaba la ley regional contra la violencia de género.

¹¹⁵ Vid. las bases del modelo basado en esta perspectiva en BOWEN, E./ BROWN, L./ GILCHRIST, E., "Evaluating Probation Based Offender Programmes for Domestic Violence Perpetrators: A Pro-Feminist Approach", *The Howard Journal* Vol. 41, Nº.3, July 2002, págs. 225 ss.

¹¹⁶ Parece que la opinión de la mujer acerca de las posibilidades de rehabilitación de su pareja o ex pareja acierta en un número importante de casos. Cfr. GONDOLF, E., *Batterer Intervention Systems*, Thousand Oaks, Sage, 2002, págs. 175-176. Vid. una panorámica de los instrumentos que se emplean para predecir el riesgo de reincidencia en DUTTON, D./ KROPP, P., "A review of domestic violence risk instruments", *Trauma, Violence and Abuse* Vol. 1, Nº.4, 2000, págs. 171 ss; ROEHL, J./ GUERTIN, K., "Intimate partner violence: The current use of risk assessments in sentencing offenders", *Justice System Journal* 21, 2000, págs. 171 ss. Sobre su limitado poder predictivo vid. GONDOLF, E. W., "Evaluating batterer counseling programs: A difficult task showing some effects and implications", *Aggression and Violent Behavior* Vol. 9, Issue 6, 2004, pág. 620.

I. NOVEDADES EN MATERIA PUNITIVA DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Desde un punto de vista estrictamente cuantitativo, las modificaciones que introdujo la LO 1/2004² en el Código Penal son mucho menos significativas de lo que pudiera parecer a la vista de la gran polémica que ha suscitado esta ley en amplios sectores del mundo jurídico. En concreto, tres son los ámbitos alcanzados por la reforma de la Ley Integral en materia punitiva.

En primer lugar, la ley modificó un reducido grupo de figuras delictivas relacionadas con la violencia de género para incluir una agravación específica cuando la víctima sea una mujer unida al agresor por una relación actual o pasada de pareja o, en su caso, cualquier otra persona vulnerable que conviva con el sujeto activo, sea éste hombre o mujer. Estos nuevos criterios de agravación afectaron al delito de lesiones —art. 148, 4ª y 5ª CP—; al delito de malos tratos ocasionales —art. 153 CP—; y a las nuevas figuras de amenazas y coacciones leves, que se transformaron de falta en delito —arts. 171.4 y 172.2 CP—.

En segundo término, la Ley Integral volvió a modificar el delito de quebrantamiento de condena (art. 468 CP) —ya afectado por las reformas de 2003— con el fin de establecer la obligatoriedad de la pena de prisión cuando se incumpla una pena, medida cautelar o medida de seguridad de alejamiento impuestas a favor de alguna de las víctimas de violencia familiar o cuasi familiar incluidas en el art. 173.2 CP³.

Y, por último, se introdujeron algunos ajustes en materia de alternativas a la prisión —sustitución (art. 88 CP) y suspensión de la pena (art. 83 CP)— destinados a reforzar la protección de las víctimas de violencia de género y a dar entrada, siquiera sea tímidamente, a la siempre polémica posibilidad de someter a los maltratadores a una terapia o tratamiento rehabilitador.

En conjunto, pues, los preceptos del Código penal afectados por la LO 1/2004 han sido muy pocos y, además —con la salvedad de los nuevos delitos de amenazas y coacciones leves— los cambios se han limitado a la introducción de alguna nueva circunstancia agravante y a otros retoques en materia de penas. Si, pese a ello, la Ley Integral ha despertado tanta polémica, ello se debe a razones bien distintas.

Por una parte, ha influido la cercanía temporal de esta Ley con las nefastas reformas de 2003 que habían afectado de manera muy significativa —estas sí— a un amplio conjunto de disposiciones relacionadas con la violencia doméstica, una proximidad en el tiempo que ha creado cierta confusión —muchas veces formentada sin rubor por los detractores de la Ley Integral— respecto al origen legal de algunos giros punitivistas particularmente polémicos. Tal es el caso, por ejemplo, de la tan criticada transformación de la falta de malos tratos ocasionales en delito⁴ —actual art. 153

Infracciones penales relativas a la violencia de género: delitos y faltas¹

Patricia Laurenzo Copello

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Málaga

² LO 1/2004, de 28 de diciembre, De Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE 29/12/2004).

³ El art. 468.2 se refiere a cualquiera de los sujetos pasivos descritos en el art. 173.2 CP, donde se recoge un amplísimo espectro de relaciones familiares y de dependencia.

⁴ Véase al respecto, detenidamente, ACALE SÁNCHEZ, *Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 15, 2005, págs. 11 y ss.

¹ Este trabajo se inserta dentro del Proyecto de Investigación SEJ 2005-06416/JURI, del Ministerio de Educación y Ciencia.

a extender el círculo de sujetos alcanzados por las normas penales atinentes a la violencia familiar—; la Ley Integral —sin cambiar muchos preceptos— supuso sin embargo un giro sustancial en el enfoque político-criminal desde el que se aborda el problema de la violencia contra las mujeres. En efecto, por primera vez desde que se iniciara el proceso de criminalización de las agresiones contra las mujeres en la pareja, el legislador decidió dar un golpe de timón y, apartándose del cada vez más difuso modelo de la “violencia doméstica”, apuntó claramente a las causas últimas de esta clase de violencia social adoptando para ello la tan debatida “perspectiva de género”. Esta es la gran novedad de la LO 1/2004 y sólo ella explica el tenso debate que ha suscitado la reforma de unos pocos preceptos del Código penal.

II. DE LA “VIOLENCIA DOMÉSTICA” A LA “VIOLENCIA DE GÉNERO”

La creación del primer delito de malos tratos habituales en el año 1989¹⁰ respondió a la necesidad de buscar una solución adecuada a un grave y muy extendido problema social que por entonces comenzaba a hacerse visible en la comunidad: la violencia que muchas mujeres venían sufriendo sin protección alguna a manos de sus parejas sentimentales¹¹. Así lo demuestra la publicación del Informe sobre malos tratos que ese mismo año emitió la Comisión de Derechos Humanos del Senado, en el que ya se apuntaba con toda claridad a la desigualdad entre hombres y mujeres, a la dependencia económica y al inequitativo reparto de roles en la familia como causas estructurales de la violencia contra las mujeres¹². Por ello, es indiscutible que, pese a la fórmula neutra utilizada por el legislador al definir al sujeto pasivo¹³ —cónyuge o persona unida al autor por análoga relación de afectividad— y al reconocimiento de otras víctimas potenciales —hijos, otros menores o incapaces—, la razón

CP—, que tiene su origen en la LO 11/2003⁵ y entre cuyas fuentes de inspiración, por cierto, se cuenta el informe sobre violencia doméstica emitido en 2001 por el Consejo General del Poder Judicial⁶ en el que se abogaba por la eliminación del requisito de la habitualidad en el delito del art. 153 con el argumento de dotar a los jueces de medidas más contundentes para prevenir nuevas agresiones y proteger mejor a las víctimas del maltrato⁷. Una postura que contrasta de forma sorprendente con el demolidor informe que apenas dos años después emitió el CGPJ respecto a la Ley Integral, en el que se criticaba con extrema dureza la decisión del legislador de elevar a la categoría de delito las faltas de amenazas y coacciones leves cuando la víctima sea la pareja actual o pasada del agresor u otra persona vulnerable que con él conviva. Sorprendente, digo, porque esta nueva escalada punitivista, para bien o para mal, no hace más que seguir la estela de la LO 11/2003 tan directamente inspirada en las sugerencias del órgano de gobierno de los jueces⁸.

Pero si la reforma de 2003, pese a venir impulsada desde el propio ámbito judicial, generó un amplio consenso entre estudiosos y aplicadores del derecho en el sentido de considerarla excesivas y poco meditadas, no sucedió lo mismo con los cambios —mucho menos importantes en términos cuantitativos— que poco después introdujo la Ley Integral. Las numerosas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por jueces de toda España contrastan con no pocos pronunciamientos judiciales donde se rechaza la pretendida contrariedad de los nuevos preceptos penales con la Carta Magna, un choque de posturas que igualmente se detecta en la doctrina especializada, claramente dividida entre fervientes defensores y ácidos detractores de los nuevos lineamientos político-criminales instaurados por la LO 1/2004⁹.

El motivo de esta ruptura del consenso no es difícil de explicar: mientras la reforma de 2003 se inscribió en una línea continuista claramente enmarcada en la escalada de punitivismo a ultranza que hoy invade a todo el Derecho penal —limitándose a aumentar penas y

¹⁰ Se prescinde aquí de los precedentes de nuestro derecho histórico, donde nunca faltaron referencias a los malos tratos en el ámbito doméstico, si bien todas las figuras que existieron venían marcadas por el dato común de una profunda discriminación contra la mujer. Baste recordar que hasta la reforma de 1983 los malos tratos entre cónyuges se regulaban por separado, con la peculiaridad de que el “maltrato de palabra” sólo se castigaba cuando era la mujer el sujeto activo, una peculiaridad que no sólo respondía al reconocimiento de una indiscutida autoridad marital comprensiva del derecho de corrección sobre la mujer, sino también a un lamentable estereotipo del comportamiento femenino —personalidad histórica, escasa capacidad de control, manipulación psicológica— que persiste hasta nuestros días. Sobre el derecho histórico español en esta materia véase CRUZ BLANCA, *Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal*, en MORILLAS CUEVA(coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, cit., págs. 46 y ss.

¹¹ Con razón recuerda ASÚA BATARRITA —*Los nuevos delitos de violencia doméstica*, cit., págs. 201 y s.— que fueron las asociaciones de mujeres las que impulsaron el proceso de reforma que permitió incluir este precepto inicialmente no contemplado en la importante reforma penal de 1989. También así FARALDO CABANA, *Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género*, en Revista penal, nº 17, 2006, pág. 76.

¹² Ampliamente sobre este Informe y sus lucidas conclusiones, véase MEDINA, J.J., *Violencia contra la mujer en la pareja: investigación comparada y situación en España*, Valencia, 2002, págs. 32 y ss.

¹³ El artículo 425 del anterior Código penal, en su redacción conforme a la LO 3/1989, amenazaba con pena de arresto mayor a “el que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviere unida por análoga relación de afectividad”, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho¹.

⁵ LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Sobre la reforma de 2003, en particular la operada por la LO 11/2003, véase LAURENZO COPELLO, *Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada*, en SERTA, In memoriam Alexandri Baratta, Salamanca, 2004, págs. 827 y ss.

⁶ Junto a otras propuestas en la misma línea elaboradas desde otras instituciones —como la Fiscalía General del Estado— o asociaciones vinculadas al trabajo de campo con mujeres maltratadas. Véase al respecto, con más información, MORILLAS CUEVA, *Respuestas del Código Penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma*, en MORILLAS CUEVA(coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, págs. 664 y ss.

⁷ Como bien afirma Asúa Batarrita, esta propuesta, fruto de la precipitación y la impaciencia, respondió sobre todo a criterios pragmáticos, como la eliminación de —aparentes— dificultades probatorias asociadas al elemento de la “habitualidad” propio del delito de violencia doméstica de mayor entidad, o la necesidad de sustraer a estos primeros actos violentos del ámbito de las faltas para permitir así la aplicación de medidas cautelares tan contundentes como la prisión preventiva. Véase ASÚA BATARRITA, *Los nuevos delitos de violencia doméstica tras la Reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre*, en Cuadernos Penales José María Lidón, nº 1, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, págs. 222 y s. También MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004*, Revista Penal n.º 18, 2006, en prensa.

⁸ Véase MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres*, cit.

⁹ Un debate que se manifestó ya en fase parlamentaria, como bien señalan BOLDOVA PASAMAR/ RUEDA MARTIN, *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género*, en BOLDOVA PASAMAR/ RUEDA MARTIN (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, Barcelona, 2006, págs. 18 y s.

Como también lo serán todos aquellos casos en los que exista un desequilibrio de fuerza física o de medios entre las dos partes involucradas. Así, no cabe hablar de acometimiento recíproco libre y voluntario si uno de los contendientes esgrime cualquier clase de armas, cuchillos, palos, etc. Y ello con independencia de que el origen de la disputa hubiese estado en un forcejeo o intercambio recíproco de golpes.

En definitiva, los problemas de subsunción típica del art. 153 han de resolverse conforme a la *ratio* que le es propia. Sólo después de superado este primer paso y si la víctima resulta ser la mujer actual o pasada del agresor, entrará en consideración la agravante de género introducida por la Ley Integral. Una circunstancia que, por fundarse en criterios preventivos basados en la particular exposición al riesgo que toda mujer lleva consigo por su propia condición femenina, ha de aplicarse siempre que sea ella la víctima y su pareja masculina —actual o pasada— el agresor.

Con la interpretación aquí propuesta, el ámbito del art. 153 CP en su forma agravada por razón de género queda circunscrito a los episodios agresivos en la pareja —actual o pasada— en los que el varón acude a la violencia como medio para relacionarse con la mujer o, lo que es equivalente, para imponer su voluntad, cualquiera sea el fin perseguido y el ánimo que presida el acto. En cambio, quedan al margen de la *ratio* del art. 153 —y por tanto sólo podrían dar lugar a la falta genérica de maltrato de obra del art. 617.2— los supuestos de acometimiento mutuo derivados de una discusión más o menos intensa iniciada por ambas partes de forma libre y sin amenazas ni provocaciones previas.

A la vista del proceso interpretativo descrito hasta aquí, que en un momento previo a la decisión sobre la posibilidad de aplicar la agravante de género permite dejar al margen del tipo básico art. 153 los casos de disputas libremente consentidas entre las partes —obviamente también cuando se trata de parejas—, no parece que el resultado final sea ostensiblemente desproporcionado, como han pretendido muchos críticos. Sobre todo teniendo en cuenta que, además, la ley prevé la posibilidad de bajar en un grado la pena (art. 153.4) cuando así lo aconsejen las circunstancias concurrentes en el hecho⁴⁵.

2. Las nuevas figuras de amenazas y coacciones leves

A diferencia de lo que en general se piensa, también el proceso de transformación de falta a delito de las amenazas leves comenzó su andadura en un momento previo a la Ley Integral, en concreto con la LO 11/2003. A ella se debe la inclusión de las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en el delito de violencia doméstica no habitual del art. 153, hoy ubicadas en el art. 171.5.

Siguiendo esta estela, la Ley Integral dio un paso más y elevó a la categoría de delito todas las amenazas y coacciones leves cuando la víctima sea la esposa o mujer ligada al autor por análoga relación de afectividad —actual o pasada— u otra persona vulnerable que conviva con él (arts. 171.4 y 172.2).

La razón que se esgrimió para justificar este nuevo avance punitivista reside en la necesidad de contrarrestar la amplia tolerancia social hacia la llamada “violencia ambiental”, entendiéndola por tal un modo particularmente agresivo que tienen muchos hombres de relación

precepto penal —con todas sus connotaciones— la que ha de presidir la interpretación sobre su alcance y contenido. La pretensión de acudir para tal fin a la Ley Integral llevaría al absurdo de tener que utilizar la perspectiva de género para decidir sobre la aplicabilidad del art. 153 en casos que nada tienen que ver con la violencia contra las mujeres, como, por ejemplo, el maltrato de un celador hacia un anciano ingresado en un centro geriátrico o un episodio de agresión entre dos hermanos varones adolescentes.

En suma, la decisión sobre la subsunción típica de un supuesto de maltrato de obra en el que estén implicados algunos de los sujetos del art. 153 ha de venir presidida por los criterios que fundamentan y dan sentido a esta figura delictiva, criterios que cabe sintetizar en la idea de un desequilibrio entre autor y víctima —cualquiera sea su sexo— originado por la naturaleza de la relación que les une o les unió en el pasado o que sitúa al sujeto pasivo en una posición de particular vulnerabilidad. Sólo en estos casos será aplicable el delito de violencia doméstica del art. 153. Cuando la agresión escape a esos parámetros, aunque involucre a familiares o convivientes, el precepto adecuado será la falta del art. 617.

En particular, este criterio debería permitir excluir del art. 153 los casos de acometimiento recíproco y libremente consentido. Una discusión fuerte que deriva en una riña mutuamente consentida entre adultos —sean padre e hijo, celador y enfermo o marido y mujer— queda fuera del ámbito de protección de la norma porque escapa a la finalidad para la que esta se creó, es decir, la de conceder una tutela especial a los miembros más débiles del grupo familiar frente a las agresiones de quienes ocupan una posición fáctica de poder. La situación que el legislador trata de captar y evitar poco tiene que ver con un escenario en el que dos partes, en pie de igualdad, deciden dirimir una disputa por el uso recíproco de la fuerza, aunque entre ellos exista una relación de parentesco⁴⁶. De hecho, una aplicación puramente automática del art. 153 llevaría a la absurda consecuencia —muy frecuente en la práctica, por cierto— de acabar condenando a las dos partes por un delito pensado para proteger precisamente a la parte más débil y vulnerable de relación familiar. En estos supuestos la solución adecuada sería, en su caso, la falta de maltrato de obra del art. 617.2.

Sin embargo, es conveniente advertir que este criterio teleológico sólo permite dejar fuera del art. 153 aquellos supuestos en los que se ha probado la existencia de un acometimiento recíproco y libre entre las dos partes, sin que sea legítimo extenderlo a situaciones en las que una de las partes se limita a defenderse frente a la agresión de la otra. Aceptar lo contrario sería tanto como rechazar en este contexto la posibilidad de legítima defensa, una conclusión sencillamente inadmisibles. En consecuencia, quedan claramente incluidos en el tipo del art. 153 casos tales como el de un antiguo novio que en el curso de una discusión verbal con su ex pareja, la sujetó fuertemente por el brazo para quitarle un teléfono móvil causándole erosiones en brazo y cadera, ataque al que ella respondió con un mordisco en el brazo derecho del agresor. A diferencia de lo que entendió la Audiencia Provincial de Barcelona⁴⁷, este supuesto es plenamente subsumible en el art. 153 ya que no se trata de un acometimiento mutuamente consentido, sino de una mujer que se defiende frente a la agresión unilateral de su pareja.

⁴⁵ Con razón, llama la atención sobre este dato, así como sobre la posibilidad siempre abierta de aplicar una pena no privativa de libertad —trabajos en beneficio de la comunidad— MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres*, cit., en prensa.

⁴⁶ Así la Sentencia de la AP de Barcelona, Sección Tercera, de 31 de octubre de 2005; también Sentencia de AP Zaragoza, Sec. 3, de 6 de septiembre de 2005, si bien en este caso, equivocadamente, la Audiencia recurre al concepto de discriminación de la Ley Integral para fundamentar la solución.

⁴⁷ Sentencia de la AP de Barcelona, Sección Sexta, 24/10/2005.

momento de la separación de la pareja como uno de los de mayor riesgo físico para la mujer⁴⁸. Obviando todos estos datos de la realidad, en casos como los señalados los jueces prefieren acudir a su intuición y se limitan a valorar nada menos que una amenaza de muerte —o de graves efectos en la integridad física— como simple exceso verbal propio del comprensible nerviosismo de quien ve peligrar la continuidad de su relación de pareja.

Nada hay que objetar, en consecuencia, al serio reproche que desde sectores cercanos a las víctimas, se dirige al mundo judicial por su tendencia inocultable a trivializar las amenazas y coacciones en la pareja.

Pero este diagnóstico no tenía por qué desembocar en la indiscriminada conversión de las faltas de amenazas y coacciones leves en delito. Porque el problema no consistía en que la respuesta penal para las casos auténticamente leves fuese inconveniente o escasa. Cuando una amenaza es realmente leve, la pena de la falta es suficiente y proporcionada. El problema reside en la práctica judicial que erróneamente se empeña en calificar como faltas muchos casos de amenazas y coacciones graves, es decir, atentados a la libertad que, conforme a las reglas generales del Código penal, deberían subsumirse, sin duda alguna, en los tipos de amenazas y coacciones de los arts. 169 y ss.

En consecuencia, la solución no pasaba por convertir en delito todo un cúmulo de comportamientos que arrastran consigo los atentados menos relevantes contra la libertad —las auténticas amenazas y coacciones leves—, sino por impulsar un cambio en la interpretación jurisprudencial que deje de considerar el contexto doméstico o de pareja como parámetros de “levedad” de las amenazas y coacciones, eliminando la tendencia a tolerar la rechazable violencia ambiental hacia las mujeres. En otros términos, se trata de forzar a los jueces a un cambio de perspectiva capaz de romper con los viejos estereotipos que llevan a calificar como amenazas y coacciones leves anuncios serios de causar un mal grave en la integridad física o advertencias de muerte, casos todos ellos que, fuera de la pareja, nadie dudaría en calificar de graves atentados a la libertad. Ciertamente no es fácil conseguir un cambio de mentalidad cuando se trata de patrones sociales tan profundamente arraigados en la comunidad, pero no se debería desaprovechar la vía que abre la propia Ley Integral cuando impone al “Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas” el deber de asegurar una formación específica “relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre la violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de seguridad y Médicos forenses (art. 48 L.I.).

narse con la mujer como consecuencia de patrones culturales profundamente arraigados en nuestra sociedad⁴⁹. Con razón se afirma que esos altos niveles de tolerancia conducen a una trivialización de la entidad de las amenazas y coacciones que se producen en el ámbito de la pareja⁵⁰, lo que no pocas veces desemboca en la calificación como simple falta de graves atentados a la libertad que en contextos diferentes los jueces no dudarían en calificar como delito.

En efecto, basta una observación atenta de los criterios que utiliza la jurisprudencia para valorar la entidad de las amenazas o coacciones en la pareja, para detectar que elementos circunstanciales tales como la relación de afectividad entre las partes o el origen más o menos “doméstico” de la disputa se consideran indicadores de la escasa gravedad de las amenazas, lo que se traduce en la sistemática calificación de tales conductas como falta y no como delito⁵¹. De esta manera, supuestos que en contextos personales distintos recibirían la calificación de graves, se ven degradados a la categoría de falta por la comprensión y tolerancia que todavía suscita cierto tipo de agresividad masculina en las relaciones de pareja, dejando a la mujer a merced de un agresor potencial que en muchos casos acaba por hacer realidad la amenaza del uso de la fuerza.

Paradigmáticos en este sentido resultan algunos de los casos que, sorprendentemente, han dado lugar a planteamientos de inconstitucionalidad del art. 171.4. Así, por ejemplo, el supuesto que suscitó la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Murcia de 3 de agosto de 2005, relativo a un sujeto que, al recibir la demanda de divorcio de su mujer, se presentó en el lugar de trabajo de ésta y entabló con ella una disputa en el curso de la cual le dijo “te voy a matar”, comportamiento que la Juez calificó como un mero “exceso verbal”, una conducta “nimia” que roza el derecho a la libertad de expresión, “comprensible” en el contexto de una conversación donde se discuten asuntos personales y económicos relativos a una separación. O aquel otro caso juzgado por la Audiencia Provincial de Valladolid (26/10/2006) en el que un joven, dentro de una atmósfera de violencia y agresividad latente debido al proceso de separación de su novia, le espetó a ésta “si te gusta tu cara no toques mis cosas”, amenaza contra la integridad física que, una vez más, el juzgador minimizó por considerarla un simple efecto del “acaloramiento de la discusión”.

Ejemplos como los expuestos, no sólo demuestran una posición ideológica tendenciosa por parte de algunos aplicadores del derecho que permanecen ajenos a una realidad tozuda que día a día vuelve a poner sobre la mesa ejemplos de mujeres amenazadas por sus parejas que finalmente acaban muertas. Además, lo que es aún más preocupante, ponen de manifiesto la total falta de interés por los abundantes estudios de campo que una y otra vez apuntan al

⁴⁸ Véase, CEREZO DOMÍNGUEZ, *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, 2000, págs. 367 y ss.

⁴⁹ Véase Durán Febrer, *Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, en Artículo 14 nº 17, 2004, págs. 6 y s.

⁵⁰ Reconoce esta realidad, que atribuye a problemas de prueba, DEL ROSAL BLASCO, *La política criminal contra la violencia doméstica. ¿Alguien da más?*, en *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pág. 348.

⁵¹ Véase, por ejemplo, STS 05/06/2003. También MAQUEDA ABREU, *La violencia contra las mujeres*, cit. En general, la jurisprudencia distingue entre delito y falta de amenazas en función de elementos circunstanciales, entre los que destacan la ocasión en la que se profiere, las personas intervinientes y los actos anteriores, posteriores y simultáneos. Criterios semejantes sirven para distinguir las coacciones leves de las graves. Véase al respecto STS 18/07/2002.

derecho de responsabilidad civil

I. INTRODUCCIÓN: LA JURISDICCIÓN COMPETENTE

El art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en adelante L.G.S.S.) define el accidente de trabajo como *"toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena"*.

Cuando un trabajador sufre un accidente en su actividad laboral por culpa del empresario, la Seguridad Social habrá de hacerse cargo de determinadas prestaciones, pero no por ello dejará de existir una responsabilidad civil que pesará sobre el autor del hecho dañoso. El primer orden de problemas será el jurisdiccional, pues aunque debería estar bastante claro a estas alturas que el juez de lo social es el único competente para entender de la responsabilidad civil del empresario por los daños sufridos por el trabajador, la jurisdicción civil no parece precisamente proclive a dejar de conocer de cuantas demandas se le plantean por estos hechos, y no ya cuando las demandas se plantean contra terceros, sino cuando tienen como demandado al propio empresario.

Para YZQUIERDO TOLSADA¹, la falta de unidad jurisdiccional² viene impidiendo la formación de una doctrina consolidada en torno a un segundo y capital problema: saber si, cualquiera que sea el juez ante el que se deba dilucidar la responsabilidad civil del empresario, deberá tener en cuenta las cantidades ya percibidas en concepto de prestaciones sociales o si se trata de conceptos por completo independientes. De hecho hay jurisprudencia y argumentos para todos los gustos, como veremos más adelante. El panorama es sencillamente indignante según este autor, pues ante una siniestralidad laboral como la española, que triplica la media europea en accidentes, los trabajadores no saben con certeza ni ante qué juez deben acudir³, ni tampoco cuál va a ser el montante indemnizatorio a recibir.

Tradicionalmente, la jurisdicción civil se ha declarado competente para entender de las reclamaciones formuladas por el trabajador accidentado contra el empresario en concepto de responsabilidad civil por los daños causados en el desempeño de los quehaceres laborales, con base en el carácter extensivo que tiene la jurisdicción civil para todas aquellas materias *"que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional"* (art. 9.2 L.O.P.J.). Y ello a pesar de que el art. 2.a de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, L.P.L.) reserve a la jurisdicción social las cuestiones litigiosas que se promuevan *"entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo"*.

Los pronunciamientos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nos quieren convencer, dice YZQUIERDO TOLSADA, de que los daños que un trabajador sufre por un accidente de trabajo quedan fuera de la relación laboral, y no son consecuencia del contrato de trabajo. Su conocimiento, según eso, corresponde a la jurisdicción civil porque la situación generada es

La responsabilidad civil en los accidentes laborales: la valoración del daño corporal

Javier López y García de la Serrana
Abogado.

Director de la Fundación de Estudios y Prácticas Jurídicas de Granada.
Secretario Gral. de la Asoc. Española de Abogados de Resp. Civil y Seguro

¹ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil de los empresarios en los accidentes laborales*. VI Congreso de Derecho de Seguro y Responsabilidad Civil celebrado en Cádiz en Junio de 2002.

² Añádase que no faltarán para el caso de los accidentes de trabajo las resoluciones de la jurisdicción contencioso-administrativa (cuando el empleador sea una Administración), ni tampoco las del orden de lo penal (cuando un incumplimiento por el empresario de la normativa de prevención de riesgos laborales constituya infracción penal en su modalidad de los delitos contra los derechos de los trabajadores previstos en los arts. 316 y 317 C.p.en.).

³ Sobre el particular, SERRANO ALONSO, *Actualidad Civil*, nº 1 de 1999, págs. 1 y ss. IGLESIAS CABERO, *La Ley*, 18 de enero de 1999.

de la cuestión. Y tampoco sirve el dato de la invocación por el demandante de los arts. 1902 y 1903 C.C. (queriendo con ello decir que cuanto se pide en la demanda debe llevar el etiquetaje extracontractual, ajeno al contrato de trabajo), pues el que se tenga que manejar el Código civil (y aunque se quisiera admitir que las normas son las extracontractuales), no tiene nada que ver con cuál es el juez que lo deba hacer. Sin embargo, es asombrosa la facilidad con la que la Sala 1ª del TS acepta que las cosas se sitúen fuera del contrato de trabajo, diciendo esa cosa tan extraña de que "no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial". Una auténtica fórmula de estilo que, bien entendida, resultaría impecable; lo malo es que con ella se quiera decir que, en realidad, todo cuanto no se haya hecho constar en el contrato, no forma parte del mismo, sino, llegado el caso, de la esfera de la responsabilidad extracontractual. Todo ello, en clara contravención del art. 19 del Estatuto de los Trabajadores, del art. 1258 C.civ. y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en su conjunto⁵. Pero es que, aunque se compartiera que las obligaciones de higiene y seguridad en las instalaciones, al provenir de fuentes normativas indisponibles y exteriores a la autonomía de la voluntad, no constituyen deberes contractuales (lo que, desde luego, es mucho compartir), de ello no se puede extraer como consecuencia que la competencia del orden social se limita a eso que sí constituye materia contractual, pues, si la Sala 1ª no duda en admitir que, al menos, el hecho se ha producido "en los quehaceres laborales" (STS 13 julio 1999, RJ 5046), no debería dudar tampoco que el orden jurisdiccional social debe conocer "de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho" (art. 9.5 L.O.P.J.). Y si los quehaceres laborales no conforman la rama social, no sé yo de qué rama forman parte.

Mientras la normativa no se caracterice por la claridad, hay que decir que la línea de la Sala 1ª del TS comete una violenta transgresión de la doctrina establecida por los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 23 de diciembre de 1993 (R.A.J. 10131), 4 de abril de 1994 (R.A.J. 3196) y 10 de junio de 1996 (R.A.J. 9676), para los que las obligaciones empresariales de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores y de adoptar las medidas necesarias para reducir los riesgos laborales pertenecen a la rama social del Derecho⁶. Ciertamente es que la doctrina sentada por la Sala de Conflictos sirve sólo para la resolución del caso concreto, sin que sus pronunciamientos tengan vocación extensiva. Pero, ante la duda, la mejor solución debería consistir en tomarla como fórmula de desempate. Eso justo hizo la STS 10 febrero 1998: "ante la realidad de esa diversidad resolutoria, acerca de la competencia controvertida, es menester reproducir lo que al punto, tiene resuelto, reiteradamente, la Sala de Conflictos de Competencia (cuya decisionismo "ad hoc" es indiscutible)".

Mientras tanto, la Sala 4ª del TS no duda jamás a la hora de considerar que el entendimiento de estas cuestiones pertenece en exclusiva al orden social. Y ningún obstáculo encuentra en la expresa referencia que se contiene en el art. 127.3 L.G.S.S. a la compatibilidad entre las prestaciones sociales y la responsabilidad civil del empresario, ni tampoco a la que existe en el art. 123 entre la responsabilidad que resulte de la imposición del recargo y la

⁵ Sobre el tema, YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, págs. 96 y ss.

⁶ E. indirectamente, se deduce igual de la Sentencia 158/1985, de 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

exactamente la misma que la de cualquier daño sufrido por cualquier ciudadano en cualquier situación de la vida, y cuyo conocimiento debe corresponder al juez civil porque no deja de ser un hecho "ocurrido en territorio español" o respecto del cual su autor o la víctima tienen "su residencia habitual en España" (art. 22.2 L.O.P.J.). El daño derivado de accidente de trabajo, según eso, no es más que "un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales —indica la STS 13 julio 1999—, lo cual excede de la órbita específica del contrato de trabajo y permite entender que su conocimiento corresponde al orden civil por su carácter residual y extensivo". La idea que subyace es la de que, quedando fuera del contrato, se trata de daños extracontractuales, con lo que la tendencia habitual de la Sala 1ª del Tribunal Supremo es la de decantarse por la competencia exclusiva de la jurisdicción civil. En los últimos tiempos se pueden encontrar una cantidad ingente de sentencias de la Sala 1ª que así lo dicen (o que lo sobreentienden)⁴.

Contadas resoluciones de la Sala 1ª del TS han declinado la competencia del orden civil a favor del social o laboral. Alguna va más allá, abundando en la idea de que lo de menos es que la declaración de responsabilidad se intente obtener al amparo de la normativa contractual o de la aquiliana: tanto se inste la tutela por una vía o por otra —dice la STS 20 marzo 1998 (RJ 1708)— "el ilícito determinante de la responsabilidad del empresario demandado, y que late en cada uno de esos preceptos, no es posible descolgarse de aquella disciplina del contrato de trabajo, y, por tanto, la competencia de este orden social deriva incuestionable". Dice a su vez la de 24 octubre 1998 (RJ 8236): "el contenido del contrato de trabajo así como las reclamaciones derivadas del mismo están comprendidas dentro de la rama social del Derecho y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y los artículos 1 y 2.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, la competencia de su conocimiento se debe atribuir al Juzgado de lo Social". Puede verse también, últimamente, la STS 11 febrero 2000 (RJ 673). Pero se trata de excepciones aisladas.

Sería deseable una mayor concreción, mantiene YZQUIERDO TOLSADA, tanto en la Ley de Procedimiento Laboral como en la Orgánica del Poder Judicial, que terminara con la desorientación actual. De nada vale argüir a favor del conocimiento por parte de los jueces civiles el hecho de que el art. 42.1 de la 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales diga que "El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento". De nada vale, pues una cosa es que la norma manifieste que puede haber responsabilidad civil y otra distinta qué jurisdicción ha de ser la que entienda

⁴ Por sólo citar algunas de los últimos años, pueden verse las SSTs 19 diciembre 1996 (RJ 9219), 12 mayo 1997 (RJ 3833), 2 julio 1998 (RJ 5128), 20 julio 1998 (RJ 6191), 26 septiembre 1998 (RJ 7071), 1 octubre 1998 (RJ 7556), 13 octubre 1998 (RJ 8373), 21 noviembre 1998 (RJ 8817), 24 noviembre 1998 (RJ 9694), 30 noviembre 1998 (RJ 8785, ésta con Voto Particular que entiende que la competencia pertenece al orden social), 3 diciembre 1998 (EDE 27985), 7 diciembre 1998 (RJ 98979), 18 diciembre 1998 (RJ 9642), 19 diciembre 1998 (RJ 9646), 30 diciembre 1998 (RJ 10142), 1 febrero 1999 (RJ 745), 15 febrero 1999 (RJ 657), 17 febrero 1999 (RJ 1244), 3 marzo 1999 (RJ 1400), 23 marzo 1999 (RJ 2013), dos sentencias de 10 abril 1999 (RJ 1877 y 2607), 17 abril 1999 (RJ 2585), 6 mayo 1999 (EDE 8095), 8 mayo 1999 (EDE 8560), 18 mayo 1999 (EDE 9706), 20 mayo 1999 (EDE 8746), 12 julio 1999 (EDE 14503), 30 de noviembre de 1999 (EDE 36819), 31 de mayo de 2000 (EDE 10855), 21 julio 2000 (EDE 18342), 2 julio 2001 (EDE 13853), etc.

Y que no se diga que el problema se limita, en la práctica, al riesgo, nunca desdeñable, de que prosperen, en contra del trabajador, las excepciones de incompetencia jurisdiccional. Es que además, tal y como nos hace ver YZQUIERDO TOLSADA, ni desde el punto de vista procesal ni tampoco desde el sustantivo da igual que sea un juez o sea otro el que entienda de la cuestión. Una demanda civil debe sujetarse a los requisitos que establece el art. 399 L.E.Civ., lo que significa, entre otras cosas, que debe explicitar los fundamentos de Derecho que se invocan y la clase de acción que se ejercita, lo cual viene a significar una detallada relación de los preceptos legales aplicables. En cambio, en el orden social la demanda laboral no requiere asistencia letrada (art. 18 L.P.L.) ni argumentación jurídica alguna, bastando con que se concreten los hechos sobre los que se fundamenta la acción (art. 80.c). Basta con que el trabajador exponga con moderada claridad qué es lo que reclama para que la demanda sea admitida a trámite y entre el juzgador a conocer de ella con la argumentación jurídica que él considere oportuna. El resultado es que no puede sorprender ninguna sentencia del orden social que ponga fin a un procedimiento en el que el demandante no invocó fundamentación jurídica alguna, o que argumente con base en fundamentos distintos de los alegados. En cambio, en el orden civil no debería dar lo mismo invocar las normas extracontractuales que invocar las contractuales, pues, aunque la última moda de la Sala 1ª sea la de decir que "todo vale", que "iura novit curia" y que "da mihi factum, dabo tibi ius"¹⁰, no faltan las sentencias que se oponen a entender que así deba ser, como lo demuestran la STS 12 febrero 2000 (EDE 865) o el Voto Particular de Gullón Ballesteros a la STS 30 diciembre 1999 (EDE 39950), que entienden que la acción no era contractual, y que, por lo tanto, había prescrito.

Y en otro orden de cosas, tampoco se valora la culpa del empresario de la misma manera en una y en otra jurisdicción. Si en el orden civil la responsabilidad del empresario se ha venido a admitir como cuasi-objetiva, ello sucede igual en el orden social en todo cuanto haga referencia a las prestaciones que por el accidente corresponda satisfacer a la Seguridad Social, pero solamente en ese ámbito, dado el carácter tuitivo de un sistema sistema que ha permitido, como dice la STS (Sala 4ª) 30 septiembre 1997 (RJ 6853) "la creación de una responsabilidad estrictamente objetiva, que garantizando los daños sufridos por estas actividades peligrosas, previene al tiempo los riesgos económicos de quienes al buscar su propia ganancia crean un bien social, como son los puestos de trabajo. Este justo equilibrio, es el que desde antiguo se ha venido consiguiendo, con la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y con toda la normativa a ella aneja, adecuada no solo al conjunto social de empresas y trabajadores, sino que permite mediante las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, acomodar en cada empresa las ganancias del empresario con la indem-

¹⁰ Tal postura comenzó a hacer furor en la década de los ochenta. Dice, por ejemplo, la STS 3 febrero 1989 (RJ 659): "la base de hecho y el suplico, y no la fundamentación jurídica, es lo que determina la congruencia de la resolución judicial, conforme al principio jurídico de la teoría de la sustanciación de la demanda y de la libre búsqueda y aplicación de la norma por los Tribunales, extremos en los que insiste la de primero, al señalar que el fundamento de tal teoría es hallar la sustancia del hecho controvertido, para posteriormente aplicar el Tribunal el derecho que entiende corresponderle, sin sujeción al que las partes invoquen, aunque en el caso que nos ocupa tanto la culpa contractual como la extracontractual aparecen invocadas; y es que, en definitiva, el principio de congruencia, prohibido de toda resolución "extra petita", lo único que impone es una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos en que las fundamentan, pero ni condena el "da mihi factum, dabo tibi ius" ni puede prescindir del "iura novit curia", según jurisprudencia tan reiterada y constante que resulta de ociosa cita".

responsabilidad "de todo orden" que pueda derivarse de la infracción. El que estos preceptos aludan a la responsabilidad civil no significa que el orden competente deje de ser el social para pasar a serlo el civil, sino que el juez de lo social será quien, además de entender de las cantidades cuya imposición se reside en las leyes laborales, deba decidir sobre la responsabilidad civil del empresario.

Más aún, la Sala 4ª del TS a veces huye, con buen criterio, de esa técnica que consiste en entender propio de su competencia cuanto tenga que ver con el contrato de trabajo, pero no lo que merezca el etiquetaje de extracontractual. La STS (Sala 4ª) 10 diciembre 1998 (RJ 10501) antes prefiere borrar, sin más, esa zona pretendidamente fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana: "teóricamente se admite en nuestro derecho la posibilidad de ejercitar acumuladas las pretensiones indemnizatorias derivadas de la culpa contractual y de la aquiliana, pero en el laboral, al estar en presencia de una deuda de seguridad del patrono, es difícil imaginar supuestos en los que el empresario, en una misma actuación, viole el deber de garantía que entraña la culpa contractual y al mismo tiempo incurra en supuestos de la extracontractual, incardinados en ese marco laboral".

Es de compartir la forma de proceder de la jurisdicción de lo social. A ella corresponderá conocer de la responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo, diga lo que diga la jurisprudencia civil y dando absolutamente igual que la demanda invoque las normas extracontractuales o las que regulan el contrato de trabajo. Lo malo es que la Sala Cuarta a veces defiende su competencia tan vehementemente que llega a decir cosas peregrinas, como la que se lee en la STS (Sala 4ª) 23 junio 1998 (RJ 5787): "cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre, la responsabilidad ya no es civil, sino laboral"¹¹. No hace falta llegar tan lejos: esa responsabilidad sigue siendo de exquisita naturaleza civil, pero la competencia para su elucidación no corresponde al orden civil. Cosa diferente diré si a quien se exige esa responsabilidad civil no es al empresario sino a un tercero (vgr., al conductor que provocó el accidente *in itinere*).

Incluso, como pone de manifiesto FERNÁNDEZ AVILES¹², tampoco se altera la competencia del orden social por el hecho de que la reclamación de un trabajador frente al empresario venga motivada por conductas de los trabajadores al servicio de éste último, como puede ocurrir en ciertos casos, como la reclamación lo que hace es imputar la responsabilidad al empresario (por culpa *in vigilando* o *in eligendo* o en base a cualquier otro fundamento) y la competencia debe residenciarse en el orden social. El basamento más seguro consiste en considerarlos una "consecuencia" del contrato de "trabajo" como prescribe el art. 2 a LPL.

⁷ Una solución mucho más técnica que aquella con la que últimamente nos viene obsequiando la Sala Primera, que prefiere recurrir a la tesis de la yuxtaposición para, desde los postulados de una mal entendida "unidad de la culpa civil", inventarse contratos donde no los hay a fin de huir del plazo de prescripción anual, y ello por más que el perjudicado hubiera incardinado la litis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana. La tesis de la jurisdicción civil introduce una enorme inseguridad jurídica en el sistema, y amenaza con romper el *fair play* procesal. Ver YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, págs. 102 y ss.

⁸ En la misma línea, puede verse la STS (Sala 4ª) 30 septiembre 1997 (RJ 6853).

⁹ FERNÁNDEZ AVILES, *La responsabilidad Civil en el ámbito de la Jurisdicción Social: Puntos críticos*. Segundo Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Celebrado en Granada en Noviembre de 2002.

poner que quedan sujetos a indemnización de daños y perjuicios quienes en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier otro modo contravinieren el tenor de aquellas. Por otro lado, en su artículo 1902 dispone que el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. En este precepto se establece la responsabilidad extracontractual o aquiliana que no nace de un contrato, sino de un acto dañoso.

La cuestión es determinar que tipo de responsabilidad es la que nace cuando el daño se produce en el marco de una relación laboral. La solución es fácil, pues como el daño se causa en la ejecución de un contrato de trabajo es claro que nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual. A sensu contrario, si entre el causante del daño y el perjudicado no existe relación contractual nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Por lógica y sencilla que parezca la solución apuntada, no es pacífica la jurisprudencia al respecto. Mientras la Sala IV del Tribunal Supremo sostiene que, como el empresario es deudor de seguridad, el daño que causa por incumplir un deber contractual viene obligado a repararlo en el marco del contrato de trabajo incumplido, lo que supone atribuir el conocimiento de la causa a la jurisdicción social, conforme al artículo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral, al ser un pleito entre empresario y trabajador que tiene su causa en el incumplimiento de obligaciones contractuales.

Por el contrario, la Sala 1ª del Tribunal Supremo, sentencias de 7 de julio de 2000 y 22 de junio y de 28 de noviembre de 2001, viene señalando que en la materia rige el principio de "unidad de culpa", que son los hechos los que determinan la causa de pedir y que es indiferente el fundamento jurídico de la petición, pues lo relevante es el daño causado contractual o extracontractual, esto es, el daño culposo, razón por la que el interesado puede optar por la vía del 1.101 o por la del 1902. Por tanto, estima la competencia de orden civil para resolver los pleitos sobre la materia, siempre que se accione al amparo del artículo 1902, lo que equivale a olvidar que la calificación de los hechos corresponde a los Tribunales.

Pienso que es más correcta la solución que da la Sala IV del Tribunal Supremo en sentencias de 30 de septiembre de 1997, 2 de febrero y 23 de junio de 1998, así como la Sala de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo en autos de 4 de abril de 1994, y 10 de junio de 1996, entre otras, resoluciones de uno y otro órgano.

Pareció que la Sala 1ª cambiaba de criterio en su sentencia de 10 de febrero de 1998 que atribuyó la competencia al orden jurisdiccional social, pero la sentencia de 28 de noviembre de 2001 ha vuelto al antiguo criterio, sin haberlo rectificado la Sala hasta la fecha, como muestran las sentencias de 31 de diciembre de 2003 y de 29 de abril de 2004. Por ello, creo que sería procedente que una futura reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial aclarase definitivamente la cuestión y dejase reducida la competencia de la jurisdicción civil a aquellos supuestos en que la acción de responsabilidad se ejercita por terceros ajenos al contrato de trabajo, sea por actos propios del empresario o de sus empleados (artículo. 1903 del Código Civil). También en aquellos otros casos en los que la responsabilidad deriva de un acto del patrono ajeno a la relación laboral.

Cuando el pleito se entabla entre las partes del contrato de trabajo y con ocasión del mismo cual es el incumplimiento de normas de seguridad y salud, nos encontramos ante una reclamación de carácter contractual que determina la competencia de la jurisdicción social, al estar ante un ilícito laboral y no civil (S.T.S. 23-6-1999 entre otras).

nización de los daños sufridos por los trabajadores en accidentes laborales y enfermedades profesionales". Pero, si en el marco de la Seguridad Social la responsabilidad es objetiva, en cambio, para la responsabilidad propia del empresario la jurisprudencia no lo duda. Como prosigue la misma sentencia, "en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin ampliaciones que están ya previstas e instauradas, con más seguridad y equidad"¹¹.

Como puede comprenderse, manifiesta YZQUIERDO TOLSADA¹² el que dos jurisdicciones de tan distinto proceder estén resolviendo cuestiones idénticas, no puede ser bueno. Y al margen del serio conflicto jurisdiccional existente entre los órdenes civil y social, no hay que perder de vista que también se encontrarán sentencias de la jurisdicción penal, cada vez que suceda que, obediendo el accidente de trabajo a una acción u omisión empresarial constitutiva de delito (arts. 316 y 317 C.pen., o, en su caso, arts. 142 y 152, para el homicidio y las lesiones cometidos con imprudencia grave), se busque la responsabilidad civil del empresario en el proceso penal. De la misma forma, no han de faltar las respuestas de la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando el accidentado trabajara para una Administración, lo cual, como veremos, no dejará tampoco de presentar sus dificultades.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA: RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA-CONTRACTUAL

La responsabilidad civil ha sido mencionada tradicionalmente por la legislación de seguridad y salud en el trabajo, pero no ha sido regulada por este tipo de normas que, tácita o expresamente, se han remitido a la normativa común recogida en el Código Civil. Esta solución, recogida en los artículos 127.3 y 123.3 de la Ley General de la Seguridad Social ha sido reiterada por el artículo 42, números 1 y 3, de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley 31/95, de 8 de noviembre, preceptos que la declaran compatible con las responsabilidades administrativas y penales que puedan nacer de los mismos hechos.

La naturaleza de esta responsabilidad es privada, pues se exige en el ámbito de relaciones privadas, en el contexto de la prestación de servicios laborales. Su finalidad es la estricta reparación de los daños y perjuicios causados por la acción de una de las partes de la relación. Por ello no puede confundirse con la responsabilidad administrativa o penal que tienen por fin principal sancionar unos hechos, ni con la de Seguridad Social que nace del incumplimiento de obligaciones legales del empresario y no tiene por fin la compensación de unos daños concretos, sino proteger situaciones de necesidad con el reconocimiento de prestaciones tasadas por la Ley.

Como ya he señalado, la Ley General de la Seguridad Social y la L.P.R.L. se remiten al Código Civil a la hora de regular este tipo de responsabilidad. El Código Civil ofrece al respecto dos cauces: El del artículo 1.101, donde se regula la responsabilidad contractual, al dis-

¹¹ Véanse también, recientemente, la STS (Sala 4ª) 20 julio 2000 o la del TSJ Cataluña 16 marzo 1999 (RJ 2059).

¹² Dada la amistad que me une con el profesor YZQUIERDO TOLSADA y mi sintonía con sus planteamientos, me he permitido reproducir en esta introducción diversos fragmentos y citas de la su ponencia La responsabilidad civil de los empresarios en los accidentes laborales, impartida magistralmente en el VI Congreso de Derecho de Seguro y Responsabilidad Civil celebrado en Cádiz en Junio de 2002.

debe seguirse el principio de culpabilidad en su sentido clásico y tradicional. En tal sentido las Sentencias del Tribunal Supremo (IV) de 30 de septiembre de 1997; 29 de septiembre de 2000; 7 de mayo de 2001 y 7 de febrero de 2003.

Tal diferencia de criterio pudiera justificar el que se siga acudiendo a la jurisdicción civil, pese al retraso existente en ella. Sin embargo, la apreciación y valoración de la culpa requieren un examen más detallado, habida cuenta que la doctrina de la Sala 4ª del TS, al hablar de que en este ámbito de responsabilidad debe imperar el principio clásico y tradicional de la culpa, sin ampliaciones de esa responsabilidad por culpa que la objetiven. Tal doctrina no nos puede hacer olvidar que, como la carga de la prueba, conforme al art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, gravita sobre el empresario, será éste quien deba probar que obró con la diligencia debida, que adoptó todas las medidas de seguridad reglamentarias y las demás previsibles en atención a las circunstancias y que el hecho causante del daño no le era imputable. El art. 1104 del Código Civil, aplicable en los supuestos de responsabilidad contractual, considera que existe culpa o negligencia del deudor (de seguridad) cuando el mismo omite aquella diligencia que requiere la naturaleza de su obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. Añade, además, que, cuando la obligación no exprese la diligencia exigible, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia, mandato que la jurisprudencia interpreta en el sentido de ser exigible la diligencia que adopta una persona razonable y sensata que actúa en el sector del tráfico mercantil, comercial, industrial o social de la misma clase de actividad que se enjuicia (sentencias de la Sala 1ª del T. S. de 25 de enero de 1985, 8 de mayo de 1986, 9 de febrero de 1998 y 10 de julio de 2003, por consiguiente, es el empresario quien debe probar que obró con la diligencia que le era exigible y que el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad de sus empleados no le era imputable, pues así se deriva de lo dispuesto en los preceptos citados y en el artículo 1.183 del Código Civil, donde se establece la presunción "iuris tantum" de que el incumplimiento de las obligaciones se debe a la culpa del deudor, presunción que el Tribunal Supremo (Sala 1ª), en sentencia de 2 de octubre de 1995, extiende al incumplimiento de las obligaciones de hacer, lo que es lógico, ya que el daño prueba la realidad del incumplimiento imputable al deudor mientras no pruebe lo contrario, esto es, que hizo todo lo posible para cumplir con su obligación.

No existirá culpa del patrono-deudo cuando pruebe que obró con la diligencia exigible, que el acto dañoso no le es imputable por imprevisible o inevitable. Quedará liberado en los supuestos del artículo 1105 del Código Civil. La exoneración de responsabilidad es claro en los casos de fuerza mayor, fuerza imprevisible e inevitable, pero no tanto en los supuestos de caso fortuito, en los que deberá distinguirse entre la procedencia externa o interna del obstáculo impeditivo del cumplimiento de la obligación, para liberar de responsabilidad cuando el daño se causa por un hecho imprevisible ajeno a la empresa, mientras que la liberación no procederá cuando el daño se causa por hecho fortuito que debió preverse en el curso ordinario de la actividad empresarial, ya que, cuando se trata de un hecho previsible y evitable que se produce dentro del desenvolvimiento normal de la empresa, no puede liberarse de responsabilidad a quien pudo prever y evitar el riesgo y no lo hizo por su obrar culposo.

La culpa de la víctima no liberará al patrono, salvo que se trate de un accidente motivado por la imprudencia temeraria del trabajador. Los artículos 115-4 de la L.G.S.S. y 15-4 de la L.P.R.L. nos muestran que debe preverse la actuación imprudente del trabajador y que sólo se libera al empresario en caso de imprudencia temeraria de aquél. La culpa de la víctima

III. SUJETOS RESPONSABLES: EL REQUISITO DE LA CULPA, SU ASEGURAMIENTO Y SU PRESCRIPCIÓN

En principio la responsabilidad es imputable a todo aquel que incurra en los supuestos de los artículos 1101 y 1902 del Código Civil. Quien incumple sus obligaciones contractuales o las cumpla en forma negligente o quien cause un daño culposo sin existir vínculo contractual. En el caso que nos ocupa, el principal responsable va a ser el titular de la empresa, sea persona física o jurídica pues como tal debe hacer frente a los riesgos que comporta el desarrollo de su actividad. Frente a sus empleados es deudor de seguridad y salud (art.14 L.P.R.L.) y frente a terceros responsable por crear una situación de riesgo. Además, puede existir responsabilidad de los directivos o. empleados que intervienen en la acción dañosa, pero ello no será óbice para que nazca la responsabilidad del titular empresa (ex art.1903 C.C.).

Por tanto, aunque trate un servicio de prevención externo al que encomiende las labores de prevención, el empresario responderá de los daños causados, pudiendo repetir lo pagado contra la empresa que contrató (art.14-4 L.P.R.L.), pues es responsable de la elección que realizó o de no vigilar (culpa "in eligendo" o "in vigilando"). Además, como se ha dicho antes, responde del cumplimiento de una obligación propia, aunque para cumplirla contrate a alguien que lo auxilie, pues la intervención del auxiliar no lo libera de sus obligaciones.

El requisito típico de la responsabilidad es que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia (arts.1101 y 1902 del Código Civil). Además debe recordarse que, conforme al art. 1105 del Código Civil, fuera de los casos mencionados por la ley y de aquellos en que la obligación lo señale, "nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables"

La exigencia de culpa ha sido flexibilizada por la jurisprudencia que debatiéndose entre las exigencias de un principio de culpa y del principio de responsabilidad objetiva ha llegado a configurar una responsabilidad cuasi objetiva, pues aunque no ha abandonado la exigencia de un actuar culposo del sujeto, ha ido reduciendo la importancia de ese obrar en el nacimiento de esa responsabilidad bien mediante la aplicación de la teoría de riesgo, bien por el procedimiento de exigir la máxima diligencia y cuidado para evitar los daños, bien invirtiendo las normas que regulan la carga de la prueba.

En este sentido merece destacarse que la jurisprudencia es más o menos exigente del requisito de un principio de culpa según la Sala del Tribunal Supremo de la que emane: La Sala 1ª, aunque no ha abandonado el requisito de la culpa, viene aceptando soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas y la necesidad de que responda quien obtiene un beneficio de la creación de un riesgo, tendencia que la acerca a la teoría de la responsabilidad por riesgo (Sent. 22-01-96 y 12-05-97). La Sala 4ª no desconoce esa evolución y progresivo acercamiento de la responsabilidad aquiliana a la responsabilidad por riesgo con apartamiento o menor exigencia de la culpa e inversión de la carga de la prueba pero concluye que ello tiene pleno sentido cuando se trata de daños a terceros a la empresa y sus beneficios pero no cuando los perjudicados son los beneficiarios de la situación riesgo creada, pues esa actividad beneficia tanto a empresarios como a trabajadores. Por ello en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que gozan de una protección de responsabilidad objetiva, venir a duplicar esta por la vía de la responsabilidad por culpa contractual o aquiliana que nunca podrá ser universal ni equitativa como la legislada, mas que una mejora social se introduce un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por tanto cree que

jado de obtener, esto es, el llamado lucro cesante, ya que el daño real comprende, además de las pérdidas actuales, la pérdida de ganancias futuras. También deberán repararse los daños morales, ya que el fin perseguido por la norma de lograr que el perjudicado quede indemne, no se cumpliría si no se incluyeran todos los daños, incluso los morales, cual establecen los arts. 1106 y 1107 del Código Civil y ha reiterado la jurisprudencia.

En la materia que nos ocupa, la jurisprudencia ha establecido desde antiguo, pese a que ningún precepto legal lo diga expresamente, que la indemnización de los daños debe ir encaminada a lograr la íntegra compensación de los mismos, para proporcionar al perjudicado la plena indemnidad por el acto dañoso, esto es lo que en derecho romano se llamaba "restitutio in integrum" o "compensatio in integrum". También ha sido tradicional entender que la función de valorar y cuantificar los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que tal función comprendía tanto la facultad de valorar el daño con arreglo a la prueba practicada, como el deber de hacerlo de forma fundada, para evitar que la discrecionalidad se convirtiera en arbitrariedad. Como se entendió que esa cuantificación dependía de la valoración personal del juzgador de la instancia, se vedó con carácter general la revisión de su criterio por medio de un recurso extraordinario, salvo que se combataran adecuadamente las bases en que se apoyara la misma. Pero esa discrecionalidad, cual se ha dicho, no se puede confundir con la arbitrariedad, ya que, el juzgador por imperativo de lo dispuesto en los artículos 24 y 120-3 de la Constitución, 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97-2 de la Ley de Procedimiento Laboral, y en la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 14 de marzo de 1975 (principio general 1-3 del Anexo), debe motivar suficientemente su decisión y resolver todas las cuestiones planteadas, lo que le obliga a razonar la valoración que hace del daño y la indemnización que reconoce por los diferentes perjuicios causados. Ello supone que no puede realizar una valoración conjunta de los daños causados, reservando para sí la índole de los perjuicios que ha valorado y su cuantía parcial, sino que debe hacer una valoración vertebrada del total de los daños y perjuicios a indemnizar, atribuyendo a cada uno un valor determinado.

Esa tasación estructurada es fundamental para otorgar una tutela judicial efectiva, pues, aparte que supone expresar las razones por las que se da determinada indemnización total explicando los distintos conceptos y sumando todos los valorados, no deja indefensas a las partes para que puedan impugnar los criterios seguidos en esa fijación, por cuándo conocerán los conceptos computados y en cuánto se han tasado. Una valoración vertebrada requerirá diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico (el daño inferido a la integridad física), de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial separando por un lado el daño emergente (los gastos soportados por causa del hecho dañoso) y por otro los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas). Sólo así se dará cumplida respuesta a los preceptos legales antes citados, como se deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional num. 78/1986, de 13 de junio, donde se apunta que el principio de tutela judicial efectiva requiere que en la sentencia se fijen de forma pormenorizada los daños causados, los fundamentos legales que permiten establecerlos, así como que se razonen los criterios empleados para calcular

y la concurrencia de culpa servirán para moderar la cuantía de la indemnización, salvo que exista culpa exclusiva del accidentado de mayor entidad que excluya la del patrono, cual se dijo antes, acacee en los casos de obrar temerario.

Si la jurisprudencia social acepta estos planteamientos se aproximará a la civil y serán mínimas las diferencias entre ellas. La Sala 1ª del Tribunal Supremo, valga por todas la sentencia de 29 de abril de 2004, ha abandonado el concepto clásico de culpa y lo ha ampliado para abarcar aquellas conductas en que puede haber negligencia sin una conducta antijurídica. La responsabilidad la ha objetivado, al presumir la negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite haber actuado con el cuidado que requerían las circunstancias de lugar y tiempo o que la culpa del perjudicado, cuando concorra, sea exclusiva, o de tal relieve, que anule la culpa del otro, pues en los demás casos, sólo habrá compensación de responsabilidades, más que de culpas, lo que sólo servirá para moderar el importe de la indemnización. A parecidas conclusiones se llegará por la jurisdicción social si se aplican las reglas sobre la carga de la prueba dichas, pues se cuasi-objetivará la responsabilidad.

Lo que si es del todo necesario es que exista un nexo causal entre la acción culposa y el daño causado; este debe tener su causa en el obrar de quien ha incumplido su deber de garantizar la seguridad y salud de sus empleados.

Por otro lado, a diferencia con lo que ocurre con la responsabilidad de pagar el recargo de prestaciones, es posible que el empresario asegure la responsabilidad civil que nos ocupa: El artículo 15-5 L.P.R.L. permite concertar operaciones seguros para garantizar la cobertura y previsión de riesgos derivados del trabajo. El art. 3-4 de la Ley 30/95 de Ordenación de Seguros Privados permite asegurar este tipo de contingencias.

Con respecto al plazo prescriptivo, este va a ser siempre el de un año, conforme al art. 59 del Estatuto de los Trabajadores, si estimamos que la responsabilidad civil es contractual. Si es extracontractual por daños a terceros, también se aplicaría el plazo prescriptivo de un año del art. 1968-2 del Código Civil.

El "dies a quo" para el cómputo de la prescripción será aquel en el que se reconozcan de modo definitivo los efectos del quebranto producido, pues sólo entonces se hallará el interesado en condiciones de valorar el alcance total del daño y el importe adecuado de la indemnización (Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sentencias de 17 de mayo de 1989 y 27 de febrero de 1996) o cuando se notifique la conclusión del proceso penal (Sentencia de la misma Sala de 15 de mayo de 1997) o desde que existe resolución firme reconociendo determinado grado de invalidez permanente al interesado (sentencias de 27 de febrero de 1996 y 12 de mayo de 1997 de la Sala 1ª). La Sala 4ª sigue los mismos criterios en cuanto al cómputo del plazo en sentencias de 10 de diciembre de 1998, 12 de febrero de 1999 y 6 de mayo de 1999.

IV. INDEMNIZACIÓN: LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL POR ACCIDENTE DE TRABAJO¹³

Conforme a los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino el de la ganancia que se haya de-

Indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo, publicado en la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Nº 22 - Julio 2007

¹³ Reproduzco aquí parte del artículo que escribí junto con mi hermano José Manuel LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA, *La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las*

cidos por ese factor corrector, doctrina que ha reiterado en su sentencia de 15 de septiembre de 2003. Resueltas esas cuestiones, quedaban las críticas a que el Baremo no valoraba, suficientemente, el llamado lucro cesante, cuestión que ha abordado el T.C. en sus sentencias num. 42/2003, de 3 de marzo, y 222/2004, de 29 de noviembre. La doctrina sentada en ellas puede resumirse señalando que la reparación del lucro cesante se canaliza a través de los factores correctores de la Tabla IV del Baremo y que la cantidad indemnizatoria resultante de la aplicación de esos factores correctores no puede tacharse de confiscatoria, mientras el perjudicado no solicite y obtenga el máximo posible de las indemnizaciones complementarias por perjuicios económicos y por incapacidad permanente, según el tramo que corresponda a su situación, y, simultáneamente, demuestre cumplidamente que la suma obtenida no basta para resarcir el lucro cesante que ha sufrido y probado en el proceso.

La función de fijar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de accidente laboral y enfermedad profesional es propia de los órganos judiciales de lo social de la instancia, siempre que en el ejercicio de tal función les guíe la íntegra satisfacción del daño a reparar, así como, que lo hagan de una forma vertebrada o estructurada que permita conocer, dadas las circunstancias del caso que se hayan probado, y que la cantidad indemnizatoria que se compensan y la cuantía indemnizatoria que se reconoce por cada uno de ellos, razonándose los motivos que justifican esa decisión. Para realizar tal función el juzgador puede valerse del sistema de valoración del Anexo a la Ley aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2004, donde se contiene un Baremo que le ayudará a vertebrar y estructurar el "quantum" indemnizatorio por cada concepto, a la par que deja a su prudente arbitrio la determinación del número de puntos a reconocer por cada secuela y la determinación concreta del factor corrector aplicable, dentro del margen señalado en cada caso. Ese uso facilitará, igualmente, la acreditación del daño y su valoración, sin necesidad de acudir a complicados razonamientos, ya que la fundamentación principal está implícita en el uso de un Baremo aprobado legalmente. Precisamente por ello, si el juzgador decide apartarse del Baremo en algún punto deberá razonarlo, pues, cuando una tasación se sujeta a determinadas normas no cabe apartarse de ellas, sin razonar los motivos por los que no se siguen íntegramente, porque así lo impone la necesidad de que la sentencia sea congruente con las bases que acepta.

La aplicación del Baremo comportará un trato igualitario de los daños biológicos y psicológicos, así como de los daños morales, pues, salvo prueba en contrario, ese tipo de daños son similares en todas las personas en cuanto a la discapacidad y dolor que comportan en la vida íntima, en las relaciones personales, familiares y sociales (incluidas las actividades deportivas y otras lúdicas). Las diferencias dañosas de un supuesto a otro se darán, principalmente, al valorar la influencia de las secuelas en la capacidad laboral, pero, al valorar esa circunstancia y demás que afecten al lucro cesante, será cuando razonadamente el juzgador pueda apartarse del sistema y reconocer una indemnización mayor a la derivada de los factores correctores por perjuicios económicos que establecen las Tablas IV y V del Baremo, ya que, como no es preceptiva la aplicación del Baremo, puede valorarse y reconocerse una indemnización por lucro cesante mayor que la que pudiera derivarse de la estricta aplicación de aquél, siempre que se haya probado su realidad, sin necesidad de hacer uso de la doctrina constitucional sobre la necesidad de que concorra culpa relevante, lo que no quiere decir que no sea preciso un obrar culpable del patrono para que la indemnización se pueda reconocer.

Por otro lado conviene examinar si se trata de determinar si estamos ante una deuda nominal o de valor, esto es si el daño se debe cuantificar al tiempo del accidente (teoría no-

el "quantum" indemnizatorio del hecho juzgado, requisitos que no se habían observado en el caso en ella contemplado, lo que dio lugar a que se otorgara el amparo solicitado.

El Sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que se estableció por la Adicional Octava de la Ley 30/1995 y que hoy se contiene, como Anexo, en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, viene siendo aplicado con carácter orientador por muchos Juzgados y Tribunales de lo Social. Pese a las críticas recibidas, el denostado sistema de baremación presenta, entre otras, las siguientes ventajas: 1ª.- Da satisfacción al principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9-3 de la Constitución, pues establece un mecanismo de valoración que conduce a resultados muy parecidos en situaciones similares. 2ª.- Facilita la aplicación de un criterio unitario en la fijación de indemnizaciones con el que se da cumplimiento al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. 3ª.- Agiliza los pagos de los siniestros y disminuye los conflictos judiciales, pues, al ser previsible el pronunciamiento judicial, se evitarán muchos procesos. 4ª.- Da una respuesta a la valoración de los daños morales que, normalmente, está sujeta al subjetivismo más absoluto. La cuantificación del daño corporal y más aún la del moral siempre es difícil y subjetiva, pues, las pruebas practicadas en el proceso permiten evidenciar la realidad del daño, pero no evidencian, normalmente, con toda seguridad la equivalencia económica que deba atribuirse al mismo para su completo resarcimiento, actividad que ya requiere la celebración de un juicio de valor. Por ello, la aplicación del Baremo facilita la prueba del daño y su valoración, a la par que la fundamentación de la sentencia, pues como decía la sentencia del T.S. (Sala 2ª) de 13 de febrero de 2004, la valoración del daño con arreglo al baremo legal "es una decisión que implícitamente indica la ausencia de prueba sobre los datos que justifiquen mayor cuantía y que, por ende, no requiere inexcusable (mente) de una mayor fundamentación. Entendiendo que la exigencia constitucional al respecto se satisface cuando la decisión por su contenido y naturaleza permite conocer las razones que la fundan, aunque estén implícitas o muy laconicamente expresadas". Y es que, aún admitiendo las dificultades que entraña la elaboración de un sistema de valoración de daño, es lo cierto que, sobre todo cuando se trata de daños morales, goza de mayor legitimidad el sistema fijado por el legislador con carácter general que la valoración efectuada por los órganos jurisdiccionales con evidente riesgo de quebra de los principios de igualdad y de seguridad jurídica, pues las invocaciones genéricas a la prudencia del juzgador y a la ponderación ecúmene de las circunstancias del caso que realiza no son garantía de corrección, ni de uniformidad resarcitorias.

La constitucionalidad del sistema de valoración que nos ocupa ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional que de las diversas cuestiones de inconstitucionalidad propuestas, en su sentencia núm. 181/2000, de 29 de junio, resolvió: que el sistema valorativo del que hablamos es de aplicación obligatoria por los órganos judiciales; que el sistema no atenta contra el derecho a la igualdad o a un trato no discriminatorio; que tampoco atenta contra lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, ni supone una actuación arbitraria de los poderes públicos y que no constituye un atentado contra la independencia judicial, ni contra el principio de tutela judicial efectiva, para terminar declarando la inconstitucionalidad de la letra B de la Tabla V del baremo, en cuanto al factor corrector por perjuicios económicos de la incapacidad temporal, siempre que concurría culpa relevante, judicialmente declarada del autor, y que el perjudicado acreditase que los daños y perjuicios económicos habían sido mayores que los recono-

Y, si bien la fecha del accidente es la que determina la norma aplicable es cierto que, si se aplica la teoría valorista, como se trata de una deuda de valor, la cuantía del daño debe actualizarse a la fecha de su cuantificación, fecha que coincidirá con la de la sentencia que lo determina, pues en otro caso la pérdida de valor adquisitivo perjudicará al acreedor, resultado contrario al fin perseguido, esto es a la "restitutio ad integrum", solución acorde con lo dispuesto en los principios orientadores de la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del C.E. de 14 de marzo de 1975.

V. LA COMPENSACIÓN DE INDEMNIZACIONES LABORAL Y CIVIL

Si las reglas de la responsabilidad civil obligan a reparar íntegramente el daño causado, el mundo de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales cuenta con una normativa que asigna a cada tipo de daño una suma de dinero uniforme y de cuantía idéntica para todas las víctimas. Es éste un ámbito en el que la Seguridad Social atribuye una cantidad fija a cada tipo de lesión. Lo mismo da que para una víctima concreta la lesión suponga mayor quebranto que para otra: aunque la pérdida del brazo implique mayor daño para un tenista profesional que para el gerente de una piscifactoría, o aunque la situación de la muerte del trabajador que deja viuda e hijos no sea la misma que la del que muere soltero y sin descendencia, el sistema de la Seguridad Social no discrimina las peculiaridades de cada caso concreto, y sus prestaciones actúan de manera automática.

Pero la percepción de estas prestaciones legales no impide que se puedan obtener otras indemnizaciones. Así, si un trabajador es atropellado caminando del trabajo por un vehículo de motor, la Seguridad Social considera el hecho como accidente de trabajo (art. 115.2.a L.G.S.S.)¹⁴, y tendrá derecho a la suma correspondiente. Pero, además, la víctima podrá obtener la indemnización del causante del daño o de la compañía aseguradora de éste. Y lo mismo diremos si el accidente de trabajo se sufre como consecuencia de la falta de medidas de seguridad del propio empresario. Una cosa es, pues, la responsabilidad laboral, que obliga al empresario a través de la Seguridad Social, y cuya suma se obtiene por el mero hecho de ser quien la solicita un *trabajador accidentado* (por causa propia, del empresario o de un tercero), y otra bien distinta la responsabilidad civil, que obliga al causante del daño (ya sea, repito, el empresario o un tercero) a repararlo, y para cuya exigencia hay que demostrar la concurrencia de los elementos de la responsabilidad. En un caso el *título legitimador* es la condición de trabajador; en el otro, la condición de víctima. La circunstancia de haberse obtenido con cargo al sistema público de aseguramiento social una determinada suma no excluye, pues, la posibilidad de obtener la indemnización que corresponda al amparo de las normas civiles, como reiteradamente dice la jurisprudencia¹⁵.

¹⁴ Lo mismo si se trata de accidente sufrido en el desempeño de cargos electivos (art. 115.2b) o de tareas ejecutadas en cumplimiento de órdenes del empresario o espontáneamente en interés de la empresa (art. 115.2c) o en actos de salvamento (art. 115.2d), o de enfermedades contraídas con motivo de la realización de su trabajo (art. 115.2e), contraídas anteriormente pero que se agraven por consecuencia del accidente laboral (art. 115.2f) o que sean consecuencia del proceso patológico determinado por el accidente (art. 115.2g). Una buena descripción del concepto de accidente de trabajo en ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones*, págs. 55 y ss.

¹⁵ En el caso de que el empresario haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta y cotización, el pago no correrá a cargo de las entidades gestoras, sino del propio empleador, como se deduce de los

minimalista) o al tiempo de su cuantificación (teoría valorista). La doctrina se ha inclinado por considerar que estamos ante una deuda de valor porque el nominalismo impide la "restitutio in integrum", porque la congrua satisfacción del daño requiere indemnizar con el valor actual del mismo y no dar una cantidad que se ha ido depreciando con el paso del tiempo, pues no se trata de obligar a pagar más, sino de evitar que la inflación conlleve que se pague menos. El principio valorista es acogido, a estos efectos, por el artículo 141-3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde se establece que la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que se produjo la lesión, sin perjuicio de su actualización con arreglo al índice de precios al consumo a la fecha en que se ponga fin al procedimiento. Y es recomendado como rector por el Principio General I del Anexo a la Resolución (75-7) del Comité de Ministros del C.E., de 14 de marzo de 1975. También lo ha acogido la jurisprudencia, siendo de citar en este sentido las SSTs (Sala 1ª) de 21 de enero 1978, 22 de abril de 1980, 19 de julio de 1982, 19 de octubre de 1996 y de 25 de mayo y 21 de noviembre de 1998, entre otras, como las dictadas por la Sala II de este Tribunal el 20 de enero de 1976, el 22 de febrero de 1982, el 8 de julio de 1986 y el 14 de marzo de 1991.

Pero, sentado que estamos ante una deuda de valor, conviene recordar que en este ámbito jurisdiccional, desde la sentencia del T.S. de 1 de febrero de 2000 (Sala 4ª), los efectos jurídicos del accidente laboral se vienen anudando a las normas legales o convencionales vigentes al tiempo de su producción, lo que, unido a lo dispuesto en la regla 3ª del punto Primero del Anexo, donde se dispone que, a efectos de la aplicación de las tablas, "la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la referida a la fecha del accidente", nos obliga a concluir que las normas vigentes al tiempo del accidente son las que determinan el régimen jurídico aplicable para cuantificar la indemnización y determinar el perjuicio, según la edad de la víctima, sus circunstancias personales, su profesión, las secuelas resultantes, la incapacidad reconocida, etc.

El principio valorista obliga a actualizar el importe de la indemnización con arreglo a la pérdida del valor adquisitivo que experimente la moneda, para que el paso del tiempo no redunde en beneficio del causante del daño, pues la inflación devaluó el importe de la indemnización. Por ello, si se trata de reparar íntegramente el daño causado, es claro que el importe de la indemnización debe fijarse en atención a la fecha en que se cuantifica el daño, esto es al momento de dictarse la sentencia de instancia que lo reconoce, cuantifica y determina el deber de indemnizar, ya que, cualquier otra solución sería contraria a los intereses del perjudicado. En apoyo de esta tesis puede citarse la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa antes citada (números 2 y 3 del principio general I). Fijar en un momento anterior el día en que la indemnización se actualiza lesiona los intereses de la víctima, pues, normalmente, se verá perjudicada por la pérdida de valor de la moneda. A partir de la fecha de la sentencia de instancia, el perjudicado conservará el poder adquisitivo mediante el cobro de los intereses por mora procesal del artículo 576 de la L.E.C. y en su caso mediante el cobro de los intereses del artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro. En el sentido indicado de que es deuda de valor se han pronunciado recientemente dos sentencias del T.S. (Sala 1ª) de 17 de abril de 2007, aunque resuelven que el valor se actualiza a la fecha del alta médica o de constatación definitiva de las secuelas o daño causado.

Esto es discutible porque en mi opinión deben distinguirse tres fechas: la del hecho causante, aquella en la que se constatan las secuelas y aquella en la que se fija la indemnización.

que debía deducirse el 75 por 100 de los salarios que el accidentado había dejado de percibir durante sus dos años de convalecencia, y que constituía una cantidad debidamente cubierta por la Seguridad Social. La sentencia distingue muy bien entre las cantidades perfectamente cuantificables y las correspondientes a perjuicios de imposible valoración en términos de equivalencia: la doctrina de la compatibilidad se circunscribe a los "perjuicios genéricos, que no tienen un módulo cuantitativo prefijado, como son los daños morales, valoración derivada de pérdida de la vida o incapacidad, secuencias indemnizatorias compatibles en lo laboral y lo civil, y que no devengan del mero accidente laboral surgido en el normal desarrollo del trabajo, pero no tiene adecuada aplicación al supuesto, ahora producido, de perjuicios específicos, como es la falta de percepción de salario, pues que el mismo queda reparado por el hecho de percepción, cualquiera que sea su origen, de la cantidad correspondiente por ese específico perjuicio, toda vez que (...) no puede entenderse perjudicado el que ha percibido lo que le correspondía percibir en la actividad laboral durante el período de tiempo que no ha podido desempeñarlo, y el hacerlo significaría un enriquecimiento injusto por parte del receptor, que vería indebidamente incrementado su patrimonio por duplicidad en su causa perceptora"¹⁸.

Con posterioridad, la STS (Sala 4ª) 17 febrero 1999 (RJ 2598), para un caso en el que el trabajador había perdido la visión de un ojo por saltarle una esquirla metálica, también entendió que "deben detraerse o computarse las prestaciones reconocidas en base a la normativa protectora de la Seguridad Social". También erróneamente a mi parecer, pues lo correcto no es la compensación total sino por conceptos, como más adelante explicaré.

En definitiva, como pone de manifiesto YZQUIERDO TOLSADA, nueva y lamentable falta de sintonía entre las Salas de lo Civil y de lo Social del Tribunal Supremo, que no se quieren poner de acuerdo en las dos cuestiones más básicas: *ante quién se deben pedir las indemnizaciones exigidas del empresario y qué se puede pedir*. Añádase a ello que el orden contencioso-administrativo tampoco tiene problemas en admitir demandas de responsabilidad civil por accidentes laborales o enfermedades profesionales, lo que se traduce en una no demasiado clara jurisprudencia, también en esta jurisdicción, acerca de la compatibilidad de las indemnizaciones¹⁹.

²⁰ Conviene reseñar que la mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada "compensatio lucrì cum damno", compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1-4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torcíteramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias

Pero el problema consiste en determinar hasta dónde llega esa compatibilidad, pues de entrada adelanto que el que exista una concurrencia de indemnizaciones complementarias basada en la inicial diversidad de la causa de pedir no puede determinar que se obtenga una duplicidad indemnizatoria, pero tampoco que se compense directamente una indemnización con otra, pues debemos estar al concepto en que se abona cada indemnización, para compensar conceptos homogéneos, es decir, que no se puede compensar una indemnización por daño moral con otra indemnización recibida en concepto de daño patrimonial.

Como dice YZQUIERDO TOLSADA²⁰, a la viciousa forma que tiene nuestro sistema de configurar el auxilio al trabajador accidentado con los moldes propios de las necesidades o coberturas abstractas se añade el malhadado conflicto de jurisdicciones. Ello determina que constantemente estemos leyendo sentencias sobre responsabilidad civil del empresario por accidentes de trabajo, que lo mismo proceden de la Sala de lo civil que de la de lo social. Pero si en la jurisdicción civil lo normal es que se hable, sin precisar, de esa plena compatibilidad de indemnizaciones²¹, ya se advierte un criterio distinto y más correcto en la jurisdicción social. Así, la STS (Sala 4ª) 10 diciembre 1998 (RJ 10501) establece que, si el Derecho ha de ser interpretado como un todo armónico en el que los distintos órdenes jurisdiccionales no pueden ser concebidos como compartimentos estancos independientes entre sí, el *quantum* indemnizatorio ha de ser único: " (...) no puede hablarse que estemos en presencia de dos vías de reclamaciones compatibles y complementarias y al mismo tiempo independientes, en el sentido de ser autónomas para fijar el importe de la indemnización, sin tener en cuenta lo que ya se hubiera recibido con esa misma finalidad de resarcir el perjuicio, pues estamos ante formas de resolver la única pretensión indemnizatoria, aunque tenga lugar ante vías jurisdiccionales o procedimientos diversos que han de ser estimadas formando parte de un total indemnizatorio". La STS, excepcional en la Sala 1ª, de 31 mayo 1985 (EDE 7393), entendió

arts. 96 y 104.3 L.G.S.S. Este último precepto concluye: "sin perjuicio de las responsabilidades penal y administrativa que procedan". La responsabilidad penal se establece en el art. 307 C.pen., y de la administrativa se ocupan los arts. 22.5 y 40 del Texto Refundido de la sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. La jurisprudencia social viene distinguiendo los incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios, de los definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar, y sólo aplica la responsabilidad directa del empresario (y subsidiaria del INSS) en los segundos. Ver últimamente las SSTs (Sala 4ª), 13 noviembre 2000 (EDE 44503), 15 diciembre 2000 (EDE 55699), 16 enero 2001 (EDE 379), 5 febrero 2001 (EDE 3013), 12 febrero 2001 (EDE 3030), 22 febrero 2001 (EDE 3058), 5 marzo 2001 (EDE 3081).

¹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil de los empresarios en los accidentes laborales*. VI Congreso de Derecho de Seguro y Responsabilidad Civil celebrado en Cádiz en Junio de 2002.

¹⁹ Por escoger sólo sentencias de los últimos años que argumentan desde la tesis de la completa independencia, ahí están, en la Sala Primera, las SSTs 8 noviembre 1990 (EDE 10185), 5 diciembre 1995 (EDE 6379), 19 diciembre 1996 (EDE 8621), 12 mayo 1997 (EDE 3578), 19 mayo 1997 (EDE 3798), 11 diciembre 1997 (EDE 9825), 18 mayo 1999 (EDE 9706), etc. La STS 3 marzo 1998 (RJ 1044) es una de las que sintetiza con mayor contundencia esta forma de ver las cosas, cuando afirma que no se puede ignorar que "el orden civil es compatible con el orden social, que nada vincula a aquel lo decidido por éste, por lo que las cantidades obtenidas por las prestaciones laborales, nada tienen que ver con las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual". Y ello es así porque esta Sala, según la STS 13 julio 1998 (El Derecho 11371), no está vinculada "más que por el imperio de la ley y su propia interpretación jurisprudencial". En la jurisprudencia penal, puede verse la STS (Sala 2ª) 28 noviembre 1989 (EDE 10625).

moral, al fijar el monto total de la indemnización, pues solo cabe compensar lo reconocido por lucro cesante en otro proceso con lo que por ese concepto se otorga en el proceso en el que se hace la liquidación. Y así con los demás conceptos, por cuánto se deriva del artículo del artículo 1.172 del Código Civil que el pago imputado a la pérdida de la capacidad de ganancia no puede compensarse con la deuda derivada de otros conceptos, máxime cuando la cuantía e imputación de aquél pago las marca la Ley, pues no son deudas de la misma especie.

Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado opere, solamente, sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. La compensación parece que será más compleja cuando la cuantía de la indemnización se haya fijado atendiendo con carácter orientador al sistema para la valoración de los daños y los perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que se contiene en el Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, pero la dificultad dicha es más aparente que real.

En efecto, el citado Baremo establece diferentes indemnizaciones por los distintos conceptos que se contemplan en sus seis Tablas, con la particularidad de que las cantidades resultantes por cada concepto son acumulables. En la Tabla V se regula el cálculo de las indemnizaciones por incapacidad temporal de manera que en el apartado A se establece una indemnización básica por día, fijada en función de si existe o no estancia hospitalaria y en el segundo caso de si existe o no incapacidad laboral, mientras que en el apartado B se establece un factor corrector en función de los salarios anuales cobrados por la víctima. Será, pues, el factor corrector, fijado en atención a los ingresos anuales de la víctima, el que teóricamente se pueda computar para descontarle las prestaciones por incapacidad temporal que cobre el perjudicado, por cuanto, como la indemnización básica se reconoce a toda víctima de un accidente, trabaje o no, se haría de peor condición al trabajador sin justificación alguna, caso de que se le abonara menos por el concepto de daños morales y demás que abarca el citado apartado A. Ahora bien, si se estima que con el factor corrector del apartado B, se puede resarcir el lucro cesante, es claro que la compensación sólo operará en cuanto el importe del factor corrector exceda del 25 por 100, por cuánto, salvo que se pruebe el cobro de una mejora de la prestación, el subsidio por incapacidad temporal es del 75% del salario cobrado al tiempo del accidente, razón por la que la integra reparación del perjuicio requiere que el factor corrector sea superior al 25 por 100 para que proceda su compensación total o parcial, habida cuenta, además, del resto de las circunstancias concurrentes.

Especial consideración merece el descuento del capital coste de la prestación por incapacidad permanente reconocida por la Seguridad Social y, en su caso, del importe de la indemnización por incapacidad permanente parcial o por lesión permanente no invalidante que se hayan reconocido por la Seguridad Social. Ante todo, conviene recordar que las prestaciones de la S.S. se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia, para compensar la merma económica que supone una incapacidad laboral, así como que la responsabilidad principal del pago de esa prestación, al igual que la de la incapacidad temporal, es de la Mutua aseguradora con la que el empresario contrató el seguro de accidentes de trabajo o, caso de incumplir el deber de aseguramiento, del empresario.

indemnizaciones se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto. Así lo entendió ya el T.S. (Sala 1ª) en su sentencia en 15 de diciembre de 1981, donde se afirmaba... "el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (compensatio lucrí cum damno), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja, según la opinión de autorizada doctrina, lo cual, en definitiva, no es más que la aplicación del tradicional y siempre vigente principio del enriquecimiento injusto". Para concluir, resaltar que la idea es que cabe que el perjudicado ejercite todas las acciones que le reconozca la Ley para obtener el resarcimiento total de los daños sufridos, pero que esta acumulación de acciones no puede llevar a acumular las distintas indemnizaciones hasta el punto de que la suma de ellas supere el importe del daño total sufrido, ya que, como ha señalado algún autor, de forma muy resumida, la finalidad de las diversas indemnizaciones es "reparar" y no "enriquecer".

El principio comentado de la "compensatio lucrí cum damno" ha sido aceptado por la Sala (IV) que lo ha aplicado, entre otras, en sus sentencias de 30-9-1997 (Rec. 22/97), 2 de febrero de 1998 (Rec. 124/97), 2 de octubre de 2000 (Rec. 2393/99), 10 de diciembre de 1998 (Rec. 4078/97), 17 de febrero de 1999 (Rec. 2085/98), 3 de junio de 2003 (Rec. 3129/02) y 9 de febrero de 2005 (Rec. 5398/03), 1 de junio de 2005 (Rec. 1613/04) y 24 de abril de 2006 (Rec. 318/05). En ellas, resumidamente, se afirma que, como el daño a reparar es único, las diferentes reclamaciones para resarcirse del mismo que pueda ejercitar el perjudicado, aunque compatibles, no son independientes, sino complementarias y computables todas para establecer la cuantía total de la indemnización. De tal solución sólo se han apartado con respecto al recargo de las prestaciones por falta de medidas de seguridad las sentencias de 2 de octubre de 2000 y 14 de febrero de 2001, entre otras, en las que se ha entendido que, dado el carácter sancionador del recargo, ya que con el se pretende impulsar coercitivamente el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, procede su acumulación a la indemnización total, pues, al estar ante un daño punitivo, el legislador quiere que el perjudicado perciba una indemnización mayor por cuenta del causante del daño.

Los artículos 1101 y 1106 del Código Civil nos muestran que quien causa un daño a la integridad de una persona debe repararlo íntegramente. El daño tiene distintos aspectos: las lesiones físicas, las psíquicas, las secuelas que dejan unas y otras, los daños morales en toda su extensión, el daño económico emergente (como los mayores gastos a soportar por el lesionado y su familia en transportes, hospedajes, etc.) y el lucro cesante, cuya manifestación es la pérdida de ingresos de todo tipo, incluso la pérdida de las expectativas de mejora profesional. Si todos esos conceptos deben ser indemnizados y a todos ellos abarca la indemnización total concedida, es claro que la compensación de las diversas indemnizaciones debe ser efectuada entre conceptos homogéneos para una justa y equitativa reparación del daño real. Por ello, no cabrá compensar la cuantía indemnizatoria que se haya reconocido por lucro cesante o daño emergente en otra instancia, con lo reconocido por otros conceptos, como el daño

Por su parte, el factor corrector por perjuicios económicos de la tabla IV del Baremo, podría considerarse compensable con las prestaciones de la Seguridad Social en indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo, pues se reconoce en función de los ingresos salariales que la víctima tenía o podía tener.

VI. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA 4ª) DE 17 DE JULIO DE 2007: UN ANTES Y UN DESPUÉS

Lo expuesto en el apartado anterior ha sido magistralmente plasmado en la Sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de fecha 17 de julio de 2007, dictada en Sala General y de la que es ponente José Manuel LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, que representa un antes y un después en materia de compensación de indemnizaciones, pues establece que esta no puede realizarse de forma indiscriminada, sino que tiene que operar a través de conceptos homogéneos, de tal manera que las prestaciones sociales al tener carácter resarcitorio patrimonial sólo pueden compensarse con aquellas partidas de la indemnización civil que respondan a ese mismo concepto, sin que, por tanto, puedan utilizarse para disminuir la indemnización asignada a los perjuicios de carácter personal.

Siento cierto pudor al referirme a esta sentencia, pues como ya han podido apreciar su ponente ha sido mi hermano José Manuel, motivo por el que me limito en este apartado a transcribir el comentario que de la misma hace MEDINA CRESPO²¹ en la Revista, que tengo el honor de dirigir, de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro:

"La sentencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007 es, muy posiblemente, la mejor sentencia que se haya dictado hasta la fecha, dentro del Tribunal Supremo, en relación con el funcionamiento general del sistema legal valorativo, correspondiendo naturalmente a un supuesto de responsabilidad civil empresarial por accidente de trabajo. Se trata de una sentencia tan excelente que, más que comentarla, lo hay que hacer es recomendar su lectura, pues cualquier análisis general que se le haga está llamado a ser, de primeras, pura repetición de sus ajustados fundamentos, para destacar su enorme grado de acierto. De todas formas, interesa puntualizar, sin servilismo literal, los extremos más destacables de su doctrina:

- 1.- *Mantiene que la responsabilidad civil por accidente de trabajo está sujeta al principio de la reparación íntegra, sin que se esté ante una proclamación de signo literario, sino ante la afirmación de un principio institucional que proyecta su fuerza normativa sobre la solución de los casos planteados.*
- 2.- *Afirma expresamente la fuerza normativa del principio de vertebración, proclamando que, para cuantificar los daños corporales en responsabilidad civil, es ineludible diferenciar los diversos conceptos dañosos y, consiguientemente, resarcitorios, separando los perjuicios personales y los perjuicios patrimoniales y discriminando, dentro de cada uno de ellos, los diversos subconceptos dañosos, para asignar a cada uno la suma que se estime pertinente.*
- 3.- *Contrastando la técnica de la pura judicialidad valorativa y la técnica de la legalidad valorativa en que consiste el sistema valorativo (con su utilización preceptiva; u orientativa, cual sucede en el caso del accidente laboral ajeno al tránsito motorizado), resalta la superioridad axiológica de la segunda técnica, en cuanto que sirve para la realización del principio de igualdad.*
- 4.- *Partiendo de la doctrina de las bases que permiten la censura casacional de la solución resarcitoria adoptada por el Tribunal de Instancia, se aliente al criterio, ya explicitado en diversas sentencias*

²¹ MEDINA CRESPO, Comentario a la STS (Sala 4ª) de 17 de Julio de 2007, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Nº 23 - Octubre 2007.

Por tanto, es lógico computar y deducir el cobrado de prestaciones de la Seguridad Social de la indemnización global, ya que, las mismas se han financiado con cargo al empresario, sea por vía del pago de primas de seguro, sea por aportación directa. Pero, si la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, dado que las prestaciones indemnizan por la pérdida de ingresos, éstas sólo se descontarán del total de la indemnización reconocida por lucro cesante. Ello sentido, procede señalar que, según el Baremo que nos ocupa, el lucro cesante sólo se resarce a través de algunos concretos factores correctores de los que recoge la Tabla IV, pues los pagos compensatorios reconocidos con base en otras tablas resarcen otros perjuicios (biológico, estético, etc.).

Es de destacar que el factor corrector por incapacidad permanente de la Tabla IV persigue reparar los daños y perjuicios que se derivan de la incapacidad permanente del perjudicado "para la ocupación o actividad habitual de la víctima", concepto que luego se divide en tres grados (los de incapacidad parcial, total y absoluta), que, aunque tengan connotaciones similares a las clases de incapacidad permanente que la L.G.S.S. establece en su artículo 137, no puede identificarse con el de incapacidad permanente que establece nuestro sistema de Seguridad Social. El significado semántico de las palabras empleadas en uno y otro caso, aunque parecido, es diferente, cosa lógica dado que el legislador regula situaciones diferentes, motivo por el que el significado de la expresión incapacidad para "la ocupación o actividad habitual" es distinto del sentido que tiene la "incapacidad permanente para el trabajo" (parcial, total o absoluta), cual corrobora el propio Baremo cuando en el capítulo especial del perjuicio estético de la Tabla VI, especifica en la regla de utilización novena, que la ponderación de la incidencia que el perjuicio estético tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales) se valorará a través del factor de corrección de la incapacidad permanente, lo que equivale a reconocer que ese factor corrector compensa por la incapacidad para actividades no profesionales.

Consecuentemente, el factor corrector que nos ocupa abarca tanto el perjuicio que ocasiona la incapacidad para otras actividades de la vida, lo que supone valorar lo que la doctrina francesa denomina "préjudice d'agrément", concepto que comprende los derivados de la privación de los disfrutes y satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida y de los que se ha visto privada por causa del daño, perjuicios entre los que se encuentra, sin ánimo exhaustivo, el quebranto producido para desenvolverse con normalidad en la vida doméstica, familiar, sentimental y social, así como el impedimento para practicar deportes o para disfrutar de otras actividades culturales o recreativas.

Por ello, en indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo, el capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensarse con la totalidad de lo reconocido por el factor corrector de la incapacidad permanente que establece la tabla IV del Baremo, ya que, éste repara diferentes perjuicios, entre los que se encuentra la incapacidad laboral. Así, quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc. etc.).

el aseguramiento del daño causado su responsable, cual ocurriría, por ejemplo, en el caso de autos si se accediese a las pretensiones de la aseguradora recurrente, ya que, de accederse a los descuentos por ella propugnados se llegaría al absurdo de que el perjudicado, al descontársele las prestaciones de la Seguridad social cobradas, no percibiría cantidad alguna, ni siquiera la mejora que establece el Convenio Colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1999.
 DESDENTADO DAROCA, *Otro frente en el conflicto entre el orden civil y el orden social sobre la responsabilidad empresarial por los accidentes de trabajo: La nueva demanda civil tras la desestimación de la demanda laboral*.
 (Comentario a la STS 1ª de 21 de febrero de 2006). Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro de INESE. Febrero 2007, págs. 4 y ss.
 FERNÁNDEZ AVILES, *La responsabilidad Civil en el ámbito de la Jurisdicción Social: Puntos críticos*. Segundo Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.
 Celebrado en Granada en Noviembre de 2002.
 GARCÍA MURCIA, *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
 GÓMEZ PÉREZ, *Indemnización civil e indemnización laboral: un intento de reconstrucción*, R.D.P. 1996, págs. 922 ss.
 GONZÁLEZ ORTEGA y APARICIO TOVAR, *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996.
 IGLESIAS CABERO, *A propósito de la competencia en materia de responsabilidad económica derivada de accidentes de trabajo*, La Ley, 18 de enero de 1999.
 LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, *La valoración del daño corporal en la jurisdicción social y la compensación de las indemnizaciones derivadas del accidente de trabajo*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Nº 22 - Julio 2007.
 MEDINA CRESPO, *Comentario a la STS (Sala 4ª) de 17 de Julio de 2007*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro Nº 23 - Octubre 2007.
 MOLINA NAVARRETE, *Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva "modernidad" de una institución jurídica clásica*, R.E.D.T., 1996, págs. 787 y ss.
 MOLTÓ GARCÍA, *El régimen jurídico de la prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 1998.
 MONEREO PÉREZ, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*.
La modernidad de una institución tradicional, Civitas, Madrid, 1992.
 MONTROYA MELGAR, *Sanción e indemnización: el recargo de las indemnizaciones por accidentes de trabajo*, A.D.C., 1967, págs. 515 y ss.
 PURCALLA BONILLA, *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral*.
Análisis crítico de su configuración jurídico-positiva, Comares, Granada, 2000.
 SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
 SECO GARCÍA-VALDECASAS, *Responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales*, Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro de INESE. Enero 2004, págs. 16 y ss.
 SERRANO ALONSO, *La responsabilidad civil nacida de accidente de trabajo*, Actualidad Civil, nº 1 de 1999.

de las Sala 1ª y 2ª del Tribunal Supremo, que es perfectamente aceptable la opción del juzgador que acoge el sistema legal para valorar los daños corporales ajenos al tránsito motorizado; y, sentado ello, afirma el principio de autovinculación, en virtud del cual, escogido el sistema como base jurídico-valorativa, tiene que atenerse a él y aplicar correctamente sus reglas, sin apartarse del mismo, salvo que medien circunstancias especiales que justifiquen de forma cumplida una valoración distinta.
 5.- Enfrentada la Sala a la cuestión de si la aplicación del sistema legal ha de efectuarse con criterio nominalista o valorista, se aparta expresamente del criterio sostenido por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de abril de 2007 y sostiene que, sobre la base de aceptar que la regulación aplicable es la vigente en la fecha del siniestro (al igual que ha puntualizado la indicada Sala), las cuantías resarcitorias deben ser objeto de actualización a la fecha del enjuiciamiento.
 6.- Se atiene al criterio de que las indemnizaciones civiles y las indemnizaciones laborales no son absolutamente compatibles e independientes, sino relativamente compatibles e interdependientes, pues unas y otras en junto están llamadas al cumplimiento del principio de la reparación íntegra, sin que el mismo pueda ser vulnerado por exceso con el reconocimiento de la indemnización civil por conceptos dañosos resarcidos en aplicación de la legislación protectora de la Seguridad Social.
 7.- A tal efecto, se atiene, como en sentencias anteriores de la propia Sala, a la estricta técnica del descuento, de tal manera que la indemnización civil tiene que ser reducida con la detección de las cuantías percibidas por las prestaciones sociales que de suyo sirven para evitar o paliar el lucro cesante que implica la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo.
 8.- Pero rectifica el carácter automático de la teoría del descuento para puntualizar como novedad que la compensación de las ventajas sociales con el valor de los daños padecidos no puede realizarse de forma indiscriminada, sino que tiene que operar a través de conceptos homogéneos, de tal manera que, sirviendo la prestación social para paliar el lucro cesante, su importe sólo debe ser computado reductoramente en la determinación de la indemnización civil que corresponda por tal concepto, sin que, por tanto, pueda utilizarse para disminuir la indemnización asignada a los perjuicios de carácter personal o a perjuicios distintos de carácter patrimonial.
 9.- Proyectada la anterior doctrina sobre el resarcimiento de los daños causados por las lesiones temporales, queda claro que, aplicado el sistema legal valorativo y, en concreto, la tabla V, el resarcimiento obtenido por la vía de la prestación social sólo puede servir para disminuir la valoración de los perjuicios que por lucro cesante se haya de reconocer como indemnización civil.
 10.- En lo que concierne a la computación de las ventajas constituidas por el resarcimiento que proporcionan las prestaciones sociales por incapacidad permanente, se atiene al mismo criterio y, a tal efecto, precisa que el descuento de su importe sólo puede proyectarse sobre la cantidad asignada por la aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos de la tabla IV y por la parte que se entienda adjudicada por perjuicios económicos de lucro cesante dentro del factor de corrección de la incapacidad permanente, sin que por ello pueda afectar la detección a su total importe.
 11.- Se acepta expresamente el criterio sentado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de marzo de 2007, respecto a la tesis interpretativa de la rigidez del doble tramo de intereses del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, reiterando el criterio ya sostenido en sentencia de la propia Sala de 16 de mayo de 2007."

A modo de conclusión me quedo con lo que la propia Sala 4ª del Tribunal Supremo dice al comienzo del inciso tercero del fundamento de derecho Tercero de esta Sentencia de fecha 17 de julio de 2007, dictada en Sala General: **"La aplicación del principio estudiado por esta jurisdicción ("compensatio lucri cum damno") debe ser objeto, no obstante, de ciertas matizaciones y correcciones, para que los automatismos en su aplicación no lleven a resultados contrarios al pretendido, como está ocurriendo. Si se persigue evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató**

VIDA SORIA, *Régimen jurídico de la protección contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Revista de Trabajo, nº 31, 1970, págs. 5 y ss.
 YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.
 YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil de los empresarios en los accidentes laborales*. VI Congreso de Derecho de Seguro y Responsabilidad Civil celebrado en Cádiz en Junio de 2002.

PLANTEAMIENTO GENERAL

- dentro del sistema legal de valoración de los daños personales (corporales) causados en accidente de circulación, la tabla IV, relativa a los factores de corrección de la indemnización básica por lesiones permanentes, contiene una regla que corresponde al concreto concepto dañoso de la "incapacidad permanente".
- es el tercero de los ocho factores aumentativos que, acogidos en ella, tienen por finalidad completar, en su caso, la indemnización básica que resulta del juego combinado de las tablas VI (Baremo médico de las lesiones permanentes y del perjuicio estético) y III (Baremo económico de las lesiones permanentes y del perjuicio estético), ponderándose así las circunstancias específicas de cada lesionado y, por tanto subjetivizando (personalizando), en un segundo momento lógico, un daño corporal que previamente ha sido objetivado y valorado como tal.
- el objeto de las presentes reflexiones está constituido por esta regla factorial que, dentro del entramado del subsistema tabular, es bastante incomprendida, según atestigua la práctica judicial; y es que, aunque es juicio que pueda sorprender, esta norma es, en gran medida, una gran desconocida.
- por ello, con frecuencia, deja indebidamente de aplicarse; y, cuando se maneja, suele hacerse con poco o nulo fuste técnico, siendo muy insulares las sentencias convincentes que la utilizan con completa precisión, proporcionando respuesta correcta a los diversos problemas que suscita cada caso concreto.
- es norma de la que, diez años después de haberse introducido, pocos saben por qué existe, de dónde viene y adónde va; los operadores jurídicos ignoran, pues, su razón de ser; ignoran lo que resarce; e ignoran lo que deja de resarcir.
- aunque, de inicio, pueda parecer exagerado, es norma que permanece, con frecuencia criticable, en estado vacacional; y ello por la conjunción de una serie de prejuicios (el laboral; el pericial; y el estructural) que, tergiversando su cabal sentido, inhabilitan su comprensión, no sabiéndose qué lugar ocupa dentro del edificio vertebrado del sistema legal.
- esos concretos prejuicios se desgranar a continuación, denunciando así la perjudicialidad con que se encara la perjudicialidad personal en que consiste la incapacidad o discapacidad permanente.
- esta realidad es particularmente grave cuando, además, con autosuficiencia descarada, se ignora la ignorancia y se cree saber lo que se desconoce, faltando la pertinente y necesaria reflexión.
- reflexión la apuntada que es imprescindible, pues se trata de una norma tan importante que constituye una de las piedras angulares con las que se construye el tratamiento resarcitorio de la perjudicialidad personal ligada al daño corporal irreversible, al ajustarse a la teoría normativa del trío de circunstancias que han de diferenciarse, a los efectos del cálculo indemnizatorio —los perjuicios generales, los perjuicios especiales y los perjuicios excepcionales—, para atender los niveles consecutivos de la individualización perjudicial, presupuesto imprescindible de la personalización resarcitoria.
- la falta de reflexión sobre su relevancia individualizadora, identificada con el que denominó perjuicio estructural, constituye, quizá, la principal razón por la que es la norma tabular que se vulnera con más contundencia y con más inconsciencia.

Incapacidades permanentes y su valoración

Mariano Medina Crespo

314 | MARIANO MEDINA CRESPO

ca atender a las específicas circunstancias relevantes de cada lesionado, cuando su lesión permanente genera efectos de carácter impeditivo.

- formuladas estas precisiones, puede acometerse de forma razonable el uso del factor, poniendo cierto orden en la riquísima casuística de los supuestos de hecho que encajan en él y a los que la práctica judicial tiene que dar cumplida respuesta resarcitoria; y ello mediante la construcción progresiva de un elenco o balance de actividades que, a la larga, lo más completo posible, debería insertarse en la regulación tabular.

La observación lógico-sistemática

- adviértase que, siempre que un perito médico emite un dictamen o informe sobre la sanidad de un lesionado y se refiere a sus lesiones temporales, compromete el criterio de si los días transcurridos hasta la curación fueron impeditivos o no, diferenciándolos en su caso.
- no hay médico forense ni perito médico al que se le ocurra decir simplemente que un lesionado ha tardado en curar un determinado número de días, pues siempre concreta si fueron impeditivos o no y, en su caso, cuántos fueron impeditivos y cuántos no lo fueron.
- si un perito médico emite un informe de sanidad y se limita a decir el número de días transcurridos hasta que el lesionado se curó, surge de inmediato la pregunta aclaratoria que salva el olvido: ¿fueron impeditivos o no? ¿lo fueron todos?
- esta técnica valorativa carece de excepción, de tal manera que el discrimen de días impeditivos y no impeditivos se predica de cualesquiera lesionados, incluyendo sin distinción los de primera, segunda y tercera edad (menores de 18 años; mayores de 18 años pero menores de 65; y mayores de 65 años).
- así sabemos cuánto tiempo estuvo impedido el niño lesionado (aunque sólo tenga unos meses de edad) y cuánto no lo estuvo, hasta que quedó curado o alcanzó la estabilización lesional; y lo mismo sucede si se trata de un anciano jubilado.
- con esto estamos ya advertidos de que el concepto de impedimento refiere a cualesquiera actividades de índole personal y no necesariamente a la actividad laboral que resulte abolida, limitada o entorpecida por la lesión temporal, pues los niños y los ancianos no trabajan y, no obstante, están afectados, en su caso, por la imposibilidad o la limitación de actividades.
- y esta percepción se obtiene sin necesidad de leer la regulación tabular que, en este caso, se concreta en el apartado A) de la tabla V, con su nota o llamada aclaratoria.
- esta nota o llamada aclaratoria, inserta a pie de tabla, proporciona la clave para captar el sentido del impedimento al que se refiere.
- según se define en ella, día impeditivo es aquél en el que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.
- se refiere a cualquier ocupación o actividad y no sólo ni necesariamente como tal a la laboral.
- de todas formas, la actividad laboral ocupa un lugar señero entre las actividades de la persona, aunque, huelga decirlo, sin un señorío exclusivo y excluyente, pues el desarrollo de la personalidad no se actualiza sólo a través del importante compromiso laboral.

- es norma que funciona, de forma predominante, como si fuera literaria, porque se aplica o deja de aplicarse por mor de su significante laboral; y esta música aboca en vincular el factor con la perjudicialidad patrimonial, siendo la fuente de la mayor parte de sus desdichas funcionales.
- es norma en la que se manifiesta de forma persistente la negligencia de la forensia, la *nec-legentia* de todos los implicados —abogados, peritos, tramitadores de siniestros, fiscales y jueces—, sin que la doctrina civilista, que apenas se ocupa del sistema, le haya prestado, en términos generales, la atención que merece, haciéndolo, en los pocos casos en que se ha ocupado de ella, con poca brillantez y, desde luego, de forma desenfocada, sucediendo lo mismo con los estudios, más abundantes, de los médicos legistas.
- es norma cuyo estudio *ab imis* daría lugar a una monografía de gran utilidad, con la que puntualizar los múltiples entresijos de su correcto funcionamiento.
- para aproximarnos a su análisis e instilar su contenido, justificando los juicios negativos que, con tanto vigor, dejo vertidos, hay que empezar por hacer un par de observaciones y desmenuzar su inmediato antecedente.
- sólo así puede captarse el cabal sentido fáctico y jurídico de este factor; sólo así puede comprenderse y asumirse, haciéndolo correctamente operativo (*ut uti valeat*), como herramienta de la justicia resarcitoria; y sólo así quedan sentadas las bases para su correcto manejo, alcanzando la individualización que justifica teleológicamente su novedosa introducción, como regla separada, dentro del sistema legal.
- de las observaciones indicadas, una es de carácter lógico-sistemático; y la otra, de carácter terminológico o lingüístico.
- son observaciones sinérgicas que, imantadas por completo, sirven para llegar a una misma conclusión.
- y lo mismo sucede con su antecedente histórico, que está constituido por el segundo de los factores de corrección que incluía la tabla IV del sistema orientativo de 1991.
- el estudio de este antecedente permite descubrir la razón de ser del factor que nos ocupa, definir su consistencia perjudicial y perfilar, por tanto, su consistencia resarcitoria, delimitando qué perjuicios resarce y qué perjuicios deja de resarcir, así como cuál debe ser el nivel cuantitativo de su resarcimiento, dentro de su correcta calificación de grado.
- se verá así que el factor sirve para compensar, de forma exclusiva y excluyente, el perjuicio personal de actividad, es decir, el específico perjuicio moral (extrapatrimonial, inmaterial) que, ligado a un menoscabo permanente de salud, genera la limitación de las actividades (normalmente reales; pero también, en su caso, potenciales) del lesionado.
- perjuicio (*plus* de perjuicio) que no es resarcido con la indemnización básica de las lesiones permanentes.
- se verá, en consecuencia, que este factor no sirve en absoluto para reparar el más mínimo perjuicio patrimonial.
- se trata de un factor que el intérprete tiene que civilizar, captando que es estrictamente civil (personal) y que, por tanto, tiene que ligarse en exclusiva al segundo nivel de la personalización perjudicial (el de los perjuicios particulares o especiales), lo que impli-

316 | MARIANO MEDINA CRESPO

INCAPACIDADES PERMANENTES Y SU VALORACIÓN | 315

- razonables, siendo constitutivas de un error palmario en el que, por ningún concepto, debía incurrir el TC, que abdica en realidad de su función censurativa.
- claro que, en su descargo, el TC no cuenta con una previa jurisprudencia ilustrativa que le relevaría de interpretar *ex novo* las reglas de la legalidad ordinaria en que consiste el sistema valorativo.
- curiosamente, el TC se ha visto impelido con frecuencia a interpretar virginalmente las reglas del sistema antes de que el TS haya tenido ocasión de hacerlo, siendo éste, y no aquél, el órgano decisor al que corresponde forjar la jurisprudencia como complemento, en este caso, de la legalidad valorativa.
- y, tal como están las cosas, no parece que tal jurisprudencia vaya a existir a corto plazo.
- pero la falta de razonabilidad que censura es cierta, porque la circunstancia de que un específico perjuicio personal (el reparado a través del factor de corrección) no se valore con el máximo tabular —el cual obviamente sólo corresponde en los casos extremos de extensión, intensidad y duración presumida del perjuicio— no puede exigirse, a la luz de una elemental razón (*interpretatio ad rationem*), en fundamento para denegar el resarcimiento de un lucro cesante que nada tiene que ver con aquel concreto menoscabo.
- y no pueden confundirse las churras con las merinas; confusión en la que se incurre cuando se habla, como se ha hecho expresamente “del daño moral derivado de la aparición de un lucro cesante o pérdida de ingresos”.
- lo cierto es que, en todo caso, el perito médico, como profesional técnico que asesora a las partes y al juzgador, debe pronunciarse siempre sobre el carácter impeditivo o no impeditivo de las lesiones permanentes, concretando, caso de afirmarlo, el nivel cualitativo y cuantitativo de las actividades afectadas.
- se trata de un deber que impone la naturaleza de la “cosa” valorativa y que, en estrictos términos legales, tiene su concreto fundamento normativo en la regla general 11ª del apartado primero del sistema.
- se trata de un deber que sistemáticamente es incumplido por los actores de la pericia médica, sin protesta de jueces y abogados, al ser (casi) todos ajenos a la entraña del factor.
- si, al informar o dictaminar sobre las lesiones transitorias, el perito se pronuncia preceptivamente sobre su efecto impeditivo, lo mismo debe hacer respecto de las lesiones permanentes, sin que pueda acudir a una cláusula de silencio que equivale a entender que se caracterizan por su carencia.
- lo cierto es que, si el perito describe las secuelas apreciadas y las mide sin más, parece que quiere decir que carecen de efecto impeditivo; y ello aunque notoriamente lo produzcan.
- pero ese silencio que, sin serlo, parece conspirativo, es casi siempre expresión de una falta de inquisición; ausencia movilizadora por la ignavia, por un prejuicio de desconocimiento respecto de la significación y alcance del factor considerado.
- se trata del lamentable perjuicio laboral, con el que se malversa la regla factorial.
- idea preconcebida que lleva a considerar que no hay más incapacidad permanente que la laboral, conectando el factor con la pérdida de capacidad productiva.

- por otra parte, el trabajo no es en muchos casos fuente de placer; y, por tanto, no poder trabajar no es en sí necesariamente, dicho con crudeza y *cum grano salis*, una fuente de desdicha personal, aunque lo sea de desdicha patrimonial.
- después de todo, la palabra trabajo procede del latín *tripalium*, sustantivo con el que se definía un instrumento de tortura constituido por el cruce de tres palos; etimológicamente, pues, el trabajo es un tormento; aunque es, desde luego, más tormentoso no poder trabajar.
- cuando se trata de lesiones permanentes, el perito médico las describe y las mide como perjuicio fisiológico (daño psicofísico o anatómico-funcional), fijando el porcentaje del menoscabo que corresponda de acuerdo con las tasas previstas en la tabla VI del sistema legal.
- pero, en contraste con lo que acontece con las lesiones temporales, cuando dictamina sobre las permanentes, el perito médico no se plantea la necesidad de comprometer su parecer (es decir, sus conocimientos técnicos) respecto a si esas lesiones son impeditivas; salvo casos de discapacidad muy acusada de tipo laboral en que sí suele recogerse.
- por eso, prevista la existencia de secuelas, la incapacidad permanente no aparece incluida en los modelos sinópticos de informe que los médicos forenses elaboran de antemano para plasmar el resultado de su reconocimiento, una vez que el lesionado alcanza su sanidad.
- y esto es así, pese a que existe este concreto factor de corrección.
- lamentablemente, la práctica judicial demuestra que esta norma se aplica menos de lo que se debería (y, además, bastante mal), pese a que tendría que aplicarse con más asiduidad (y con gran riqueza de matices).
- no se aplica porque los abogados (posibilistas y complacientes con el lugar común) de los perjudicados no lo piden; y porque, en los pocos casos en que lo hacen (los abogados estudiosos, críticos y beligerantes), los jueces suelen denegarlo, por falta de base pericial, salvo que haya un reconocimiento oficial de una incapacidad laboral o productiva.
- en concreto, el factor no se aplica casi nunca en su grado inferior, pese a ser muchos los supuestos en que tendría que haberse utilizado.
- y, a veces, no se aplica en su grado superior, cuando el lesionado está afectado por una gran invalidez.
- por eso el factor padece del mal de sus extremos, al no aplicarse en estos casos.
- y, cuando se aplica, no se sabe con rigor por qué se aplica, pues se usa sin saberse el sujeto dañoso —el perjuicio— que resarce en verdad.
- sólo por desconocerse la consistencia perjudicial y resarcitoria de este factor, se han podido producir declaraciones como las que contienen al respecto las SSTC 42/2003, de 3 de marzo, y 222/2004, de 29 de noviembre, referentes a la peculiar significación que se adjudica al hecho de que los TT no hubieran establecido la suma máxima prevista en él, sirviendo su confusión para justificar la denegación del resarcimiento autónomo del lucro cesante causado por unas lesiones permanentes (laboralmente) impeditivas.
- si se tiene cabal conciencia de que el factor sirve sólo para reparar el perjuicio personal de actividad, se comprende que esas declaraciones hayan de tildarse de nada

- considerada una persona que goce de plenitud de salud, es decir, de una completa integridad psicofísica, se dice que cuenta con una plena capacidad o una plena validez, según terminología acuñada *ad hoc* por la Medicina Legal.
- pero esa integridad psicofísica, capacidad o validez puede resultar negativamente afectada mediante el daño corporal, consistente en la muerte o en la lesión.
- cuando el daño corporal no es el radical o absoluto en que consiste la muerte (*damnum mortis*), estamos ante el daño parcial o relativo en que consiste la lesión (*vulnus*), que puede ser sólo temporal o rematarse con un detrimento permanente.
- con vistas a su valoración, el estudio de la estructura del daño corporal exige ponderar, en primer lugar, su nivel estático, que corresponde al daño corporal emergente; y sólo después hay que ponderar su nivel dinámico, que refiere a la repercusión negativa (abolitiva o limitativa) que ese daño tenga sobre las actividades de la persona.
- para hacerse referencia al daño corporal en su nivel estático, se habla de que se tiene una salud quebrantada, un menoscabo de salud, un detrimento de salud o deficiencia, una lesión, un daño biológico, fisiológico, psicofísico, funcional, somático, orgánico o anatómico, queriéndose decir lo mismo cuando se dice, con concepto impropio pero asentado en la Medicina valorativa, que esa persona sufre una incapacidad (genérica, funcional, natural o fisiológica) o invalidez (genérica, funcional, natural o fisiológica).
- la lesión, menoscabo, detrimento o deficiencia de salud, sea temporal (baja) o permanente (secuela), puede producir un déficit de actividad, es decir, una incapacidad de actividad (dicho con fórmula pleonástica) o discapacidad.
- cuando se hace referencia al impedimento de actividad, se está ante el daño corporal en su expresión dinámica, configurándose así un concepto de incapacidad que es sinónimo de handicap, discapacidad o invalidez estricta; concepto que es el verdaderamente genuino, sin distorsiones extensivas.
- se está así ante la discapacidad o incapacidad *stricto sensu* que, como incapacidad personal, constituye su *sensus verus*.
- la discapacidad personal refiere a la existencia de unos perjuicios personales o morales que se producen porque quedan abolidas, limitadas o entorpecidas las actividades del lesionado, las personales y familiares, las cotidianas, las sociales y deportivas, las afectivas, las lúdicas, hedónicas o de disfrute o placer; y, naturalmente, las más esenciales de la vida (comer, vestirse, calzarse, andar, subir escaleras, llevar paquetes, coger pesos, correr, ver, oír, cocinar, conducir vehículos, subir en autobuses).
- a su vez, cuando la actividad afectada es la laboral o productiva, el impedimento genera también un perjuicio personal, aunque puede generar además un perjuicio económico por el lucro cesante o por la pérdida de capacidad de ganancia, de modo que la incapacidad laboral se ofrece con tal ambigüedad.
- según ha quedado ya apuntado y con la reserva de volver sobre ello, queda claro que el factor de la incapacidad permanente acoge cualquier discapacidad personal; y que, cuando es de signo laboral, la acoge sólo porque comporta (o en la medida en que comporte) una especie de discapacidad personal; puntualización esta última que es absolutamente fundamental.
- por eso, cuando un lesionado está afectado por una incapacidad permanente de tipo laboral, hay que personalizar su impedimento y desnutrirlo de cualquier significación patrimonial, pues los eventuales perjuicios económicos que le produzca tal situación

- prejuicio que, ausente de la más mínima base normativa, supone marginar el postulado individualizador que impone la razón valorativa.
- aunque resulte llamativo resaltarlo, el problema estriba en que, cuando el perito se refiere a la lesión temporal, parece que sabe lo que quiere decir al reputarla impeditiva o no, reconduciendo el concepto a una discapacidad de signo personal.
- pero, cuando dictamina la lesión permanente, sufre una inconsciente metamorfosis y tiende a identificar la incapacidad con el impedimento laboral, con lo que se comprueba que no se desconoce lo que legalmente significa.
- y esta confusión, que se produce pese a no existir la más mínima base normativa en que apoyar tal tipo de desviada conclusión, tiene un origen de cariz terminológico porque no se sabe qué significa la palabra incapacidad, pese a que se trata de un concepto básico.
- se desconoce así el supuesto de hecho del factor, su premisa fáctica; y se desconoce, por tanto, su consistencia resarcitoria.
- no se sabe, en definitiva, para qué sirve; y no se sabe que no se sabe, pues se cree que sirve para lo que, en verdad, no sirve ni puede servir.
- no se sabe que sirve, de forma exclusiva y excluyente, para reparar los perjuicios personales de actividad; y es que, se cree que sirve para reparar perjuicios de índole patrimonial, constituyendo así, en la práctica, su verdadero talón de Aquiles, porque, normalmente, dejan de resarcirse aquellos perjuicios personales y, por otra parte, los perjuicios económicos, si se resarcen, son resarcidos de forma insatisfactoria, casi siempre con defecto y, a veces, con exceso.
- por ello, el factor no se maneja en casos en que debe entrar en juego; y, cuando se utiliza, es frecuente hacerlo mal, hasta el punto que el factor se erige en factor determinante de que quede sin resarcir el lucro cesante causado por la lesión permanente que sea laboralmente impeditiva.
- y, a su vez, al desconocerse la consistencia del supuesto de hecho del factor, se soslaya, naturalmente, su consecuencia jurídica, es decir, la pertinencia del resarcimiento del perjuicio verdaderamente regulado.

La observación de índole semántica

- advirtase que el factor de la incapacidad permanente se refiere a la ocupación o actividad habitual del lesionado.
- es la expresión de la que se sirve la tabla V para definir el día de baja impeditivo.
- si, al tratarse de las lesiones temporales, hay que concretar si son o no impeditivas, al tratarse de las permanentes, debe efectuarse la misma especificación, concretándose si producen o no alguna discapacidad.
- y no es de recibo legal que deje de hacerse.
- al igual que en el caso de la lesión temporal, el impedimento o discapacidad que una lesión permanente produce es una discapacidad de signo personal.
- y ello es así porque, para fijar el resarcimiento pertinente, se manejan los mismos conceptos.
- pero, para aprehender el definitivo sentido de tal identidad, es imprescindible realizar previamente (aprender) una clarificación relativa al uso de una serie variada de conceptos ligados al daño corporal.

- pero adviértase que se decía que estaban incluidos en ese resarcimiento básico los perjuicios morales de las lesiones permanentes y también los perjuicios consistentes en la pérdida de disfrute o placer que, naturalmente, son también perjuicios de índole moral.
- se decía, pues, que estaban incluidos los perjuicios morales en general y, además, los específicos perjuicios ligados a la pérdida de disfrute o placer.
- estos últimos perjuicios son, según puntualiza el saber valorativo, los perjuicios personales que generan las limitaciones que impone la lesión permanente, restringiendo la aptitud para realizar las actividades con las que el individuo desarrolla su personalidad, con la consiguiente frustración puesto el factor (mejor dicho, el no-factor) al servicio de la intangibilidad general de la indemnización básica, se establecía que, excepcionalmente, debía aplicarse un porcentaje de aumento en función de la importancia del perjuicio ocasionado al incapacitado (sic) o a su cónyuge y familiares próximos.
- pero no se concretaba la consistencia fáctica de la excepcionalidad, siendo por ello un concepto técnicamente indeterminado.
- y no se puntualizaba en qué consistía la "importancia" de ese perjuicio que daba lugar a la excepcional aplicación del porcentaje aumentativo.
- pero, integrada la regla con la última de la tabla —la del recuadro separado—, se llegaba a la razonable conclusión de que el alcance positivo del factor era en extremo restrictivo, pues afectaba a los grandes inválidos y a otros perjudicados excepcionales, identificados con los cuasigrandes inválidos.
- afectaba, pues, la excepción a las macrolesiones y, como mucho, a las mesolesiones fronterizas con la gran invalidez.
- de esa forma, se recomendaba que, en términos generales, quedarán sin resarcir de forma específica (individualizada) los perjuicios morales causados por el efecto impeditivo de las lesiones permanentes, por haberse computado ya al cuantificar la suma básica.
- pero no era cierto en absoluto que los perjuicios personales de actividad se tuviesen en cuenta para fijar la indemnización básica y que, por tanto, quedarán resarcidos.
- y no lo era porque el apartado primero, referente a la "explicación del contenido del sistema", establecía que la cuantía de la indemnización básica por incapacidad permanente se fijaba teniendo en cuenta, en primer lugar, la incapacidad que restara al lesionado desde el punto de vista físico o funcional, medida a través de los puntos asignados a cada secuela (tabla VI); y ponderando, después, el valor de cada punto que determinaba la edad del incapacitado (tabla III).
- esto significa que las circunstancias subjetivas o específicas del lesionado no se computaban por definición en una indemnización básica, que expresamente se calificaba, con acierto, de objetiva.
- por eso se decía que los factores de corrección servían para "ajustar las indemnizaciones básicas de carácter objetivo a las circunstancias que concurrían, para cada caso concreto, en la víctima".
- se contradecía así el principio metódico de la adaptación subjetiva o circunstancializada con el que se pretendía definir la estructura modular del sistema, pues se adjudicaba una prevalencia secante al principio uniformador de la objetividad que presidía la construcción del baremo de la tabla VI.

- no se resarcen en absoluto a través de este factor, el cual contempla, exclusiva y excluyentemente, un estricto perjuicio personal.
- diferenciada así la dimensión estática y la dimensión dinámica del perjuicio fisiológico permanente, resta insistir en la razón por la que esta diferenciación es imprescindible en el ámbito de la disciplina valorativa atinente al daño corporal.
- el perjuicio fisiológico permanente en su expresión estática es idéntico en cualquier persona.
- y esta identidad determina que quede sometido su resarcimiento al principio igualitario; principio que implica valorar igual lo que es igual siempre, dando lugar a indemnizaciones uniformes.
- es el principio al que hace referencia el inciso primero de la regla general 7ª del apartado primero del sistema legal, aunque lo hace con defectuosa atribución, dado que lo predica de los perjuicios morales sin matización alguna; y no lo hace, en cambio, del perjuicio psicofísico, que es el que inequívocamente está sujeto a él.
- en cambio, el perjuicio fisiológico permanente en su expresión dinámica varía según las circunstancias personales (gustos y aptitudes), familiares y sociales de cada lesionado.
- y esta diferenciación se traduce en que su resarcimiento queda sometido al principio discriminatorio; principio que implica valorar desigualmente un mismo daño corporal cuando son desiguales sus efectos perjudiciales; y es que la misma lesión fisiológica puede producir en dos personas distintas perjuicios de actividad diversos.
- sobre la base de que la personalización resarcitoria cuenta con el presupuesto de la individualización perjudicial, la expresión estática del perjuicio fisiológico permanente integra su primer nivel; y la expresión dinámica, el segundo.

el antecedente histórico del factor

- para dar cumplida y correcta respuesta a las cuestiones que suscita el factor de que tratamos, es imprescindible hacer referencia al sistema de valoración orientativa que aprobó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991.
- se utiliza así el antecedente histórico como canon de hermenéusis, de acuerdo con lo establecido en el art. 3 del C.c.
- el sistema administrativo de 1991 contenía en su tabla IV el factor corrector de los perjuicios morales y de disfrute o placer.
- era su segundo factor.
- pues bien, a los efectos de nuestro concreto estudio, es imprescindible analizar esta regla y fijar cuál era su clave funcional y sus efectos.
- de esta forma, se descubre la parcialidad de su sofisticado y sibilino sentido, es decir, su lamentable sinrazón; y el nefasto efecto de su aplicación.
- como razón seguidamente, se trataba de un factor de corrección previsto para dejar casi siempre de corregir, para tornar en incorregible lo corregible.
- en virtud del mismo, los perjuicios morales de las lesiones permanentes —todos— estaban ponderados ya en el cálculo determinante de la indemnización básica.
- se pretendía, pues, que se aceptara que tales perjuicios quedaban ya resarcidos, naturalmente bajo un criterio igualitario (*prêt à porter*), con la suma señalada.

- y que, cuando se hablaba de incapacidad permanente, quería decirse lesión permanente, es decir, deficiencia permanente de salud, situación permanente del cuerpo en baja.
- es el inconveniente de las falsas amistades idiomáticas, pues lo que para los franceses (para los médicos legistas franceses, cultivadores originarios del saber valorativo; y para sus adláteres españoles) es tasa de incapacidad permanente, para nosotros es tasa o porcentaje de menoscabo permanente de salud.
- en este caso, el uso equivoco del lenguaje —al hablar de la incapacidad permanente para referirse a la lesión permanente y al hablar del incapacitado para referirse simplemente al lesionado— constituía un elemento disimulado de prestidigitación jurídica (interesadamente inconsciente), al transmitirse la equivocada idea de que la incapacidad incluía la discapacidad; salía así de la chistera tabular la idea de que se reparaba lo que no se valoraba.
- por eso, para evitar las confusiones conceptuales, debe proscribirse el uso del concepto "incapacidad permanente" para referirse a la "lesión permanente", debiendo distinguirse entre lesión permanente y discapacidad permanente, negando así la superposición de estos conceptos.
- de esa forma, se evita que, al hablarse de incapacidad permanente para referirse sólo a la lesión permanente, se crea que se está incluyendo su eventual efecto discapacitante, cuando ello es estrictamente incierto.
- esta línea de clarificación se abrió en el sistema legal de 1995, al hacer referencia el título de la tabla III a las "lesiones permanentes", sustituyendo a la expresión de "incapacidades permanentes" que contenía el título de la correlativa tabla del sistema orientativo de 1991.
- esta perspicuidad se introdujo también en las previas reglas explicativas del apartado segundo del sistema legal, donde se hace referencia a que el juego combinado de las tablas III y VI se corresponde, para las "lesiones permanentes", con la tabla I, para la muerte, suprimiendo la referencia que tenía el sistema orientativo a las "incapacidades permanentes".
- pero la aclaración (posiblemente, por la incuria de sus redactores) no se llevó a la totalidad del texto, pues, dentro de las propias reglas explicativas, se mantuvo el equivoco concepto de "incapacidades concurrentes", habiéndose de nuevo de "incapacidades permanentes" al referirse a la regla de la suma aritmética de los puntos funcionales y de los puntos estéticos.
- a su vez, el defecto de la turbiedad se mantuvo en la denominación de la tabla V, al referir su título a la indemnización por "incapacidad temporal", tal como hacía el sistema orientativo de 1991, manteniéndose el equivoco concepto de "incapacidades temporales" en la regla explicativa de dicha tabla, pese a ser nítido que se refiere a las "lesiones temporales".
- el defecto nace de los términos con que se expresa la regla general 4ª del apartado primero del sistema, en la que se habla de "incapacidades temporales" para referirse inequívocamente a las lesiones temporales, pues tales incapacidades pueden ser impeditivas o no impeditivas, según resulta de su plasmación en la tabla V; incurriendo en el mismo chapuz de expresión la regla general 11ª.

- afirmar, por tanto, como hacía el factor, que los perjuicios de disfrute o placer estaban incluidos dentro de la indemnización básica constituía una *contradictio in terminis*, constituyendo uno de los defectos técnicos más sobresalientes de aquel protosistema normativo que seguía aferrado parcialmente a la técnica tradicional de la globalidad, tan cara en nuestros lares judiciales.
- por eso hay que resaltar el carácter desorientador y despistante de dicha regulación, pues, en este punto, rendía tributo y pleitesía al principio global, que constituía y sigue constituyendo una tradición firmemente asentada en el ámbito de la judicialidad valorativa española; y ello, pese a que su propia existencia respondía a las exigencias racionales de la vertebración analítica del daño corporal.
- atendidas tales exigencias, debe advertirse que, desde una perspectiva valorativa, una cosa son los perjuicios morales causados en sí por las lesiones permanentes y otra los perjuicios morales de actividad, es decir, los causados por el efecto impeditivo de las lesiones permanentes.
- perjuicios generales, ordinarios o comunes, los primeros; y perjuicios especiales, particulares o extraordinarios, los segundos.
- inespecíficos e inherentes de suyo al perjuicio fisiológico, los primeros; específicos y adheridos al perjuicio fisiológico, los segundos.
- téngase en cuenta que la inherencia arguye la idea de necesidad y firmeza, mientras que la adhesión arguye la idea de contingencia y variación.
- unos, acompañan siempre a cualquier perjuicio fisiológico, siendo comunes para cualquier lesionado y, por tanto, valorables con un estricto criterio igualitario; los otros, en cambio, arguyen la existencia de un *plus* que sobrepuja la pura consistencia del perjuicio fisiológico y son propios de cada individuo, en atención a sus concretas condiciones y circunstancias personales.
- naturalmente, es elemental y de perfecto recibo que los perjuicios morales inherentes al perjuicio fisiológico se encuentren ponderados dentro de la indemnización básica, compartiéndola con él.
- y ello es así porque la objetividad del perjuicio fisiológico y del perjuicio moral inherente reclama que se resarzan mediante una indemnización conjunta y no mediante indemnizaciones separadas, dado que uno y otro están sujetos, por exigencias de su propia naturaleza, al principio igualitario.
- pero era estrictamente anómalo (más bien, atrabiliario y vergonzante) que se añadiera que la indemnización básica comprendía también los perjuicios consistentes en la pérdida de disfrute o placer, los cuales, adheridos al perjuicio fisiológico, son los perjuicios morales ligados a los efectos impeditivos de la lesión permanente, porque están de suyo sujetos al principio de discriminación o variabilidad.
- de esta forma, la negación del específico maleficio del lesionado se traducía, pasivamente, para el responsable (es decir, para su asegurador), en un auténtico beneficio.

De nuevo sobre la terminología de la que se vale el sistema

- por otra parte, repárese en que, siempre que se hablaba de incapacitado, quería decirse, no incapacitado en el sentido estricto con que se entiende usualmente en lengua castellana, es decir, impedido, sino lesionado para y simplemente, utilizando el concepto en un sentido amplio.

- por eso, incapacitado quiere decir “falta de capacidad o aptitud para hacer algo”; e incapaz significa “que no tiene capacidad o aptitud para hacer algo”.
- de acuerdo con estos significados, una lesión temporal puede ser o no incapacitante; y una lesión permanente puede, igualmente, ser o no incapacitante.
- incapacitado o inválido no es quien sufre una lesión, temporal o permanente, sino quien, por el efecto de una lesión temporal o permanente, está impedido o dificultado para realizar alguna de sus actividades.
- al igual que el sistema, cuando se refiere en su propio título a la valoración de los daños causados a las personas, alude exclusivamente a los daños corporales, utilizando una expresión genérica con un sentido restringido (sinécdoque consistente en denominar la parte por el todo), cuando habla de incapacidad o de incapacitado, suele estar queriendo decir lesión o lesionado (sinécdoque consistente en denominar el todo por la parte), aunque la palabra incapacidad se maneja en su correcto sentido al regular el factor de corrección de que tratamos.
- por tanto, cuando los incisos tercero y cuarto de la regla general 7ª del apartado primero del sistema hablan de “incapacidades preexistentes” y de “invalidades concurrentes”, quieren pura y simplemente decir lesiones permanentes preexistentes y lesiones permanentes concurrentes.
- en cambio, se emplea correctamente el concepto de “incapacitado permanente” en la definición del factor de corrección que refiere a la adecuación del vehículo propio, pues se trata de un lesionado que está impedido para conducir un vehículo de motor si éste no se adapta a las específicas circunstancias de su impedimento.
- postulo, en definitiva, que no se utilice la palabra incapacidad como concepto polivalente y que se reserve para su significación genuina, pudiendo la incapacidad o discapacidad ser de duración temporal o de duración permanente; y pudiendo ser una incapacidad personal o una incapacidad laboral, bajo el entendimiento de que la laboral es una forma de discapacidad personal.
- téngase en cuenta, en resolución, que el lenguaje sirve, por esencia, para entender, pero también, muchas veces, para confundir; y, en particular, esto sucede cuando una palabra es anfibológica y sirve para definir cosas que, distintas, están muy próximas e incluso se solapan.

La reacción doctrinal ante el factor originario: indiferencia, complacencia y displicencia

- explicada la consistencia del factor del sistema orientativo, es interesante recordar la reacción de la doctrina ante semejante previsión, sobre la base de que, en general, le pasó desapercibido, porque así aconteció con el conjunto normativo en el que estaba inserto.
- a tal efecto, hay que reseñar el criterio complaciente del profesor de Ricardo de Ángel Yáñez, excelente jurista, nuestro primer especialista universitario en responsabilidad civil y uno de los cuatro padres del sistema Seida que hizo suyo el Orden Ministerial de 1991.
- y hay que registrar seguidamente el criterio displicente de los médicos legistas Manuel García Blázquez y Blanca Pérez Pineda, pioneros españoles en el estudio maduro

- defecto el señalado en el que aquella regla no incurrió respecto de las lesiones permanentes, pues se llaman así, con la puntualización acertada de que pueden ser invalidantes o no invalidantes, siendo el factor de corrección del que tratamos el que se ocupa de regular el resarcimiento del específico perjuicio anudado a los efectos invalidantes que, en su caso, causan las lesiones permanentes.
- cristalizado el concepto equivoco en el sistema orientativo de 1991, el empleo de la expresión “incapacidades permanentes”, para referirse en realidad a las “lesiones permanentes”, se acogió en el “Baremo indicativo para la valoración de las incapacidades permanentes” (título de inequívoca resonancia francesa que adolece de la traición propia de la traducción: *traduttore, traditore*) que, como anexo, se añadió a las cinco tablas de que constaba el denominado sistema Seida’91, elaborado, en el seno de la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, por un Grupo de Trabajo integrado por cuatro juristas bien intencionados (Enrique Ruiz Vadillo, Ricardo de Ángel Yáñez, José-María Sotomayor Gippini y Joaquín Alarcón Fidalgo); Baremo aquel que se construyó a través de las aportaciones de Javier Alonso Santos y Francisco-José Parejo Maldonado, médicos de Mapfre Mutualidad.
- al asumir dicho sistema, la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991 convirtió dicho Baremo en una nueva tabla, siendo ésta la razón por la que, sin alterar la numeración originaria de las tablas confeccionadas, se añadió la VI, explicándose así el desorden de numeración de que adolece el sistema, pues es ilógico que la tabla IV preceda a la VI; desbarajuste que genera, desde luego, una molestia perturbadora al manejarse la regulación tabular, pues la lógica de la estructura tabular es que la tabla VI fuera la III, que la III fuera la IV, que la IV fuera la V y que la V fuera la VI, poniendo así juntas y ordenadas las tablas relativas a las lesiones permanentes, aunque sería más plausible que, por razón de la intensidad de su uso, la regulación tabular se iniciara con las lesiones temporales (en este caso se estaría ante la tabla I), que siguieran las lesiones permanentes (las tablas serían la II, III y IV) y finalmente la muerte (en cuyo caso las tablas serían las V y VI).
- de ahí surge, a su vez, quizá, el equivoco de que, con comodidad acrítica, se denomine usualmente Baremo, sin el más mínimo apoyo normativo, al sistema legal de 1995, pese a que el texto originario que fue acogido por la Orden Ministerial llamaba baremo sólo al indicativo de las lesiones permanentes, distinguiéndose entre ese baremo —que se configuraba como un anexo al sistema— y las tablas.
- en la actualidad, por vía interpretativa elemental, y en el futuro, mediante una adecuada reforma terminológica, el sistema legal valorativo debe ser gramaticalmente depurado, para que la palabra incapacidad se utilice siempre con el significado que tiene su primera acepción en el Diccionario de la Lengua Española.
- de acuerdo con esa acepción, incapacidad significa “falta de capacidad para hacer algo” y sólo como cuarta acepción la incapacidad refiere al “estado transitorio o permanente de una persona que, por accidente o enfermedad, queda mermada en su capacidad laboral”, tratándose en este caso de la “incapacidad laboral”.
- pero no hay ninguna acepción que permita ampliar el sentido de la palabra incapacidad e identificarla con una situación en la que no esté incluido el efecto impeditivo.
- si la persona no carece de capacidad para hacer algo, no hay incapacidad.

- ello es así porque el baremo médico de la tabla VI impedía contemplar la dimensión dinámica del perjuicio fisiológico.
- y luego, sorprendentemente, el baremo especial de la tabla IV se permitía afirmar que tal dimensión ya estaba contemplada en la tabla VI, salvo casos excepcionales.
- con el pretexto de impedir un solapamiento valorativo contrario al principio de la integridad reparatoria, no se podía valorar a través del factor lo que, sin ser cierto, se decía que ya había sido valorado previamente a través de la objetividad uniforme con que se fijaba la indemnización básica.
- se trataba de un estricto camelo normativo; de una regla mal intencionada; de una regla asaz mendaz, concebida para incautos.
- se trataba de congelar el resarcimiento de las lesiones permanentes, impidiendo, como criterio general, que la indemnización básica fuera incrementada; se criopreservaba de esta forma el resarcimiento de los perjuicios personales ligados a los efectos impeditivos de las lesiones permanentes.
- se consagraba así una paralogía normativa falaz, pues se decía que está incluido lo que no cabía incluir; o, lo que es lo mismo, que se resarcía lo que no podía computarse, que se había valorado de antemano lo que no podía valorarse en absoluto.
- tal paralogía sólo podía salvarse mediante la captación de que era preciso postular el resarcimiento extratabular de los perjuicios personales ligados específicamente a los efectos impeditivos señalados.
- había que apartarse, pues, del mal consejo, aceptando del sistema lo aconsejado aconsejable, pero desechando lo que, a una luz atenta, era desaconsejable en verdad.
- la salida resarcitoria señalada era imprescindible porque, si no se tomaba, quedaban sin resarcir esos específicos perjuicios.
- cualquier intérprete sagaz, inserto en la cultura valorativa del daño corporal, captaba así que había que dejar el mal camino recomendado y tomar el buen camino resarcitorio, postulando el resarcimiento extratabular de unos perjuicios específicos que no tutelaba la regulación aconsejada.
- sólo así se evitaba la desorientación que causaba el sistema orientativo; y sólo así se cercenaba un resarcimiento estrictamente héctico.
- lo lamentable es que los pocos que aceptaron la orientación del sistema legal quedaron siempre muy desorientados; pues, pretendiendo ser guiados, quedaron desviados.
- y no hubo apenas jueces que, utilizando voluntariamente el sistema, se sustrajeran a la desorientación denunciada.
- el factor operaba como parche de visión y torunda de audición.
- marcados por la técnica tradicional de la globalidad y, acostumbrados por completo a fijar indemnizaciones invertebradas, los jueces “orientados” fueron incapaces de descubrir la
- trampa saducea que encerraba ese supuesto factor de corrección que estaba puesto, desde luego, al servicio igualitario de una palmaria confiscación resarcitoria.
- un ejemplo concreto de asunción de la orientación desorientadora a la que se hace referencia está constituida por la SAP de Baleares (Secc. 4ª) de 23 de noviembre de 1995 que, recurrida en casación, dio lugar a la STS (Sala 1ª) de 22 de febrero de 2001;

- de la valoración del daño corporal consistente en las lesiones y, en concreto, autores meritorios del único libro dedicado al análisis del sistema señalado.
- son ellos los únicos autores que, preocupados por este punto, se ocuparon de él.
- en cambio, para quienes pudieron y debieron estudiar este factor, sin hacerlo, la reacción fue de completa indiferencia, como si la cuestión valorativa fuera de interés, no primario, sino cuatemario.
- Ricardo de Ángel Yáñez se mostró partidario de este factor, de modo que —lo digo como secuencia, teniendo en cuenta la crítica que vertía sobre los diversos conceptos ligados a los perjuicios de actividad, fruto de una “ardiente imaginación”, como si fueran usualmente mecanismos para la sobredimensión o la duplicación indemnizatoria— le parecía muy bien que el efecto perjudicial impeditivo se considerara incluido en la indemnización básica correspondiente a las lesiones permanentes.
- ello implicaba aceptar que quedara casi siempre sin resarcir la dimensión dinámica del perjuicio fisiológico.
- y esta aceptación equivalía pura y simplemente a renunciar a la individualización perjudicial y, por tanto, a la personalización resarcitoria.
- en cambio, Manuel García Blázquez y Blanca Pérez Pineda, se mostraron contrarios al factor, criticando que dejara de dar respuesta a las exigencias resarcitorias del daño extracorpóreo o extrafisiológico.
- con tal concepto, parece que hacían referencia al perjuicio fisiológico en su expresión dinámica.
- hay que referirse, pues, a las dos dimensiones del perjuicio fisiológico permanente, la estática y la dinámica, pues se identifican con conceptos dañosos que, siendo diversos, deben dar lugar a resarcimientos diferenciados.
- porque, según se ha resaltado ya, si tales resarcimientos dejan de producirse, no hay individualización perjudicial y, por tanto, la personalización resarcitoria brilla simplemente por su ausencia.

La falacia desorientadora del factor originario

- según su propia definición (“explicación del contenido del sistema”), la tabla VI correspondía a la dimensión estática del perjuicio fisiológico, contemplando de forma exclusiva y excluyente el daño corporal emergente, es decir, la deficiencia permanente de salud *in se et per se*, el puro perjuicio corporal.
- en cambio, el segundo factor de la tabla IV rezaba que, salvo casos excepcionales, la tabla VI ya había contemplado no sólo los perjuicios morales dimanantes del perjuicio fisiológico permanente (enunciado del primer concepto comprensivo), sino también los perjuicios correspondientes a la pérdida de disfrute o placer (enunciado del segundo concepto comprensivo), con lo que venía a decir que estaba valorado el perjuicio fisiológico en su doble expresión estática y dinámica.
- se valoraba la lesión permanente en su pura objetividad y se decía que esa valoración objetiva incluía (absorbía) la subjetividad circunstancial de cada lesionado.
- de esta forma, aquel factor constituía una gran falacia; un burdo engaño desde un enfoque elemental de cultura valorativa.
- constituía, por tanto, un pésimo consejo.

- estos dos factores son el factor de la incapacidad permanente y el factor de los perjuicios morales de los familiares del gran inválido; referente el primero a los perjuicios de actividad padecidos por el propio lesionado y referente el segundo a los perjuicios de actividad padecidos por los familiares próximos del macrolesionado, originados éstos por la alteración de sus condiciones de vida que causa una actividad enderezada a los cuidados y atenciones prestados al lesionado.
- centrados en el factor corrector de la incapacidad permanente y constatada la normalidad o regularidad de su supuesto de hecho, resulta incontestable que sirve exclusivamente para reparar los perjuicios personales ligados a su situación discapacitante, es decir, los perjuicios de disfrute o placer a los que se refería la regla sustituida, sin que haya atisbo alguno que permita sostener que sirva para reparar el más mínimo perjuicio de índole patrimonial, refiriéndose, naturalmente, a los perjuicios personales padecidos por el propio lesionado como consecuencia de la afectación negativa de sus actividades.
- así las cosas y recapitulando, es fundamental retener que, tanto en el sistema administrativo de 1991 como en el legal de 1995, el Baremo médico de las lesiones permanentes constituye un instrumento normativo que sirve en exclusiva para medir el alcance del estricto perjuicio fisiológico en que consiste una lesión permanente.
- así resultaba de la regla explicativa que, atinente a la tabla VI, contenía el apartado primero del sistema orientativo.
- y así resulta también de la pertinente regla explicativa del apartado segundo del sistema legal; y, de forma definitiva, con exclusión de la más mínima posibilidad de duda (*in claris*), de la regla 1ª de utilización de los capítulos ordinarios, introducida con la Reforma de 2003.
- por otra parte, queda perfectamente explicado que la indemnización básica por lesiones permanentes comprende el valor que legalmente se adjudica al perjuicio fisiológico permanente y al perjuicio moral ordinario que le es inherente, resarcidos simultáneamente, sin discriminación alguna, con la uniformidad del criterio igualitario.
- pero los perjuicios morales o personales asociados a los efectos impositivos de la lesión permanente (*plus* perjudicial de índole dinámica) se resarcan exclusiva y excluyentemente a través del factor de la incapacidad permanente, atendiendo a las específicas características de cada lesionado.

La consistencia perjudicial del factor y la utilidad de su función comprensiva

- ya hemos visto que, de acuerdo con las exigencias del principio vertebrador, el perjuicio moral causado por los efectos impositivos de la lesión permanente no encaja dentro del perjuicio moral que es inherente al daño corporal emergente, sin que formen, por tanto, parte de la indemnización básica los perjuicios que aquel factor histórico denominaba de disfrute o placer.
- la indemnización básica no comprende ni puede comprender el perjuicio específico del *homo agens*, ni, por tanto, el perjuicio específico del *homo ludens*, sin que, por otra parte, se contemple el estricto perjuicio (patrimonial) del *homo faber*.
- los perjuicios morales causados por el efecto impositivo de las lesiones permanentes se resarcan, pues, a través del factor de corrección que consideramos.

- sentencia la primera que fijó la indemnización del lesionado de acuerdo con la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991 y su Resolución actualizadora de 17 de enero de 1995, valorando las lesiones permanentes, pero no sabiendo valorar el perjuicio moral ligado a la discapacidad permanente, pese a que el lesionado había quedado parapléjico.
- a la luz del factor considerado y en atención al contenido de la tabla VI, la regulación tabular contemplaba, respecto de los perjuicios personales, el primer nivel de la individualización perjudicial (el nivel estático), pero prescindía del segundo (el nivel dinámico) como norma general, recomendando así que la liquidación analítica del daño corporal se dejara de llevar a sus naturales consecuencias.
- y es que el factor estaba puesto al servicio (confiscatorio) de la reparación incompleta, sin darse una respuesta cabal a la "expropiación" de la salud fracturada.
- con el pretexto de la seguridad, se afirmaba un texto que desbarataba la justicia resarcitoria del *sum cuique*, fomentándose la debilitación resarcitoria.

Las mutaciones del factor originario

- lo cierto es que la pintoresca regla factorial del sistema orientativo constituye un antecedente histórico que, como dato hermenéutico, proporciona la clave para captar la significación perjudicial y resarcitoria del factor legal de la incapacidad permanente.
- y ello es así porque este factor tiene su origen en dicha regla factorial, la cual, al redactarse la regulación legal, se rectificó, dando lugar a una expresión bien ubicada respecto del resarcimiento de los perjuicios morales y desglosándose con acierto en tres efectivos factores correctivos.
- efectivamente, el viejo factor se descompuso, separando, de un lado, los perjuicios morales a los que se refería en primer lugar; y, de otro, los perjuicios que, igualmente personales, por la pérdida de disfrute o placer, mencionaba después.
- la invocación de que los perjuicios morales estaban incluidos en la indemnización básica, correcta de suyo, se llevó simplemente al enunciado de la tabla VI del sistema legal.
- así pues, la referencia inicial a los perjuicios morales que contenía el segundo factor de corrección de la tabla IV del sistema orientativo mantuvo su sentido, pero se trasladó a la tabla VI del sistema legal, que constituye su sede lógica y natural, dando lugar a la mención aditiva del paréntesis [(*incluidos daños morales*)], con la que de forma elíptica (imprecisa; esotérica para el desilustrado) se alude a que la indemnización básica sirve para resarcir, en primer lugar, el perjuicio fisiológico y, además, al tiempo, el perjuicio moral ordinario inherente a él.
- no obstante, la especial valoración que, por razones de proporción, exige la especial intensidad de los perjuicios morales de los megalesionados, dio lugar al factor de corrección de los daños morales complementarios, los cuales generan una indemnización que se añade a la regulada como básica.
- a su vez, la disciplina atinente a los perjuicios personales por la pérdida de disfrute o placer (concebida como vocacionalmente negativa) se descompuso en dos factores distintos (concebidos como resultante positivos), puestos al servicio del resarcimiento y no de su preterición confiscatoria.

- por eso, este factor no sirve para reparar lucro cesante alguno (*operce amissae; operce amittende*).
- si este factor resarciera el lucro cesante, se estaría ante un factor absurdo porque los perjuicios patrimoniales no pueden baremarse/tasarse con un límite cuantitativo desconectado por completo del verdadero alcance de la ganancia dejada de obtener.
- siendo así, sería pintoresco que el sistema previera el resarcimiento de los perjuicios personales ligados a los efectos impositivos de la lesión temporal y que, en cambio, dejara de contemplar el resarcimiento de tales perjuicios, cuando están ligados a una lesión permanente.
- por eso mismo, hay que desechar que pueda estarse ante un factor de corrección de carácter mixto que sirva para reparar al tiempo, de forma promiscua, un perjuicio de índole personal y un perjuicio de índole patrimonial (resarcimiento *per lancem saturam*).
- si fuera así, además de incrementarse el absurdo al que se ha hecho referencia, se estaría ante un factor completamente contrario al postulado racional de la vertebración que acoge la Resolución 75/7, de 14 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
- y es que sin discrimen no hay razón.
- lo cierto es que la mencionada Resolución no distingue de forma expresa entre los dos niveles de la individualización perjudicial.
- pero su diferenciación se induce de sus diversos principios, pues, de un lado, señala que la víctima ha de ser indemnizada por los dolores físicos y los sufrimientos psíquicos, en función de su intensidad y duración (principio 12) y, por otra parte, señala que la víctima ha de ser también resarcida por la disminución de los placeres de la vida, que sea ocasionada, por ejemplo, por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de recreo (principio 11), haciendo referencia, respecto de los primeros, a que "la equidad parece exigir que un mismo sufrimiento sea indemnizado con el mismo importe" (comentario 46 al principio 12), sin predicar lo mismo, naturalmente, de los perjuicios ligados al segundo concepto.

El resarcimiento del perjuicio personal de actividad ligado a las lesiones

- el estudio comparativo de las tablas V y VI, completado con el del factor de corrección de que tratamos, permite verificar la forma distinta con que la regulación tabular encara el tratamiento resarcitorio de los perjuicios personales causados por el efecto impositivo de las lesiones, según que sean temporales o permanentes.
- cuando se trata de las lesiones temporales, la ponderación del perjuicio personal ligado a su efecto impositivo se articula mediante los módulos fijos que sirven para determinar la indemnización básica.
- el perjuicio personal de actividad se tiene en cuenta para valorar los días de rango hospitalario y los días impositivos extrahospitalarios, siendo naturalmente inferior el módulo cuantitativo correspondiente a los días de baja no impositivos, precisamente porque no producen ese perjuicio de actividad.
- en cambio, cuando se trata de las lesiones permanentes, el efecto impositivo no puede ser tenido en cuenta para fijar el porcentaje de menoscabo adjudicado a cada secuela y, por tanto, la indemnización básica por lesiones permanentes no comprende

- este factor se caracteriza por su carácter comprensivo reduccionista o acaparador, pues sirve para resarcir todos esos perjuicios que se identifican con una serie de conceptos diversos en la cultura europea del daño corporal y concretamente los siguientes:
 - el perjuicio por la pérdida de disfrute o placer (*damnum amoenitatis*), de la doctrina francesa.
 - el perjuicio por la pérdida de la alegría de vivir, también de la doctrina francesa.
 - el perjuicio de la vida de relación (*damnum relationis*), de la doctrina italiana.
 - el perjuicio de la afirmación personal, de la doctrina portuguesa.
 - el perjuicio al proyecto de vida, de la doctrina peruana (Carlos Fernández Sessarego).
 - el perjuicio hedonístico, de la doctrina norteamericana.
 - el perjuicio de la prestación educacional (*damnum educandi*).
 - el perjuicio del ocio (*damnum solatii*).
 - el perjuicio escolar o de formación (*damnum scholasticum*).
 - el perjuicio juvenil (*damnum iuventutis*).
 - el perjuicio senil (*damnum senectutis*).
 - el perjuicio obstruente o de reproducción (*damnum generandi*).
 - el perjuicio sexual (*damnum sexuales; damnum voluptatis*).
- es fundamental captar, pues, que una de las sobresalientes aportaciones del sistema legal radicó en prevenir, a través de este factor, la resarcibilidad específica de los perjuicios de actividad ligados a las lesiones permanentes.
- y el acierto de su diseño inicial es singular por la significación sincrética que evita la atomización abusiva de una serie de conceptos dañosos que tienen el denominador común de constituir perjuicios de actividad, de modo que cualquiera de los citados se reconducen al factor de que tratamos.
- de esta forma, se evitan los solapamientos valorativos y resarcitorios que han podido producirse en otras latitudes, aunque no, desde luego, en nuestro país, que es dado, no a doblar o multiplicar, sino a restar o dividir.
- pero una cosa es evitar los solapamientos sobrecompensadores y otra dejar de captar la significación resarcitoria del factor; y, si vitandos son los primeros, también es vitando que dejen de resarcirse los perjuicios personales de actividad.
- hay que cercenar el abuso que desnaturaliza la función resarcitoria; pero no proscribir el uso que la garantiza; y hay también que evitar que del uso se pase al abuso.
- es, por tanto, imprescindible aceptar que este factor sirve nada más y nada menos que para resarcir el *plus* de perjuicio personal (moral) ligado a los efectos impositivos de las lesiones permanentes, haciendo referencia a una discapacidad de carácter personal y no, desde luego, a una discapacidad de índole laboral.
- y es resaltable que una persona puede ser, desde un punto de vista laboral, absolutamente capaz, y en cambio, desde el punto de vista personal, absolutamente incapaz.
- aunque quien sufre una discapacidad laboral padece siempre una discapacidad de índole personal.
- pero hay que desechar de forma absoluta que este factor sirva para reparar el más mínimo perjuicio patrimonial causado por una lesión permanente laboralmente impositiva.

lo causa una lesión temporal y al principio discriminatorio de la variedad cuando lo produce una lesión permanente.

- y es así precisamente por la índole diversa de una y otra lesión, pues el afectado por la temporalidad no exige el nivel de individualización que reclama el caracterizado por su definitividad o irreversibilidad.
- por eso es perfectamente plausible que el resarcimiento del perjuicio temporal de actividad tenga lugar mediante un módulo o canon fijo, que no diferencie ni las características personales del lesionado ni las características singulares de las actividades afectadas.
- y, en cambio, lo plausible es que el resarcimiento del perjuicio irreversible de actividad se atenga, no sólo al dato de su duración, sino también a las características personales del lesionado y a las características de las actividades afectadas.
- sentado lo anterior, debe puntualizarse, para superar cualquier equívoco, que el singular con que se utiliza la palabra actividad u ocupación no significa que se refiera a una concreta actividad que, con sentido excluyente, sería la que se reputara como la principal de un concreto lesionado, sino que se trata de un singular colectivo que abarca el conjunto de las múltiples actividades que desarrolla cualquier persona y, por tanto, cualquiera de ellas, siempre que se caracterice por su carácter cotidiano o habitual.

El perjuicio de la actividad sexual

- abundando en las ideas apuntadas, es interesante, por su carácter clarificador, hacer una específica referencia al tratamiento resarcitorio del perjuicio sexual, refiriéndome, naturalmente, al perjuicio (personal) de la actividad sexual.
- respecto del perjuicio sexual, hay que distinguir entre el perjuicio fisiológico que afecta deficitariamente a los órganos de la sexualidad y el perjuicio de actividad que, eventualmente, puede asociarse al anterior.
- una cosa es el perjuicio del órgano sexual; y otra cosa es, valorativamente hablando, por constituir una exigencia de la individualización perjudicial, el perjuicio de la actividad sexual (*damnum sexuelle*).
- si un varón pierde sus testículos, sufre, por lo pronto, un perjuicio fisiológico que se ha de valorar con utilización del Baremo médico y del Baremo económico de las lesiones permanentes (tablas VI y III).
- pero, además, puede sufrir un perjuicio de actividad sexual, en la medida en que ya no pueda mantener relaciones sexuales con penetración y eyacuación, padeciendo un perjuicio que, no computado en la suma básica, se canaliza a través del factor de la incapacidad permanente.
- este factor regula el valor de este concreto perjuicio de actividad que es el perjuicio sexual, dando lugar a su valoración a la correspondiente indemnización complementaria.
- si tenemos en cuenta las multiformes actividades que realiza una persona y que pueden resultar abolidas, limitadas o dificultadas por sus lesiones permanentes, se está en condiciones de captar que el perjuicio de actividad sexual es un perjuicio que, por razones de proporción, se ha de considerar de índole menor, por lo que se ha de resarcir con la suma prevista por la denominada incapacidad parcial.

en absoluto el resarcimiento de los perjuicios personales ligados a su efecto impeditivo.

- así sucede en el sistema legal, a la luz de lo establecido en la regla explicativa de la tabla VI y en la primera regla de utilización de sus capítulos ordinarios.
- y así sucedía en el sistema orientativo de 1991, a la luz de la pertinente regla explicativa de la tabla VI.
- pero, sentado que los perjuicios personales causados por el efecto impeditivo de una lesión permanente no se resarcen mediante la indemnización básica, el sistema legal brinda una respuesta correcta a la necesidad de su resarcimiento.
- y, a tal efecto, el sistema legal introduce el factor de corrección de la incapacidad permanente, puesto al servicio de la reparación integral del daño corporal.
- de esta forma, se corrige el lamentable defecto de diseño en que incurría el sistema valorativo de 1991.
- se ve así que el perjuicio personal de actividad se configura legalmente como un perjuicio ordinario, sujeto al principio igualitario, cuando lo causa una lesión temporal; y se configura como un perjuicio extraordinario, sujeto al principio discriminatorio, cuando lo causa una lesión permanente.
- esa diferenciación en el tratamiento resarcitorio del perjuicio de actividad, según que se trate de una lesión temporal o de una lesión permanente, corresponde al diseño con que se estructuró el sistema legal de 1995, pues era bien distinto en el orientativo de 1991.
- al referirnos al viejo sistema orientativo, ya hemos visto el tratamiento negativo que, en términos normales, recibía el perjuicio personal de actividad causado por una lesión permanente que fuera impeditiva.
- a su vez, el diseño del resarcimiento del perjuicio personal causado por el efecto impeditivo de la lesión temporal era verdaderamente pintoresco, pues, en lugar de distinguirse la existencia de días impeditivos y no impeditivos, se distinguían los días según quien los sufriera, para atribuir la mayor cantidad (5.000 ptas.) al mayor de edad menor de 65 años, una menor (3.500 ptas.) al menor de edad y una inferior (3.000 ptas.) al mayor de 65 años; y, aunque la regla explicativa decía que las "incapacidades temporales" eran las sufridas hasta obtenerse la sanidad, se condicionaba el resarcimiento a que el lesionado estuviera impedido para sus ocupaciones habituales.
- se trataba de una regla completamente absurda, pues, la falta de aplicación del factor de corrección por perjuicios económicos en el primer tramo de cuantías apuntaba que las diferencias cuantitativas de los módulos venían determinadas por la reparación de un perjuicio patrimonial (al menos, potencial), con lo que se desconocía estrictamente la reparación del perjuicio personal de actividad, aunque, con más exactitud, hay que decir que la regulación tabular incurría en el defecto de la desvertebración, rindiendo culto a la promiscuidad indemnizatoria.
- esta promiscuidad fue la que eliminó radicalmente, según su recta interpretación, el sistema legal, al establecer módulos básicos desconectados de la edad del lesionado.
- en todo caso, está perfectamente justificado que, desde una perspectiva valorativa, el perjuicio de actividad quede sometido al principio igualitario de la uniformidad cuando

el perjuicio de actividad ligado al perjuicio estético

- siendo sabido que la práctica judicial, víctima de un nítido estrabismo jurídico, nunca ha apreciado el perjuicio de actividad sexual al manejar el sistema legal, lo mismo acontece con el perjuicio de actividad ligado a la lesión estética.
- la regla 9ª de utilización del capítulo especial, inserto en la tabla VI, establece que *"la puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que el mismo tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales), cuyo específico perjuicio se ha de valorar a través del factor de corrección de la incapacidad permanente"*.
- esta regla se ocupa, pues, de señalar que el perjuicio personal ligado a los efectos impeditivos o limitativos del perjuicio estético (*damnum pulchritudinis*) no se resarce a través del capítulo especial, sino a través del factor de la incapacidad permanente.
- se trata de una norma particularmente importante, pues su reconducción al factor señalado clarifica, con sentido confirmatorio, la consistencia perjudicial y resarcitoria de este concreto factor.
- su clave radica en introducir un elemento imprescindible para interpretar de forma cabal la significación dañosa y resarcitoria del factor de corrección de la incapacidad permanente, confirmando que éste sirve para reparar el perjuicio personal (especial) ligado a los efectos impeditivos o limitativos de las actividades del lesionado, sin contraerse de forma privativa a las profesionales o laborales y sin que sirva para resarcir lucro cesante alguno, incluida la pérdida de capacidad de ganancia.
- y es que este factor sirve exclusivamente a una específica perjudicialidad personal y no sirve en absoluto para atender la más mínima perjudicialidad de índole patrimonial.
- se trata de una regla con la que se cumple el principio de vertebración, constituyendo un consercio natural del mismo en lo que refiere a la necesidad de separar la estricta perjudicialidad personal de la patrimonial y, dentro de la primera, la de los perjuicios morales ordinarios y la de los extraordinarios, resarcidos los primeros a través del capítulo especial y los segundos, es decir, los contraídos al efecto impeditivo o limitativo de la lesión estética sufrida, a través del factor de la incapacidad permanente, con lo que queda claro que este factor no sirve para reparar las consecuencias perjudiciales patrimoniales ligadas a los efectos impeditivos de actividad.
- el sentido iluminador de esta regla tiene así una doble proyección positiva y negativa; positiva, por la reconducción de su supuesto de hecho al factor de corrección de la incapacidad permanente; y negativa, porque impide que la repercusión deficitaria prevista en ella se realice al fijar la puntuación del perjuicio estético, que es lo que preveía precisamente sin coherencia la regla especial del recuadro que remataba el texto originario del capítulo especial.
- forjada en el sistema la correlatividad del tratamiento valorativo y resarcitorio del perjuicio fisiológico permanente y del perjuicio estético, era incongruente que, al medirse el primero, no se pudiera ponderar su efecto impeditivo y que, en cambio, sí se ponderara al medirse el segundo.
- introducida la regla señalada con ocasión de la Reforma de 2003, la redacción originaria del sistema llevaba a computar la expresada circunstancia dentro del capítulo

- no obstante, según ha apuntado algún autor (José-Manuel de Paúl Velasco), puede ser de recibo que, cuando lo padece un joven de corta edad, llegue a incardinarse su perjuicio sexual en el grado de la incapacidad permanente de grado intermedio, la que con terminología sedicente se denomina legalmente total.
- para comprender la dualidad dañosa y resarcitoria que se apunta, no hay más que leer el Baremo Europeo de las Lesiones Permanentes y comprobar que, para él, una cosa es el perjuicio fisiológico ligado a la pérdida de los órganos sexuales y otra cualitativamente distinta el perjuicio particular de actividad que puede sufrir el lesionado.
- y es que, en definitiva, la indemnización básica sirve para resarcir exclusivamente el perjuicio fisiológico sufrido, con el daño moral ordinario inherente a él, pero no el *plus* de perjuicio correspondiente a las actividades que ya no puede desarrollar el lesionado o que puede desarrollar de forma limitada, siendo un perjuicio circunstancializado que legalmente se resarce a través del factor de la incapacidad permanente.
- una cosa es la amputación de un brazo y otra lo que el amputado ya no puede hacer, por haberse quedado sin él.
- una cosa es perder el oído y otra no poder oír; piénsese en el específico perjuicio personal que se padece al respecto, si se es melómano.
- en este orden de ideas, algún autor ha resaltado que la anquilosis de la articulación interfalángica distal del quinto dedo de la mano izquierda es un trastorno de escasa relevancia en la vida diaria de cualquier persona, pero que constituye un impedimento total si se dedica, por profesión o por afición, a tocar el violín.
- por eso, si tuviera que encerrarse, con un cierto sentido literario, en una sola frase atractiva, la esencia de este factor de corrección, habría que traer a colación lo que Ramón del Valle Inclán dijera en cierta ocasión a un periodista: que él solo barruntó la falta de su brazo cuando se le murió un hijo, porque entonces vio que no podía abrazarlo.
- pero una cosa es el sentido de una norma y otro el que corresponde a su funcionamiento efectivo.
- la falta de comprensión del sentido del factor lleva a los jueces a desconocer por completo la específica resarcibilidad del perjuicio sexual sufrido por el lesionado que queda impotente por la pérdida de sus órganos sexuales.
- de esta forma, nos encontramos con que en nuestro país no sólo no se resarce el perjuicio sexual reflejo (el que sufre el cónyuge o compañero del lesionado; vide STC 230/2005, de 26 de septiembre), sino que tampoco se resarce el perjuicio sexual directo (el que sufre el propio lesionado).
- la primera omisión, aunque técnicamente incorrecta, se comprende porque no hay una estricta norma tabular que se refiera a él; y ya se sabe que en esta materia prima lamentablemente el legalismo que, en su expresión tabular, lleva a desconocer la operatividad de la cláusula de salvaguarda que contempla, para los perjuicios excepcionales, la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del sistema.
- pero, en cambio, la segunda omisión resulta por completo criticable y nada disculpable, dado que existe el factor en el que encaja este concreto concepto dañoso.
- en este caso, el legalismo obtuso alcanza su más alta cota.

- al igual que no pueden dejarse de valorar las discapacidades inferiores, se tiene que ser cauto al valorar las superiores.

La graduación de la discapacidad personal

- en atención a la extensión e intensidad del impedimento, se distinguen tabularmente tres grados de incapacidad personal de actividad.
- son grados que la norma factorial bautiza y define copiando, con una falta de imaginación digna de mejor causa, tanto la nomenclatura como la definición de grados de la originaria legislación de la Seguridad Social, aunque prescindiendo significativamente del predicado laboral.
- pero el intérprete debe adjudicar a los conceptos manejados su cabal sentido, atendiendo a la razón de ser del factor y al sentido natural de la diferenciación tripartita de gravedad, de acuerdo con el apotegma de que *sensum non verba considerare debemus*.
- se efectúa así de forma necesaria una interpretación correctiva de los términos literales con que están definidos esos grados, sobre la base de que su interpretación literal conduciría a unos resultados absurdos que alcanzarían su más alta cota al considerarse la incapacidad absoluta como un grado que solamente podría aplicarse a los lesionados que, por su absoluta carencia de actividad, estuvieran sumidos en un coma vegetativo; y *ad absurdum non tenetur*.
- hay, al efecto, una incapacidad de primer grado, de menor entidad, a la que legalmente, y con adjetivo sedicente, se denomina parcial, aunque la esencia del concepto, su núcleo fáctico, se liga más a la levedad que a la parcialidad.
- hay, después, una incapacidad de segundo grado, de intensidad intermedia y a la que legalmente, y también con adjetivo sedicente, se denomina total.
- y hay, finalmente, una incapacidad de tercer grado, que es la de mayor entidad y a la que legalmente, y también con adjetivo sedicente, se denomina absoluta.
- a su vez, cuando una incapacidad absoluta, es decir, la del más alto grado, afecta a las actividades esenciales del individuo, hasta tal punto que queda privado de su autonomía y necesita ayuda de tercera persona, se está ante el concepto civil de la gran invalidez que, de suyo, conlleva una incapacidad absoluta, aunque el afectado pueda desenvolver algún tipo de actividad productiva.
- por eso sería conveniente que, para evitar confusiones, primero por vía jurisprudencial y, después, en su caso, a través de una reforma del sistema, se depuraran los conceptos manejados, despojándolos expresamente del monismo de su marchamo laboral.
- en este sentido, lo estrictamente adecuado sería hablar de una discapacidad personal descompuesta en grados: menor, medio y mayor.
- y ello es así porque los adjetivos de procedencia laboral no definen con precisión el significado y el alcance deficitario de esos tres grados de discapacidad personal.
- incluso, sería altamente conveniente que, para la individualización indemnizatoria a la que sirve el sistema, fueran cuatro los grados distinguidos, añadiendo a aquellos tres otro calificado como máximo, alcanzado cuando las secuelas impiden la realización de las actividades más elementales de la persona.
- de esta forma, las dos primeras incapacidades serían, en principio, limitativas, mientras que las otras dos serían estrictamente abolitivas.

especial, con lo que no se reconducía al factor de la incapacidad permanente, lo que suponía que éste dejaba indebidamente de funcionar; y, si se computaba también dentro del mismo, se incurría en un solapamiento valorativo, que es contrario, por exceso, al principio de la integridad reparatoria.

Los parámetros de medición del perjuicio de actividad

- pero resta todavía hacer algunas precisiones generales sobre el concreto funcionamiento del factor.
- pese a la mejora técnica que supuso su introducción, son obvias las deficiencias e insuficiencias de su diseño normativo.
- estos defectos se deben, según hemos visto, a que deja de definirse con nitidez absoluta su consistencia material, es decir, su supuesto de hecho, lo que obliga a un esfuerzo interpretativo con el que precisar los perjuicios que resarce y los que deja de resarcir.
- y este esfuerzo interpretativo es difícil de realizar dentro de un país donde ha primado tradicionalmente la técnica global a la que rinde còmodo culto la doctrina judicial que prescinde de los imprescindibles distinguios vertebradores.
- por otra parte, el factor deja de especificar los parámetros a los que acudir para efectuar la determinación cuantitativa que, en cada caso, sea pertinente.
- esos parámetros que, ante la expresa indeterminación legal, quedan sujetos a la determinación judicial, están constituidos, en primer lugar, por el alcance de las actividades abolidas, limitadas o dificultadas, que corresponde a la extensión del perjuicio; y, en segundo lugar, por la edad del perjudicado, dato que proporciona, en términos de probabilidad, la duración de la discapacidad.
- por ello es indefectible profundizar en la configuración civil (personal) de este factor, mediante una detallada tipología de las actividades ordinarias de la persona, con vistas a ponderar el perjuicio de actividad ligado a las lesiones permanentes, teniendo en cuenta que se está ante un concepto civil, que sirve a la responsabilidad civil como instituto estrictamente civil.
- sobre estas bases, la concreta cuantificación del perjuicio inserto en el factor exige que se tengan presentes dos consideraciones fundamentales.
- la primera es que, a la hora de fijar el importe correspondiente a la discapacidad apreciada, no puede olvidarse que las lesiones que constituyen su sustrato ya han sido valoradas y cuantificadas para conformar la indemnización básica y que de lo que se trata es de completar esta indemnización.
- se está ante dos valoraciones que no son estancadas, sino que están comunicadas, sin que la cuantía de la discapacidad pueda fijarse sin tenerse en cuenta que ya se ha realizado la de su sustrato fisiológico; y es que, en el trance de concretar la suma que corresponda al perjuicio personal de actividad, no puede olvidarse que ya ha sido resarcida *ea ipsa* la lesión permanente que la determina.
- la segunda consideración es que es imprescindible utilizar criterios de proporción, huyendo del maximalismo que conduce a agotar las posibilidades cuantitativas, debiendo tenerse en cuenta que sus más altas cotas sólo han de alcanzarse en los casos de máxima afectación y máxima duración.

- hay también el desprecio que afecta sólitamente a la apreciación de la incapacidad parcial, es decir, la incapacidad de menor entidad.
- dado que el factor se maneja bajo pautas laborales, la práctica judicial acusa cierto mecanicismo acritico, pues, cuando cuenta con una declaración laboral de incapacidad absoluta, subsume el supuesto en el factor corrector de la incapacidad absoluta; cuando se cuenta con una declaración laboral de incapacidad total, aplica el factor de la incapacidad total; y cuando cuenta con una declaración laboral de incapacidad parcial, aplica el factor de la incapacidad parcial.
- se trata de unas correspondencias que pueden no ajustarse a las exigencias fácticas del factor considerado.
- y son correspondencias que se traducen en que, cuando el trabajador ha obtenido la declaración de estar afectado por unas lesiones permanentes no invalidantes, se deniega mecánicamente la posibilidad de insertar su situación en el factor de corrección, porque se entiende que el supuesto no encaja en el grado menor de la incapacidad parcial.
- de esta forma se desconoce que el concepto iuslaboral de lesiones permanentes no invalidantes no significa que se trate estrictamente de lesiones no invalidantes, es decir, no discapacitantes, sino que se trata de lesiones que, aun siendo discapacitantes, suponen un grado de disminución del rendimiento laboral que no alcanza el 33%.
- naturalmente, si un trabajador está afectado por una lesión permanente no invalidante, que no es legalmente invalidante porque la disminución de su rendimiento laboral no alcanza el límite que permite llegar a la incapacidad parcial, el mismo se encuentra en una situación que es de invalidez, es decir, en una situación por la que quedan impedidas o limitadas u obstaculizadas determinadas actividades.
- pues bien, esto significa pura y simplemente que aquellas lesiones permanentes que legalmente, desde una perspectiva laboral, reciben la denominación de lesiones no invalidantes, cuando tienen algún efecto invalidante, son constitutivas de una discapacidad que, desde la perspectiva del sistema legal, hay que insertar en el grado de la denominada incapacidad parcial.
- y es que, aunque la incapacidad, discapacidad o invalidez a que hace referencia el factor considerado no es de suyo la incapacidad laboral, cualquier situación de incapacidad laboral se traduce en una discapacidad personal.
- y ello, aunque con terminología laboral, se esté ante lesiones no invalidantes, cuando ciertamente su efecto es poco invalidante.

Discapacidad personal y discapacidad laboral

- resaltado que, en atención a su verdadero sentido, es imprescindible "civilizar" y, por tanto "deslaborarizar" este factor de corrección, es necesario hacer algunas precisiones sobre la relación existente entre la discapacidad personal y la discapacidad laboral.
- ello lleva a construir un cuadro de correspondencias y falta de correspondencias entre una discapacidad y otra.
- toda discapacidad laboral constituye, desde luego, una discapacidad personal.

- pero, en tanto se construya legal o jurisprudencialmente una adecuada tipología de las actividades afectadas, que lleve a efectuar la correcta calificación del grado de incapacidad permanente que haya de aplicarse, es interesante efectuar alguna precisión en orden a la diferenciación de los tres grados previstos legalmente.
- a tal efecto, es aprovechable la tipología que efectúa al respecto el magistrado José-Manuel de Paúl Velasco.
- valiéndonos de sus definiciones, puede entenderse que la discapacidad personal de primer grado, leve o de orden menor (la sedicentemente denominada incapacidad parcial) es aquella en la que alguna o algunas de las actividades del lesionado quedan dificultadas; o aquella en la que queda impedida una concreta actividad que no se inserte en el eje de las actividades principales del individuo considerado.
- según ha señalado con acierto el autor indicado, pese a que, para manejar el factor, hay que prescindir del denominado perjuicio laboral, la jurisprudencia social, en la medida en que incluye dentro la incapacidad parcial (laboral) la mayor dificultad, penosidad o peligrosidad de una concreta tarea, puede ser tenida en cuenta para efectuar la calificación de la discapacidad personal dentro de este primer grado.
- la discapacidad personal de segundo grado, grave o de orden intermedio (la sedicentemente denominada incapacidad total) es aquella en la que un buen número de actividades del lesionado quedan muy limitadas, sin quedar impedidas todas ellas; o aquella en la que queda impedida una concreta actividad de carácter principal.
- la discapacidad personal de tercer grado, muy grave o de orden mayor (la sedicentemente denominada incapacidad absoluta) es aquella en la que el lesionado queda por completo privado para la realización de la mayor parte de las actividades propias de su vida. *la discapacidad personal del gran inválido*.
- configurados con defectuosa terminología los tres grados de la incapacidad o discapacidad permanente, la gran invalidez constituye una discapacidad superlativa que encaja siempre en el concepto legal de la absoluta.
- de esta forma, hay que reaccionar frente a cierto criterio que entiende que, en el caso de gran invalidez, no procede aplicar el factor de corrección por incapacidad permanente, sin tener en cuenta que el denominado factor de la gran invalidez se descompone en tres factores distintos, sin que ninguno de ellos resarza los perjuicios personales causados por el efecto impeditivo de la lesión permanente.
- y ello es así efectivamente porque dos de esos factores corresponden a perjuicios de índole patrimonial, mientras que el tercero corresponde a los perjuicios personales padecidos por los familiares del gran inválido, como consecuencia de la alteración de su vida por la atención prestada a él, sin que sirva para resarcir los específicos perjuicios personales sufridos por éste.
- expresados estos argumentos de índole sustancial, hay que añadir, por su sentido formal confirmativo, que, de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo del sistema, los diversos factores de corrección son compatibles entre sí.

El desprecio virtual de la incapacidad parcial

- pero el desprecio del factor no sólo se proyecta en una práctica judicial que, a veces, entiende que el gran inválido no está afectado por una discapacidad absoluta.

sistió en años sucesivos al reproducirse las Resoluciones actualizadoras de cuantías (1992, 1993, 1994, 1995).

- su preámbulo justificaba la introducción del sistema, para atajar los problemas suscitados, en primer lugar, por la enorme litigiosidad que suscitan los accidentes de tráfico, dando lugar a una excesiva carga de trabajo en los Tribunales de Justicia, con el consiguiente retraso en la resolución de los asuntos; en segundo lugar, por el alza persistente de las indemnizaciones por daños personales ocasionados por hechos de la circulación; y, en tercer lugar, por la gran disparidad existente en la fijación de las cuantías indemnizatorias.
- señalaba que las circunstancias indicadas podía poner en entredicho el propio funcionamiento del seguro de responsabilidad civil, al tenerse que incrementar las primas hasta un nivel que difícilmente podrían soportar los tomadores del seguro.
- señalaba a continuación que se consideraba que la fijación de una tabla o baremo de indemnizaciones por los daños personales causados en accidentes de circulación constituía un instrumento muy útil para facilitar el funcionamiento del indicado seguro.
- especificaba que esa tabla o baremo se fundaba en criterios objetivos, con fijación de cuantías indemnizatorias suficientes y equitativas, incorporándose, además, los factores de corrección que permitirían considerar las circunstancias subjetivas de la víctima, así como un mecanismo de actualización anual automática de los importes establecidos.
- y puntualizaba las indudables ventajas que comportaba la puesta en práctica de este sistema valorativo.
- en primer lugar, porque el sistema introducía un mecanismo de certeza considerable en un sector caracterizado por la indeterminación y la indefinición, dándose cumplimiento al principio de seguridad jurídica que consagra el art. 9.3 CE.
- en segundo lugar, porque el sistema fomentaba un trato, si no idéntico, sí, al menos, análogo para situaciones de responsabilidad cuyos supuestos de hecho fueran coincidentes, en aplicación del principio de igualdad que consagra el art. 14 CE.
- en tercer lugar, porque el sistema servía de marco e impulso para la utilización de acuerdos transaccionales, convirtiendo éstos en medio prioritario y esencial para la liquidación de los siniestros, sin tener que esperar el pronunciamiento de los órganos judiciales.
- en cuarto lugar, porque la utilización del sistema disminuiría la sobrecarga generalizada de trabajo en los Juzgados y Tribunales.
- y finalmente, porque el sistema permitía a las entidades aseguradoras formular previsiones fundadas en criterios dotados de fiabilidad.
- tras el preámbulo, la Orden Ministerial constaba de tres disposiciones.
- la primera consistía en dar publicidad al sistema mediante su publicación como anexo a la Orden.
- la segunda consistía en recomendar la utilización del sistema por las entidades aseguradora que operaran en el ramo del seguro de responsabilidad civil automovilística.
- la tercera consistía en fijar el sistema como procedimiento idóneo para el cálculo de las provisiones para siniestros pendientes de liquidación.

- por eso se ha dicho correctamente que toda incapacidad laboral permanente es condición suficiente para justificar la aplicación del factor de corrección por incapacidad permanente que regula el sistema legal valorativo.
- en cambio, una discapacidad personal no tiene que traducirse en una discapacidad laboral.
- por eso la incapacidad permanente laboral no constituye en absoluto condición necesaria para apreciar la pertinencia de aplicar el señalado factor de corrección.
- sentado ello, no puede afirmarse con demasiada generalidad que una incapacidad laboral implique una discapacidad personal de igual grado.
- ello es así porque una incapacidad laboral en grado de total puede constituir una discapacidad de orden menor.
- y porque una discapacidad personal del más alto grado puede incluso no suponer una discapacidad laboral (por ej., el parapléjico que laboralmente ejerce con plenitud sus facultades intelectuales).

Una conclusión esperanzada

- con esto, termino ya.
- y lo hago resaltando que, en definitiva, desentrañado el cabal sentido del factor estudiado, es de esperar que con el tiempo, y espero llegar a verlo, cese su casi permanente vacación.
- y es que los precedentes similares no faltan en nuestro Derecho de la responsabilidad civil que, desde hace años viene caracterizándose, en muchos extremos, por prolongar virtualmente en demasía la vacación (virtual o material) de las disposiciones que lo van conformando.
- sólo cuando los juristas se adentren en la cultura del daño corporal y superen las ignorancias que nacen de la falta de una atenta reflexión, funcionará correctamente este factor y funcionará correctamente, en general, el sistema legal valorativo.

APÉNDICE (I)

ORDEN DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA DE 5 DE MARZO DE 1991, POR LA QUE SE DIO PUBLICIDAD A UN SISTEMA PARA LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS PERSONALES EN EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL OCASIONADA POR MEDIO DE VEHÍCULOS DE MOTOR; Y POR LA QUE SE LE CONSIDERÓ PROCEDIMIENTO IDÓNEO PARA CALCULAR LAS PROVISIONES TÉCNICAS PARA SINIESTROS O PRESTACIONES PENDIENTES

- publicada en el BOE de 11 de marzo de 1991.
- realizo la presente reseña como apéndice del estudio precedente, porque esta Orden plasma las razones prácticas que, sin la expresión de unas previas preocupaciones de orden técnico jurídico, dieron lugar al sistema orientativo que se incorporó como anexo a la misma y que en 1995 se convirtió, con sensibles alteraciones, en preceptivo.
- verifíquese el error en el que incurrió el Repertorio Aranzadi de Legislación, donde se reprodujo bajo la voz "seguro voluntario de vehículos de motor"; error en el que se per-

- la consideración de estos dos niveles fue trasladada después al sistema legal, con algunos perfeccionamientos, añadiéndose además el tercer nivel constituido por los perjuicios excepcionales a los que hace expresa referencia la norma del inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero de dicha regulación.

APÉNDICE (II)

RESARCIMIENTO POR DAÑOS CORPORALES Y MORALES: SU AUTONOMÍA CONCEPTUAL Y SU RELATIVA AUTONOMÍA RESARCITORIA. PARAPLEJIA SUFRIDA POR EL CLIENTE DE UN HOTEL, CAÍDO AL PAVIMENTO POR ROMPERSE LA BARANDILLA DE LA TERRAZA DE SU HABITACIÓN. COMENTARIO A LA STS (SALA 1ª) DE 22 DE FEBRERO DE 2001¹

SÍNTESIS DE SU DOCTRINA:

La autonomía conceptual del daño corporal y del perjuicio moral que genera no se traduce en su autonomía resarcitoria cuando se trata de lesiones temporales, pero sí cuando se trata de lesiones permanentes de enorme gravedad, de modo que, en el primer caso, procede fijar una indemnización única por los dos conceptos y, en cambio, en el segundo, procede fijar una indemnización separada por cada uno de ellos.

RESUMEN DEL CASO:

La sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por el actor perjudicado contra una SAP de Baleares (Secc. 4ª) que, tras revocar la del JPI, acogió parcialmente su demanda. El pleito traía causa en las lesiones que aquél sufrió el día 18 de julio de 1988, cuando cayó desde la terraza de la habitación de un Hotel, en el que, unas horas antes, se había alojado con su esposa, para disfrutar de un período vacacional. La habitación se encontraba en el 5º piso y disponía de una terraza con barandilla dotada de una barra de madera y anclaje metálico con obra. Sobre la 1 de la madrugada, el demandante salió a la terraza para fumar un cigarrillo y cayó al pavimento, al desprenderse la barandilla de sus anclajes, resultando con muy graves lesiones, de las que fue dado de alta a los 166 días, restándole una paraplejía que le produjo una incapacidad permanente, precisando de silla de ruedas para moverse, consecuente a la paralización completa de sus extremidades inferiores. En la fecha del siniestro, el lesionado tenía 27 años, carecía de hijos y residía con su esposa en una vivienda unifamiliar

¹ El presente comentario se corresponde con el texto que fue publicado en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 57, 2001, oct.-dic., págs. 677-699, incluido después, con algunas variantes, en Daños corporales y Carta Magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 255-269. La razón por la que, con nuevas variantes de redacción, inserto este comentario, como apéndice al estudio del factor de corrección de la incapacidad permanente, se debe a que, según he reseñado en su momento, se trata de un caso paradigmático en el que el órgano judicial se dejó desorientar por el sistema orientativo de 1991, dejando por eso de ponderar los perjuicios personales causados específicamente por la discapacidad permanente; y ello pese a que, en ese concreto caso, se estaba ante el supuesto excepcional que contemplaba el segundo de los factores de corrección de la tabla IV.

El tratamiento resarcitorio de las lesiones permanentes

- dentro del apartado primero del sistema, referente a la explicación de su contenido, el apartado B) se dedicaba a las "indemnizaciones por incapacidades permanentes".
- dicho apartado establecía que "la cuantía de estas indemnizaciones se fija teniendo en cuenta, de una parte, la incapacidad permanente que resulte al lesionado desde el punto de vista físico o funcional, medida mediante puntos asignados a cada secuela (tabla VI) y, de otra parte, el valor del punto en pesetas en función de la edad del incapacitado", añadiendo que "el valor del punto se incrementa a medida que aumenta la puntuación (tabla III)".
- seguidamente señalaba que "sobre la indemnización resultante se aplicarán los factores de corrección en forma de porcentajes de aumento o reducción (tabla IV), con el fin de adecuar las indemnizaciones básicas de carácter objetivo a las circunstancias que concurren, para cada caso concreto, en la víctima".
- al referirse específicamente a la tabla IV, decía que la misma "detalla los factores de corrección con los porcentajes aplicables sobre las indemnizaciones básicas u objetivas por secuelas permanentes para adecuar estas indemnizaciones al caso concreto".
- dentro de la tabla IV, el segundo de sus factores correspondía al concepto de "perjuicios morales y de disfrute o placer", causando inicialmente sorpresa que en el cuadro correspondiente a la columna del porcentaje de aumento, no se hiciera otra especificación que la de una llamada a pie de tabla, donde se establecía que el factor correspondía a "perjuicios considerados en la indemnización básica", añadiéndose que "excepcionalmente podrá aplicarse un porcentaje de aumento, en función de la importancia del perjuicio ocasionado al propio incapacitado o a su cónyuge y familiares próximos".
- después de los cinco factores de que constaba la tabla, se añadía un recuadro en el que, bajo la denominación de "grandes inválidos, estados de coma y otros incapacitados excepcionales", se establecía que "para la mejor protección de los intereses de la víctima, la indemnización para satisfacer los perjuicios económicos y su asistencia personal y sanitaria, podrá consistir en una renta vitalicia mediante el depósito bancario necesario o póliza de seguro de vida", añadiéndose que, "en casos excepcionales, podrá otorgarse una indemnización mixta consistente, además de la renta vitalicia, en una indemnización de cuantía fija para el incapacitado y familiares que con él convivan".
- la idea fundamental a retener es la significación diversa que tenía la indemnización básica y la indemnización complementaria que se fijara con base en los factores de corrección, pues la primera se establecía con un criterio estrictamente igualitario, para resarcir mediante la misma cantidad un perjuicio idéntico, mientras que la segunda servía para adaptar esa indemnización igualitaria a las circunstancias personales de cada lesionado, configurándose así los dos niveles de la individualización perjudicial, el constituido por los perjuicios generales, comunes u ordinarios, resarcidos mediante la indemnización básica, y el constituido por los perjuicios particulares, especiales o extraordinarios, resarcidos mediante los factores de corrección.

5º, que disponía de una terraza exterior con barandilla de una altura de 80 cms. y barra de madera, con anclaje metálico y de obra; 3º) Aproximadamente sobre la 1... del día 18ª..., el marido salió a la terraza a fumar un cigarrillo. Y cayó desde la terraza al pavimento, ocasionándose muy graves lesiones; 4º) Resulto rota la barandilla y anclajes; 5º) Fue ingresado a continuación en el Hospital de C'an Missies, que dispuso su traslado urgente al Hospital... Son Dureta de Palma, donde le fue diagnosticado el traumatismo padecido: Paraplejía por fractura del cuerpo de la vértebra lumbar segunda, fractura del hueso metacarpiano primero y calcáneo, insuficiencia respiratoria y no funcionamiento de la vejiga. Donde fue asistido e intervenido quirúrgicamente, hasta que el 26 de julio... es trasladado al Promenade Hospital de Southport. Donde fue tratado de sus lesiones y... se le impartió un programa de rehabilitación; 6º) Fue dado de alta el 11 de diciembre de 1988, a los 166 días del accidente, restandole paraplejía bajo el nivel L-2, con incapacidad permanente, precisa de silla de ruedas para poderse mover, paralizado de cintura para abajo (permanecerá incapacitado seguramente para el resto de su vida); 7º) La sociedad Botafoch... es propietaria del Hotel... Asegurado en Catalana-Occidente..., por... póliza... de responsabilidad civil... de... 3 de mayo de 1991. Cuyas garantías fueron aumentadas en... 2 de noviembre de 1977, cuyas coberturas quedaron de la siguiente forma: —máxima por siniestro: 2.000.000 ptas.; máximo por víctima: 2.000.000 Ptas.; y máximo por daños materiales: 2.000.000 ptas.

B) La Sala "a quo" expresa... los citados hechos... y añade... que... la doctrina jurisprudencial... impone la carga de la prueba, a la sociedad demandada, de justificar el perfecto estado... y mantenimiento de las barandillas... cuyo cometido indudablemente le correspondía. Y cuya prueba no ha verificado satisfactoriamente...; y... [concreta que] el actor... [es] un varón, de 27 años, casado, sin hijos, dedicado a la construcción, con unos ingresos semanales de 32.628 Ptas., en... 1988. Vivía en una vivienda unifamiliar, que... resulta insuficiente para sus necesidades, porque disponía de dos plantas y se precisaban... reformas... cuantiosas para... ser utilizada en su nueva situación. De la joven esposa, se desconocen más datos, a salvo la carencia de descendencia y su dedicación marido.

C) En... [la SAP], 8ª, se señalan las siguientes indemnizaciones: a) 310.772 Ptas., por gastos médicos; b) 1.328.000 Ptas., por los 166 días de baja...; c) 16.866.186 Ptas., por gastos médicos [futuros], reposición [de] silla y contratación de tercera persona que le ayude; d) 24.586.400 Ptas., por incapacidad permanente; e) 10.000.000 Ptas., para la adaptación de la vivienda; f) 7.000.000 Ptas., por los sufrimientos morales inferidos a la esposa. En total... 60.091.358 Ptas. Desestimándose las restantes peticiones por no suficientemente probadas, excesivas o estar ya contempladas en otras expresamente acogidas. Lo cual implica un acogimiento parcial del recurso con revocación de la de instancia...

QUINTO: En el recurso del actor... el... motivo... denuncia la infracción de la jurisprudencia establecida... respecto del daño moral o "pecunia doloris", susceptible de ser indemnizado por sí... haciendo ineludible su... cuantificación... en cuanto declara como derecho básico...

4 En el texto de la sentencia se pone "las 100 horas".

5 Se trata de una expresión que está generalizada por completo, aunque, dado que el sustantivo Sala es femenino, lo correcto sería escribir "a qua".

6 Con esta frase que subrayo yo, la AP expresa la idea de que los perjuicios morales reclamados con autonomía por el lesionado se encontraban incluidos en la indemnización concedida por las lesiones permanentes.

de dos plantas que, dada su nueva situación física, tenía que adaptar con una gran reforma; y era trabajador de la construcción, obteniendo unos ingresos mensuales de 130.504 ptas. Respecto de la esposa, no constan más datos que la falta de descendencia y la dedicación a su discapacitado cónyuge.

El lesionado y su esposa formularon demanda frente a la entidad propietaria del Hotel y frente a la aseguradora de su responsabilidad civil, la cual amparaba los daños corporales por víctima hasta un máximo de 2.000.000 ptas. Desestimada en primera instancia, la AP la acogió en apelación, razonando que la doctrina jurisprudencial impone a la sociedad demandada la carga de justificar el perfecto estado y mantenimiento de la barandilla de la terraza, sin haberse realizado tal acreditamiento, por lo que estimó parcialmente la demanda y condenó al Hotel a abonar al lesionado 310.772 ptas. por gastos médicos; 1.328.000 ptas. por 166 días de baja (a razón de 8.000 ptas. diarias); 16.866.186 ptas. por gastos médicos futuros, reposición de silla de ruedas y contratación de tercera persona para la ayuda del lesionado; 24.586.400 ptas. por la incapacidad permanente; 10.000.000 ptas. por la adaptación de su vivienda; y a la esposa del lesionado, 7.000.000 ptas., por sus sufrimientos morales. Se fijó, pues, en definitiva, una indemnización por un total de 60.091.358 ptas. Según refleja el TS, la AP rechazó algunas de las partidas indemnizatorias que integraban la pretensión del lesionado, figurando entre ellas la de 30.000.000 ptas. por los daños morales ligados a las lesiones permanentes; y el argumento desplegado para su rehúse consistió en que tales daños quedaban resarcidos ya con la suma de 24.586.400 ptas., reconocida en concepto de incapacidad permanente. Para fijar la indemnización por las lesiones temporales, la AP se atuvo al "baremo usual" de la provincial balear; y, para fijar la indemnización por las lesiones permanentes, a las cuantías actualizadas a 1995 del sistema orientativo de 1991.

SUS FUNDAMENTOS DE DERECHO²

PRIMERO: La SJPI 2 de Ibiza de 10 de diciembre de 1993 desestima la demanda... en... que se reclamaba... indemnización por los daños y perjuicios derivados de las lesiones sufridas por el actor..., al caer desde el balcón de la habitación núm. 543, del Hotel... donde en esos momentos residía; decisión que fue objeto de apelación por los actores, siendo parcialmente estimada por la SAP de Palma de Mallorca, Secc. 4ª, en 23 de noviembre de 1995, condenando en forma solidaria a los demandados a abonar a la esposa las cantidades... transcritas; frente a cuya decisión se alzan... la codemandada... [propietaria del Hotel] y los actores...

SEGUNDO: Son "facta" determinantes para la decisión que se emite...

A) Que el día 17 de julio de 1988, el matrimonio compuesto por el Sr. Connor y esposa llegó³ a las 17 horas al Hotel Caribe Es Carriá, en Santa Eulalia (Ibiza), con el proyecto de disfrutar unos días de vacaciones...; 2º) Se les asignó la habitación 543, situada en el piso

2 Al transcribir estos fundamentos, prescindiendo de los atinentes al recurso de la entidad propietaria del Hotel, que fue desestimado, así como también del segundo motivo del recurso formulado por los demandantes que, atinente a los intereses procesales, fue acogido; y, al reproducir los otros fundamentos, lo hago con un cierto criterio selectivo, pues suprimo palabras que sustituyo por puntos suspensivos, con lo que alivio su lectura y no altero su sentido.

3 En el texto de la sentencia pone "llegaron", pero el sujeto de la frase es el matrimonio y no sus dos componentes.

ninguna cantidad por este concepto al demandante y que también postula en su demanda. La respuesta merece el siguiente análisis sobre el llamado daño moral:

SEXTO: En torno al daño moral existe... un campo de doctrina y jurisprudencia que lo integra por todas aquellas manifestaciones psicológicas que padece... el perjudicado —o persona allegada al mismo por vínculos efectivos o parentales—... y que, por su naturaleza..., no son traducibles en la esfera económica; en un intento de aproximación y al amparo de una jurisprudencia que ha tratado progresivamente de¹² acotar esas líneas integradoras..., lo importante es que se demuestre... la realidad de tales daños... y esta Sala (STS de 22 de mayo de 1995)... tiene... que resaltar el acierto de sustantivar "nominatim"... la... difícil noción..., no sólo en el... dolor inferido..., sino en la... zozobra..., pesadumbre, temor o preajudicio de incertidumbre..., al percibir... que su mal no le ataja... [y] que esa irregularidad intensificará... en el futuro la gravedad de su dolencia...

Y puede en esa línea entenderse como daño moral, en su integración negativa, toda... detracción que sufre el... damnificado y... supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los daños materiales, porque éstos son aprehensibles... y, por... tanto, traducibles en su "quantum" económico...; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque éstos, por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico. Finalmente¹³, no puede ser... [incluido] dentro de la categoría... el... daño emergente, o la privación... de... ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito...

En cuanto a su integración positiva... por daños morales habrán de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible... captar la esencia... por seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora... En esta idea cabe comprender aspectos... difusos para su perceptibilidad jurídica, pero... de general... comprensión... social, [como] los siguientes:

1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima...; si por... la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitálicas, se origina un... desajustamiento mental..., también es posible... integre ese daño moral. Se podría insertar una línea de aproximación de supuestos fácticos, pero puede ser suficiente que, así como es comprensible la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, el dolor psíquico puede ser también relevante, por ejemplo [si] esa lesión corporal afectó cualquier elemento facial del cuerpo del dañado¹⁴ que, a su vez, produzca cualquier deformidad en sus aspectos estéticos más sobresalientes; déficit... que... depare a la víctima dolor o desazón al verse privada¹⁵... de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba (SS 22 mayo y 13 de noviembre de 1995).

¹² En el texto de la sentencia se pone "en", pero parece que lo correcto es poner "de".

¹³ No parece muy ordenada la expresión final de este concepto, porque el daño emergente y el lucro cesante, aunque procedan de un daño corporal, se insertan en el ámbito de la perjudicialidad material o patrimonial mencionada previamente.

¹⁴ En el texto de la sentencia se pone "dañado", pero parece que quiere decir "dañado".

¹⁵ En el texto de la sentencia se pone "privado", pero lo correcto sería decir "privada", pues se refiere a la víctima.

la... reparación de los... perjuicios sufridos; alegando que, si han de resarcirse íntegramente..., es preciso acudir a... criterios que... permiten acercar la lamentable situación... a la... anterior al siniestro, aunque en el convencimiento... de que esa íntegra restitución nunca será posible. Así, nuestro más Alto T atiende, para la fijación de los distintos conceptos indemnizatorios, a tres momentos; una fase preexistente, sobre la situación médica y socioeconómica del paciente antes del accidente; una fase post-accidente, antes de la consolidación de las secuelas, en la que deberán ser incluidos los gastos médicos, los gastos hospitalarios, la incapacidad temporal, los gastos de transporte y el daño moral, entendido, según STS de... 4 de junio de 1985, como el... padecimiento... experimentado durante el curso de la curación..., dolores sufridos en el... accidente, el transporte hasta el hospital, las primeras curas, dolores de la intervención quirúrgica, anestesia de la intervención, dolores tras la anestesia, dolores de cuidado hospitalario y preocupaciones por el futuro familiar y profesional; y una tercera fase, llamada de post-consolidación, que incluye los gastos médicos futuros, los gastos de asistencia de una tercera persona durante la vida del enfermo, los gastos de reposición de prótesis, la fijación de una indemnización por la incapacidad permanente, que variará en función de la edad, sexo, profesión..., o sea, por las circunstancias personales, y por último, de nuevo, el daño moral, entendido como la privación para el resto de la vida del disfrute pleno de las propias energías y del desarrollo de la personalidad en el medio social, pérdida del optimismo necesario para afrontar los avatares de la existencia¹⁶, y una situación parcial de desvalimiento... que debe hallar... traducción económica en el fallo..., STS de... 7 de mayo de 1987. Como quiera que la S de la Secc. 4ª de la AP de Palma de Mallorca tiene en consideración esta doctrina y la aplica a... Helen..., por los sufrimientos morales, no hace lo mismo respecto del daño moral soportado por... David..., ya sea el inmediato al hecho trágico ocurrido, como el derivado de la conciencia de irreversibilidad de su menoscabo fisiológico, sin que puedan entenderse incluidos en ninguna de las vertientes del concepto patrimonial de daño. En efecto—continúa el motivo— el daño puede desglosarse en personal o corporal, esto es, la lesión o menoscabo de la salud de un sujeto; material, en su vertiente emergente y de lucro cesante; y moral, como precio del sufrimiento no físico. La S que es objeto de recurso cuantifica con más o menos fortuna el daño personal¹⁷, según la Orden del Min. Econ. Hac. de 5 de marzo de 1991 y la Resolución de 17 de enero de 1995 de la DGS; y lo mismo cabe decir respecto de los daños materiales; pero deja sin subsanar... los daños morales padecidos por la víctima principal¹⁸..., que son inherentes a su situación objetiva. En efecto, en la S recurrida sólo... se acogen los daños morales de la esposa del actor..., mientras que no se reconoce

⁷ Como es sabido, el sexo como tal no es un parámetro manejable para fijar el importe de una indemnización por daños corporales.

⁸ Es frecuente que la profesión del lesionado se invoque como parámetro para la determinación de la indemnización, aunque lo usual es que no se compute de forma demostrativa.

⁹ Los subrayados son míos y los pongo para resaltar que el recurrente había consistido los perjuicios morales que decía no haber sido resarcidos en la privación definitiva del "disfrute" pleno de la personalidad, postulando la autonomía conceptual y resarcitoria del daño corporal y del daño moral que ése produce, siendo criterio que fue acogido por el TS.

¹⁰ Corrigiendo el concepto empleado por los propios textos normativos, estimamos que debe decirse "daño corporal", que constituye una especie de la categoría más amplia del daño personal.

¹¹ Los subrayados son igualmente míos y su razón de ser enlaza con lo dicho en la nota precedente.

SÉPTIMO: Ahora bien, de ese diseño doctrinal sobre el daño moral y su relevancia jurídica a los fines del adecuado resarcimiento del daño, la Sala ha de distinguir dos situaciones perfectamente claras, cuando la reclamación... se efectúa por el propio lesionado o víctima del ilícito... determinante de la responsabilidad declarada:

1) En los casos generales en los que el accidente... ocasiona a su víctima los quebrantos propios de su proceso de curación, tras cuya superación... queda indemne o sin tara alguna, que es lo que suele suceder en la mayoría de los casos, entonces el resarcimiento de los daños y perjuicios... ha de absorber o embeber aquel daño moral, que, por ello, será irrelevante a los fines de su autonomía indemnizatoria, ya que, en otro caso, se llegaría al abuso o desvío desnaturalizador de la institución de que toda lesión... debía ser objeto... siempre de una compensación económica por tal daño moral. Esto se descarta por completo.

2) Empero en cuanto a casos como el... enjuiciado, en los que... las lesiones causadas... han sido de tal gravedad que... han postrado [al lesionado] en una silla de ruedas, con una incapacidad vitalicia, y con necesidad de que [se] le auxilie... en la ayuda indispensable en su vida doméstica, es claro, que ese haz patológico... por su gravedad y persistencia, depara... un permanente estado anímico de frustración y sufrimiento tan intensos (en otro perfil de distinta ontología cabe encuadrar en esa tipología las lesiones que, tras su restauración, dejan secuela o cicatrices perceptibles en la imagen de la persona afectada, asimismo, integradora de ese daño moral con el consiguiente efecto resarcible paliativo de ese deterioro... estético), que... tienen... que ser enjuiciados por... los TT... (al contrario que la Sala "a quo" al silenciar este concepto¹⁷ que... se reclama por importe de 30.000.000 de pesetas), para paliar, en lo posible, semejante déficit con... una compensación económica, y que, en el caso de autos, se entiende ajustada la... fijada en la... demanda, lo que conduce a la acogida del motivo con los... efectos legales derivados...

COMENTARIO

1. Introducción.

La STS reseñada¹⁸ abordó la cuestión del resarcimiento del perjuicio moral derivado de un daño corporal. Según dice expresamente, contiene un "estudio" o "diseño doctrinal sobre el daño moral y su relevancia jurídica a los fines del adecuado resarcimiento", aunque no acomete por completo, de forma general y unitaria, la indicada problemática, sino sólo, de forma específica e insular, la del perjuicio moral dimanante del daño corporal, quedando reducido su contenido a unas consideraciones coyunturales y aproximativas que son de utilidad doctrinal bastante relativa, por su escasa significación nomofiláctica y su dudosa fuerza persuasiva. Se trata, en todo caso, de una sentencia doctrinalmente insuficiente, aunque puesta al servicio efectivo de la justicia material del caso concreto; sentencia propia de un sensible juzgador, pero con doctrina casacional que deja bastantes flecos.

¹⁷ Lo cierto es que la AP no silenció el concepto dañoso, sino que lo consideró embebido dentro de la "incapacidad permanente", identificando la incapacidad permanente con la lesión permanente y entendiendo incluidos dentro de dicha indemnización cualesquiera perjuicios de índole personal causados por tales lesiones, de modo que dio respuesta cumplida, aunque equivocada, a la pretensión deducida por el lesionado.

¹⁸ Pte. Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada Gómez.

2) Puede ser también aspecto integrador de ese daño moral cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, por naturaleza o sangre, que se dan entre personas allegadas fundamentalmente por vínculos parentales, cuando a consecuencia del hecho ilícito, se ve uno... privado temporal o definitivamente de la presencia o convivencia con la persona directamente dañada por dicho ilícito, o por la situación deficitaria o de auténtica orfandad en que pueden quedar ciertas personas por las lesiones [o] por la muerte de sus parientes más cercanos, por ejemplo, en... supuesto de... relación parental intensa, la pérdida del padre con respecto a los hijos, o a la inversa, y demás parientes, o incluso, a veces, por relaciones de... amistad o convivencia, o cuando dichas personas conviven tan estrechamente que se crean lazos pseudo-parentales¹⁹; ahora bien, se puntualiza que... la integración de este daño moral... trata de incorporar... no... las privaciones materiales o alimenticias que, a consecuencia de dichas lesiones o muerte, pueden padecer las personas o supervivientes que estuviesen bajo la tutela, custodia o el estipendio económico del lesionado o fallecido, porque obvio es que tales contingencias se ubicarán dentro del campo de los daños corporales en general, o materiales en su modalidad de perjuicios; y es que... se pretende sustantivar como daño moral... el sufrimiento, tristeza, angustia o soledad padecida por las personas que, ante ese hecho ilícito, se ven privadas de la vida de esos seres tan allegados y con lazos tan intensos.

Cierto es que tanto en un aspecto como en otro, el problema del daño moral transitará hacia la realidad económica de la responsabilidad civil, por lo que habrá de ser —en lo posible— objeto de la debida probanza... por parte del perjudicado, aclarándose, ante la posible equivocidad derivada del anterior estudio, que, si bien dentro del campo... [de] la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable, no debe olvidarse que en tema de daños, y como criterio general, rige que la carga de la prueba en concreto, en cuanto a su ocurrencia y cuantificación, incumbe... a la persona que pretende su resarcimiento, esto es, que... la existencia del daño y su cuantía habrán de demostrarse de forma indiscutible o indubitada por la persona que reclama...; por tanto, dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos estos conceptos que han integrado el instituto: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de lazos efectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar estas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo en una especie de estadística sociológica... cimentar su integración tangible en la responsabilidad de este vaporoso y discutible daño. Se decía al punto, entre otras, en S 21 de octubre de 1996: "...Si bien es cierto que el... [art.] 1106 C.c. establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible —los llamados daños morales—, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia de esta Sala (desde la antigua S 19-1 2-49 y posteriores de 22-4-83, 25-6-84, 3-6-91, 27-7-94 y 3-11-95, entre otras), que su cuantificación puede ser establecida por los TT... teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes..."

¹⁹ Más que pseudoparentales, parece que debiera hacerse referencia a relaciones cuasiparentales.

tristeza, la angustia, la soledad y cualquier frustración, quebranto o ruptura en los sentimientos, lazos o afectos, que se produce como consecuencia de verse privada la persona, —de forma temporal o definitiva— de la presencia o convivencia de la persona dañada, a virtud de la intensa relación parental (o asimilada) existente con ella, siendo claro que se refiere fundamentalmente a los perjuicios morales que padecen los parientes próximos (convivientes) de la víctima, tanto en el caso de su muerte como en el de sus lesiones.

En materia de prueba, señala que el criterio general es que la carga de la existencia y cuantificación del daño moral incumbe a quien pretende su resarcimiento, de modo que el perjudicado tiene que acreditar o, por lo menos, exponer o exteriorizar, la realidad de los conceptos que integran el daño moral, para, con apoyo "en una especie de estadística sociológica", cimentar su integración tangible en la determinación de la responsabilidad civil.

Señala así que es distinto el régimen probatorio referente a la existencia y cuantía del daño moral que el de la imputación de la responsabilidad civil, al significar, respecto de ésta, que incumbe al dañador la carga del acreditamiento de su liberación, lo que supone predicar, sin los adecuados matices, una disciplina de probanza que, según se desprende del examen detallado de la mejor jurisprudencia, sólo se proyecta sobre las actividades dañosas de riesgo típico o específico y no sobre las actividades dañosas de riesgo general u ordinario, en relación con las cuales la carga de la prueba atributiva sigue correspondiendo al perjudicado, de acuerdo con la doctrina tradicional u originaria²⁰.

4. La proyección de la anterior doctrina sobre el caso enjuiciado

A los efectos de la resolución del motivo, la Sala distingue dos supuestos diferenciados, señalando que, en los casos generales en que el lesionado queda indemne, es decir, en los casos de las meras lesiones temporales, el resarcimiento de los daños y perjuicios ha de absorber o embeber el daño moral, por lo que este concepto carece de relevancia como concepto indemnizatorio autónomo, pues, de actuarse de otra forma, se llegaría al abuso o desvío desnaturalizador de la institución. Pero, sentido lo anterior, señala que, en cambio, en los casos en que las lesiones son particularmente graves (hasta el punto de quedar el lesionado postrado en una silla de ruedas, con una incapacidad vitalicia y con la necesidad de ser auxiliado por tercera persona en lo indispensable para su vida doméstica), el estado anímico de frustración y sufrimiento es de tal intensidad que el daño moral producido ha de restaurarse con autonomía, acogiéndose la reclamación formulada por tal concepto por el lesionado, cifrada en 30.000.000 Ptas., al haberlo dejado de ponderar la AP.

Se trata de una solución idéntica a la adoptada en STS de 3 de noviembre de 1995²¹, en la que, tras señalar que el error de apreciación probatoria que denunciaba el recurrente se ponía al servicio de disentir de la cuantificación indemnizatoria fijada por el a quo, se acogió el motivo casacional, al considerar que los 7.000.000 Ptas. reconocidos al lesionado como indemnización por sus secuelas no incluían la valoración del daño moral, para el que el TS fijó la suma de 5.000.000 Ptas.

²⁰ Para la diferenciación que se apunta en el texto, me remito a la correcta doctrina que recogen en concreto las SSTS de 9 de julio de 1994 (Pte. Excmo. Sr. Morales Morales) y 12 de julio de 1994 (Pte. Excmo. Sr. Gullón Ballesteros).

²¹ Del mismo ponente que la que nos ocupa.

2. El recurso de casación. La falta de resarcimiento de los daños morales causados por las lesiones permanentes

Disconforme con la sentencia apelatoria, el demandante formalizó recurso de casación mediante un motivo en el que alegó la infracción por falta de aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa al resarcimiento del daño moral, con el argumento de que, reconocida indemnización por los perjuicios morales causados a su esposa, no se había fijado en su favor indemnización alguna por los daños morales derivados de sus lesiones permanentes.

Según la amplia reseña que del motivo efectúa la sentencia, el recurrente distinguía entre el "menoscabo fisiológico" (perjuicio o daño sicofísico) y la "conciencia de irreversibilidad del mismo" (perjuicio o daño moral), con el argumento de que la AP había reparado el primero, pero había dejado de reparar la segunda; y, a su vez, distinguía entre el sufrimiento físico y el no físico, para enmarcar el primero en el menoscabo fisiológico y el segundo en el menoscabo de índole moral, como conceptos dañosos que, siendo diversos, lo han de ser también a efectos resarcitorios, con fijación separada de la indemnización que corresponda por uno y otro.

3. La estimación del motivo del recurso. La valoración específica de los perjuicios morales ligados a las lesiones permanentes

Para resolver el motivo, el TS realiza, según se ha anticipado, lo que llama un "estudio" sobre el daño moral, consistente en un "diseño doctrinal" sobre él y sobre su "relevancia jurídica", a los efectos del resarcimiento; y, para la configuración del concepto del daño moral —sustantivación *nominatim*—, calificado de "vaporoso y discutible", la propia Sala acude a un doble criterio, negativo y positivo.

En su *integración negativa*, dice la Sala, daño moral es toda detraccción o inmisión perturbadora que, afectando a su personalidad (elemento de integración positiva y no negativa), sufre el perjudicado, sin que pueda incluirse en el concepto de daño material, ni en el de daño corporal, señalando que el primero, comprensivo tanto del daño emergente como del lucro cesante, es perfectamente aprehensible y traducible en términos económicos; y que, a su vez, el segundo, siendo igualmente sensible, puede también traducirse en iguales términos mediante "una técnica de acoplamiento sociocultural"²². Por otra parte, sitúa fuera del concepto de daños morales las privaciones materiales o alimenticias que sufran los parientes del lesionado o fallecido, porque se trata en este caso de daños corporales en general o de daños materiales en su modalidad de perjuicios, marcando así una disyuntiva que queda sin formalizar, pues lo correcto es afirmar, como veremos, que tales detrimentos son consecuencias materiales de un daño corporal.

En su *integración positiva*, dice la Sala, con invocación de la S de 22 de mayo de 1995, los daños morales están constituidos, en unos casos, por "toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos" que, padecidos por la víctima con carácter temporal o vitalicio, constituyen el componente de un "desquiciamiento mental" (zozobra, inquietud, desazón, pesadumbre), haciéndose referencia a que incluye el dolor que sufre el perjudicado al verse privado de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba (referencia específica al perjuicio estético); y señala que encajan también en el concepto de daños morales el sufrimiento, la

¹⁹ O dicho en roman paladino, que, aunque en sí no es valorable, su tangibilidad o corporeidad permite que se valore mediante una concreta convención social.

moral y el sufrimiento (la pesadumbre), porque aquél existe aunque éste falte, si bien, cuando éste existe (que es lo normal), se erige en importantísimo componente del perjuicio moral²⁴.

Aunque la sentencia comentada, en un determinado momento, hace referencia, con descuidada ubicación (la definición de la integración negativa del concepto), a que el perjuicio moral supone una intromisión perturbadora de la personalidad, se atiende fundamentalmente a una concepción subjetiva del daño moral que, literalmente captada, se traduciría, a *sensu contrario*, en afirmar que la ausencia de sufrimiento equivale a la ausencia de daño moral. Por otra parte, sorprende, en principio, que, diferenciado el daño corporal y el daño moral, se diga que los dolores físicos se integran en el segundo, desconectándolos conceptualmente del primero, aunque se entiende que así sea en la medida en que son daños-consecuencia. El dolor físico se inserta como tal en el daño biológico —en el daño corporal emergente o daño sicofísico— y, a su vez, la perturbación del ánimo que comporta es catalogable como perjuicio de índole moral.

Identificados normalmente los daños morales (expresión positiva) con los daños extrapatrimoniales (definición negativa), hay dos nociones de daño moral, amplia una y estricta la otra. La amplia es la que tradicionalmente (con puntuales excepciones) ha utilizado la jurisprudencia, entendiéndose que lo es cualquier daño estrictamente personal (o estrictamente no patrimonial), comprendiendo los perjuicios morales derivados de un daño material, los perjuicios morales derivados de un daño corporal y los perjuicios morales causados por los atentados a los bienes espirituales de la persona, incluyéndose también los estrictos daños corporales (el daño sicofísico). A su vez, la noción estricta incluye los tres primeros, pero excluye el daño corporal emergente, es decir, la pérdida de la vida y la lesión o menoscabo de la integridad psicofísica²⁵.

Como puede verse, la resolución comentada se atiende a este concepto estricto de daño moral, en el que no se inserta el corporal; y, en cambio, como veremos, la AP se atuvo a un concepto amplio que englobaba tanto el daño corporal como el perjuicio moral consecuente. Sentado ello, sorprende que aquélla se refiera a la tangibilidad tanto de los daños materiales como de los daños corporales, así como a la intangibilidad de los daños morales, para señalar que la aprehensibilidad de los primeros determina que puedan perfectamente traducirse en términos económicos y que la sensibilidad de los segundos condiciona también su perfecta traducción económica, mediante lo que de forma bastante imprecisa denominamos "*una técnica de acoplamiento sociocultural*"; y sorprende esta aseveración, en la medida en que se insinúa *sensu contrario* que los daños morales no son traducibles en términos económicos (con igual perfección), precisamente porque no cabe acudir a esa técnica de acomodación, la cual, si es utilizable para valorar el daño corporal, pese a proyectarse sobre unos bienes que son *extra commercium*, no se entiende por qué no puede utilizarse para valorar, al menos básicamente, la perjudicialidad moral.

²⁴ Como dice en Italia la STS de 28 de noviembre de 1996 (núm. 10606), la resarcibilidad del daño moral se corresponde con la valoración, no tanto de la *pecunia doloris*, como de la *pecunia lese dignitatis*.

²⁵ Téngase en cuenta que hay, además, un concepto superestricto de daño moral, que queda contrariado al que dimana de un ataque a cualquier bien espiritual de la persona. Tal es el sentido que se utiliza cuando se afirma que el reconocimiento de la resarcibilidad del daño moral en nuestro país tuvo lugar con la STS de 6 de diciembre de 1912.

5. La doctrina formulada sobre la concepción del daño moral

Aunque la sentencia parece atenerse a una concepción general del daño moral, lo cierto es que sólo se refiere, en rigor, al derivado del daño corporal; y, a tal efecto, siguiendo las pautas marcadas por el motivo, distingue, según hemos visto, tres clases de daños: los materiales, los corporales y los morales.

Frente a la clasificación tricotómica que efectúa la sentencia, parece preferible, por su precisión doctrinal, una dicotómica que, en atención a la naturaleza de los bienes menoscabados, diferencian los daños materiales y los personales, consistentes los primeros en el menoscabo de las cosas que integran el patrimonio económico de la persona y los segundos en el menoscabo de los bienes de la personalidad, que integran el estricto patrimonio personal de la persona. Dentro de éstos —los daños existenciales a los que se refiere la doctrina italiana más moderna²⁶—, hay que distinguir, a su vez, entre los daños *en* (el cuerpo de) la persona —que son los daños corporales, que afectan al patrimonio biológico o sicofísico de la persona— y los daños a la persona, que son los que afectan a los bienes que integran su patrimonio espiritual (identidad, libertad, honor, intimidad, imagen, serenidad/tranquilidad, creatividad).

Estamos así ante la primera clasificación fundamental de los daños, que atiende como *ratio dividentis* a la índole patrimonial o personal de los bienes menoscabados. A su vez, la segunda clasificación atiende a la índole patrimonial o personal de las consecuencias perjudiciales que derivan de unos y otros daños; y, en este sentido, tanto el daño material emergente como el daño personal (corporal o estrictamente personal) puede dar lugar a un doble tipo de consecuencias perjudiciales (perjuicios): materiales (perjuicios patrimoniales) o estrictamente personales (perjuicios morales). A su vez, al hacerse referencia a estas secuencias, debe resaltarse que, cuando derivan de un daño material, las patrimoniales son normales o necesarias, mientras que las personales (extrapatrimoniales, morales) son contingentes; pero, en el caso de los daños personales (corporales o estrictamente personales), las consecuencias personales (perjuicios morales) son intrínsecamente necesarias, mientras que las patrimoniales son contingentes. Son ideas que requerirían de ciertas matizaciones de las que prescindo por razones de espacio, limitándome a señalar que esta doble clasificación ha de constituir el punto de partida para la construcción de una teoría general del daño y de sus diversas consecuencias perjudiciales, evitándose así las confusiones terminológicas que, a veces, se producen, con su fondo desviado²⁷.

Por tanto, los perjuicios morales son las consecuencias personales deficitarias de un daño material o de un daño personal (corporal o estrictamente personal); perjuicios cuya consecuencia es primariamente objetiva, porque supone el indefectible resultado de un atentado a la dignidad de la persona, al menoscabarse cualquiera de sus diversos atributos (bienes de la personalidad); y esto supone que hay una falta de identificación completa entre el perjuicio

²⁶ Vide al respecto *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità*, AAVV, dir. Paolo CEN-DON y Patrizia ZIVIZ, Milano, 2000, con estudio de las diversas manifestaciones del "daño existencial".

²⁷ Sobre esta doble clasificación fundamental, remito a mi obra, *La valoración civil del daño corporal*. Bases para un Tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia, t. I, Los fundamentos, Dykinson, Madrid, 1999, págs. 25-45; y sobre la necesidad de construir una teoría general del daño y de sus diversas consecuencias perjudiciales, vide págs. 299-300.

perjuicios morales derivados de él. La razón de la diferenciación estriba en que, en el primer caso, la autonomía resarcitoria del daño moral daría lugar a un "*desvío desnaturalizador del instituto*", de carácter abusivo (se supone que por la duplicación compensadora que comporta), sin que tal aseveración resulte en absoluto convincente, pues no hay el más mínimo obstáculo en que pueda fijarse una cantidad para resarcir el estricto daño corporal temporal y otra para resarcir el perjuicio moral que de él derive, por lo que no se comprende que, de forma tan contundente, se afirme que "*se descarta por completo*" la pertinencia de efectuar esa valoración separada, pues la ponderación vertebrada —separada— de los dos conceptos dañosos no tiene que traducirse en absoluto en una duplicación sobrerrestauradora. Otra cosa muy distinta es que sea útil la solución discriminada.

Por ello la STS viene a considerar que el módulo diario de 8.000 ptas. que, aplicado al período temporal de impedimento, fijó la AP, sirve para resarcir indiscriminadamente el perjuicio fisiológico y el perjuicio moral inherente a él; y que la suma de 24.586.400 ptas. establecida, para el resarcimiento de las lesiones permanentes servía exclusivamente para compensar el menoscabo sicofísico en que las mismas consistían, pero no los perjuicios morales causados por aquéllas, los cuales, erigido el TS en órgano de instancia, se valoran en el trámite casacional en 30.000.000 ptas., con acogimiento de la pretensión deducida al efecto por el lesionado.

El problema es que se trata de una distinción a la que no se había atendido en absoluto la AP, para la que la suma fijada por las lesiones permanentes servía, con toda seguridad, para resarcir el daño moral en sentido amplio, comprensivo tanto del perjuicio fisiológico en que consisten las lesiones permanentes como el perjuicio moral derivado de ellas.

Adoptada tal perspectiva, que es la tradicional de nuestra jurisprudencia, consistente en no distinguir entre el resarcimiento del daño fisiológico y el del perjuicio moral derivado, podía, en principio, parecer que el motivo estaba llamado a ser desestimado, en la medida en que, aunque con un buen ropaje de expresión doctrinal, se estaba discutiendo la cuantía de la indemnización fijada por el T a quo; y, en definitiva, el mecanismo al que acude el TS (al igual que hiciera en la S de 3 de noviembre de 1995), para sustituir el criterio del a quo, radica en afirmar que éste solamente había valorado el perjuicio fisiológico, pero que había dejado radicalmente de valorar el perjuicio moral. Se trata de un mecanismo habilidoso con el que mantener la doctrina de que la cuestión valorativa pertenece privativamente al T de instancia, acudiéndose a la tesis de que la AP había dejado de valorar los perjuicios morales derivados del daño corporal, ponderando solamente éste. Estamos así ante una S en la que el TS desplega su sensibilidad de juzgador, brindando encarnadura jurídica (afirmación del principio de vertebración frente al de la globalidad) a una solución que venía exigida por razones elementales de justicia material, coordinadas con las exigencias de la cultura valorativa. Sobre la consistencia de la indemnización que fijara la AP por el concepto de lesiones permanentes ("incapacidades permanentes") hará unas puntuales indicaciones en el siguiente apartado, apuntando que, creyendo resarcirlos, dejó en verdad de resarcir los perjuicios morales ligados a los impedimentos de actividad.

Por otra parte, el TS se atiende en exclusiva a una dicotomía extrema de supuestos, pues se refiere, de un lado, a las lesiones temporales que curan sin secuelas (aunque, como es natural, somete al mismo tratamiento las lesiones temporales que curan con secuelas, cual era precisamente el caso de autos) y, de otro, a las lesiones permanentes de enorme gravedad impeditiva, predicando sólo de las segundas la autonomía resarcitoria de los perjuicio

6. La doctrina sentada sobre la prueba del daño moral

Según hemos visto, el TS se limita, en materia probatoria, a expresar el criterio de que la carga de la prueba del daño moral y de su cuantificación incumbe al perjudicado, habiendo de acreditar o, por lo menos, exteriorizar, la realidad de los conceptos que integran la figura, para, con base en tales datos y con apoyo en una especie de "*estadística sociológica*", efectuarse la correspondiente valoración. Así las cosas, hay que preguntarse: ¿Es distinta esa estadística sociológica, como técnica valorativa, del acoplamiento sociocultural que se predica para valorar el estricto daño corporal? Pese a la objetividad del daño corporal y pese a los componentes subjetivos (aditivos) del perjuicio moral, creo que la respuesta debe ser negativa y que se trata de parámetros sociales perfectamente equiparables.

Lo que deja de decir en este caso el TS, aunque lo apunta, es que el perjuicio moral derivado de cualquier daño personal es un *damnum in re ipsa*, que existe de suyo desde el momento en que se ha producido el atentado a cualquiera de los bienes de la personalidad, tal como sostenía el recurrente (referencia a que los daños morales son inherentes a la situación objetiva de la lesión), de tal manera que el menoscabo de la integridad psicofísica y el atentado *n* sí a cualquier bien espiritual de la persona genera necesariamente un perjuicio personal (inmaterial), lo que supone que la novedad moral queda de suyo demostrada por la simple existencia del daño fisiológico o del atentado a cualquiera de los derechos que integran el patrimonio espiritual de la persona.

Es cierto que el perjudicado tiene que probar la existencia del daño moral, pero tal acreditamiento se produce ya con la probanza del perjuicio fisiológico o de cualquier atentado a alguno de los bienes de la personalidad. Otra cosa es la cuantificación de tal perjuicio, en el entendimiento de que su valoración ha de derivar de la propia consistencia objetiva del daño básico y, a su vez, del conjunto de datos y elementos que el perjudicado proporcione al juzgador, de acuerdo con una serie de parámetros perfectamente construibles, pese a la intrínseca dificultad de la materia, sin que ésta —que es sólo dificultad y no imposibilidad— justifique la tradicional postura abdicativa.

7. La doctrina sentada sobre la valoración del daño moral

Afirmada por el TS la autonomía conceptual del daño moral en relación con el daño corporal, se alcanza la que denomina su sustantivación *nominatim*, es decir, su aislamiento como entidades nocivas diversas, cada una con su propia denominación. Pero la singularidad de la S radica en afirmar que la autonomía conceptual del daño moral no se traduce necesariamente en su autonomía resarcitoria; y en este sentido típica, según hemos visto, dos situaciones diferenciadas: la de las lesiones temporales que curan sin secuela y la de las lesiones permanentes de tan enorme gravedad que el lesionado precisa de la ayuda vitalicia de una tercera persona.

Para el TS, unas y otras lesiones exigen un tratamiento resarcitorio diverso, pues, en el primer caso, la autonomía conceptual del daño corporal y del daño moral no ha de traducirse en su autonomía resarcitoria, de modo que su resarcimiento ha de tener lugar mediante una cantidad única, sin que se establezca una para resarcir el perjuicio fisiológico y otra para resarcir el perjuicio moral que deriva de él. En cambio, en el segundo caso, la autonomía de los dos conceptos ha de traducirse en su autonomía resarcitoria, mediante la fijación de cantidades distintas, una para la reparación del perjuicio fisiológico y otra para la reparación de los

de secuelas de especial gravedad, que aparecen contemplados en la segunda regla de la referida tabla, como instrumento con el que compensar el desajuste valorativo (agravio de comparación) de que son objeto las macrolesiones en el Baremo médico de la tabla VI²⁹, sin que lo corrija el Baremo económico de la tabla III.

En lo que refiere a la lesión temporal, el TS se atiene a un criterio que coincide con el del apartado A) de la tabla V, pues estima como única solución plausible que se resarza indiscriminadamente el daño fisiológico en que consiste tal lesión y el perjuicio moral que deriva de ella, tanto el ordinario inherente como el extraordinario del efecto impeditivo, aunque el TS no conceptúa esta última distinción. A su vez, en lo que refiere a la lesión permanente, sentando que el subsistema tabular supone la valoración, a través del juego combinado de las tablas VI y III, del perjuicio fisiológico y del daño moral inherente a él, para valorar separadamente, como factores de corrección (tabla IV), no sólo los daños morales complementarios, sino, en particular, los daños morales ligados al efecto impeditivo de tal lesión, el TS se atiene a un criterio parcialmente parecido, radicando la diferencia en que, para él, en el concreto caso contemplado, se afirma plenamente la autonomía conceptual y resarcitoria de los daños corporales permanentes y de los perjuicios morales, de tal manera que entiende (siendo incierto) que la AP sólo valoró los primeros y dejó radicalmente de valorar los segundos, siendo ésta la razón por la que acoge la impugnación deducida por el perjudicado.

El TS rompe con la tradición predominante de no discriminar entre perjuicios biológicos y perjuicios morales, para, en el caso de unas lesiones permanentes de gran gravedad, atenerse a un criterio de discriminación que sólo coincide parcialmente con el adoptado en el sistema legal valorativo. En éste, como queda dicho, la indemnización básica por lesiones permanentes sirve para reparar el daño fisiológico y el perjuicio moral ordinario o inherente a él, para, a su vez, valorar separadamente los perjuicios morales especiales o extraordinarios a través del factor de la incapacidad permanente y, en su caso, a través del factor de los daños morales complementarios, aunque éstos, tratados como extraordinarios, no lo son. En cambio, el TS valora, primero, estrictamente, los perjuicios fisiológicos, y valora, después, separadamente, los perjuicios morales derivados de las lesiones permanentes, sin distinguir entre los ordinarios y extraordinarios, aunque puede inducirse que quiere decir (de forma fundamentalmente intuitiva) que, ante un supuesto de lesiones permanentes de efecto impeditivo particularmente grave, tras fijar la indemnización por el daño fisiológico y los perjuicios morales ordinarios inherentes, hay que valorar separadamente los especiales ligados a la gravedad de esos efectos impeditivos, asumiendo así el criterio al que se atiene el sistema legal, pues éste se acomoda al principio de discriminación cuando las lesiones permanentes desplazan un efecto discapacitante, cualquiera que sea su intensidad, sin reducirlo a los casos de extrema gravedad.

²⁹ Sobre la significación conceptual y resarcitoria de este factor, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes...*, cit., págs. 182-193; y, con más amplitud, *Los daños morales complementarios. Consideraciones doctrinales*, R. Resp. Civ. Circ. Seg., 2003/1, págs. 4-21, reproducido con ciertas variantes, bajo el título de *Consideraciones doctrinales sobre los daños morales complementarios en el sistema valorativo de la Ley 30/1995 (tabla IV)*, en AAVV, *Libro homenaje al Profesor Dr. Don Eduardo Font Serra*, Centro Estudios Jurídicos, Ministerio Justicia, Madrid, 2004, t. 2, págs. 1965-2008.

cios morales, negándose a las primeras, sin referirse en absoluto a la solución que exige la constelación de situaciones intermedias constituida por la existencia de lesiones permanentes que, aun siendo impeditivas, no se traducen en un impedimento de grado superlativo. No se sabe así si las situaciones intermedias se han de acoger al principio de la indiscriminación (autonomía conceptual pero no resarcitoria del daño corporal y del daño moral) o al de la discriminación (autonomía conceptual y resarcitoria de una y otra expresión nova). Lo correcto es afirmar la autonomía conceptual y resarcitoria de los perjuicios ligados a cualesquiera perjuicios personales de actividad que sean producidos por las lesiones permanentes, sin afirmarla sólo en los casos extremadamente graves.

8. La doctrina sostenida y su comparación con la estructura del sistema legal valorativo

Aunque sigue sin calar en las resoluciones judiciales, es sabido que el sistema de la Ley 30/95, incorporado como anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor —sistema que, a la postre, habrá de ser estudiado, extrayendo sus muchas potencialidades—, consagra la autonomía conceptual del menoscabo fisiológico y del perjuicio moral (inciso primero de la regla general 7ª del apartado primero), aunque sólo afirma relativamente su autonomía resarcitoria³⁰.

Con referencia a las lesiones (temporales o permanentes), las indemnizaciones básicas, reguladas en las tablas "primeras" (apartado A de la tabla V y juego combinado de las tablas VI y III), sirven para reparar el perjuicio fisiológico y, al tiempo, indiscriminadamente, el daño moral ordinario inherente a él³¹. También se integra en la indemnización básica por lesiones temporales el daño moral especial o extraordinario que produce su efecto impeditivo, mientras que, en el caso de las lesiones permanentes, este daño moral especial o extraordinario se resarce, al margen de la indemnización básica, como un factor de corrección, a través de la tabla IV³²; y, además, hay el concepto de daños morales complementarios para el caso

³⁰ Para el estudio de la expresada regla general, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1º, *Las reglas generales del sistema*, 1999, págs. 205-213.

³¹ Téngase en cuenta que las tablas "primeras" del sistema legal, reguladoras de las indemnizaciones básicas, son: la tabla I, para la muerte; las tablas VI y III (su juego combinado), para las lesiones permanentes; y el apartado A) de la tabla V, para las lesiones temporales. A su vez, las tablas "segundas", que contienen la regulación de los factores de corrección, son: la tabla II, para la muerte; la tabla IV, para las lesiones permanentes; y el apartado B) de la V, para las lesiones temporales.

³² Sobre la significación conceptual y resarcitoria del factor de la incapacidad permanente, como concepto civil, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes. Bibliografía*, 2000, págs. 196-210; y, naturalmente, al texto actualizado del que este concreto comentario constituye un apéndice. Para la significación perjudicial y resarcitoria de este factor después de la Reforma de 2003, me remito a *El tratamiento resarcitorio de las lesiones permanentes, a la luz de la nueva tabla VI del sistema valorativo*, estudio incluido en *Guía unificadora de criterios en materia de Derecho de la Circulación Penal y Civil*, coord. Vicente Magro Servet, La Ley, 2ª ed., 2005, donde figuran las reflexiones de contraste que nacen del estudio de la regla 1ª de utilización de los capítulos ordinarios de la tabla que se menciona en el título, sirviendo de clave para conocer el significado del factor y poder manejarlo correctamente. Como ejemplo expresivo de las confusiones en que incurrir la práctica judicial en relación con el funcionamiento del factor, me remito, precisamente, a las opiniones consensuadas que se establecen en dicha *Guía*, concretamente en págs. 315-319, opiniones que quedan razonada y contundentemente rebatidas en el texto principal al que este comentario sirve de apéndice.

tanto más grave cuanto que, de haberse ponderado la previsión atinente al expresado factor, se habría comprobado que se estaba ante uno de los supuestos excepcionales en los que se aconsejaba la aplicación de un porcentaje de incremento, valiéndose de ella sólo para resarcir los perjuicios morales de la esposa, pero no los específicos perjuicios morales del lesionado.

Para resolver positivamente el motivo del recurso, el TS no se atuvo para nada ni al sistema orientativo de 1991, que había utilizado la AP, ni tampoco al sistema legal de valoración que se había introducido en 1995 y cuyo uso habría proporcionado firmes referencias para justificar precisamente el acogimiento del motivo, con una mayor precisión conceptual respecto a la consistencia de los perjuicios que la SAP había dejado de resarcir.

Estudiados comparativamente los dos sistemas, el orientativo manejado por la AP y el legal que se había introducido unos años antes de dictarse la STS, se podría haber descubierto técnicamente la acogibilidad de la impugnación deducida, pues la indemnización que se había reconocido sólo contemplaba el estricto daño corporal permanente producido, con los perjuicios morales que de suyo le son inherentes (los mencionados como primer concepto en el segundo factor de corrección de la tabla IV), pero no se habían ponderado en absoluto los perjuicios personales de actividad (los mencionados como segundo concepto), que son aquéllos en los que ciertamente insistía el recurrente con su compleja expresión literaria (caracterizada por la mezcolanza), y que son precisamente los que justifican, también dentro de una redacción sinuosa e imprecisa, el acogimiento del motivo casacional.

10. La indemnización de los perjudicados, a la luz del sistema legal valorativo

De haberse aplicado el sistema que figura como anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (disposición adicional 8ª de la Ley 30/95), la indemnización que se habría reconocido a los perjudicados habría sido distinta, en su expresión cuantitativa. Téngase en cuenta que la AP utilizó orientativamente, como queda dicho, el sistema administrativo de 1991, manejando las cuantías de actualización previstas en la Resolución de 17 de enero de 1995, en cuyo año se pronunció la S apelatoria. Producido entonces el enjuiciamiento, es útil por ello realizar la comparación apuntada, dado que el sistema legal había entrado en vigor unos días antes de dictarse la expresada resolución (10 y 23 de noviembre de 1995). Veremos así que se rompe alguno de los mitos prejudiciales con que se enseña el tratamiento doctrinal de la materia.

Por lo pronto, hay que señalar que, respecto de las lesiones temporales, la AP se atuvo al módulo judicial tradicional del territorio balear de las 8.000 Ptas. diarias, por lo que fijó una indemnización de 1.328.000 ptas. De haberse aplicado el sistema legal de valoración y, en concreto, la tabla V, teniendo en cuenta que podría perfectamente sostenerse que los 166 días supusieron un impedimento absoluto, siendo, por tanto de rango hospitalario, se podría perfectamente haber aplicado, con criterio finalista, el módulo diario de las 7.000 Ptas., que, en atención al nivel de ingresos del lesionado, podría haberse incrementado con el factor de corrección por perjuicios económicos en la suma diaria de 700 Ptas., por lo que el módulo corregido de 7.700 Ptas. arrojaría la suma de 1.278.200, Ptas., ligeramente inferior a la que reconoció la sentencia recurrida³³, siendo preferible manejar un módulo "legal" que un ensimado módulo "judicial".

³³ Sobre el concepto finalista del día hospitalario como día impeditivo de rango hospitalario, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. V, *Las lesiones temporales*, 2000, págs. 234-239.

9. La SAP y la utilización desorientada del sistema orientativo

El error técnico en que incurrió la AP radicó en dejarse desorientar por el sistema orientativo de 1991, que contenía el enorme defecto de no ponderar, de forma específica, el perjuicio moral ligado a los efectos impeditivos de las lesiones permanentes; defecto enraizado en un cierto sector importante de la práctica judicial y que, aunque sin el debido esplendor semántico, corrigió el sistema de la Ley 30/95, al introducir la incapacidad permanente como un factor de corrección aumentativa de la indemnización básica, la cual fue la única que se reconoció al perjudicado, originariamente, en el caso contemplado. Pero esta indemnización básica comprendía la reparación del daño fisiológico y la del perjuicio moral inherente a él. Téngase en cuenta que la tabla IV del sistema de 1991 se ocupaba de puntualizar que los "perjuicios morales y de disfrute o placer" estaban ya considerados en la indemnización básica, apuntando que sólo de forma excepcional podría fijarse un porcentaje de incremento por tal concepto, sin que la AP captara que, en este caso (como en otros muchos: siempre que las lesiones permanentes tengan rango impeditivo, cualquiera que sea el grado del impedimento), era evidente que procedía la aplicación de ese posible incremento, compatible con la indemnización reconocida a la esposa por sus perjuicios morales. La fórmula de la "excepcionalidad" a la que acudía el sistema de 1991 fue sustituida correctamente por la fórmula de "normalidad" que contempla el legal de 1995, marcándose así la pauta para una valoración razonable del daño corporal y de las consecuencias perjudiciales de índole personal, detracción abstracta de la justicia resarcitoria.

Teniendo en cuenta que la AP fijó una indemnización por lesiones permanentes por cuantía de 24.586.400 Ptas. y, dado que se atuvo a la Resolución actualizadora de 17 de enero de 1995, se induce que se adjudicaron 80 puntos a la paraplejía (optándose por una puntuación intermedia dentro del arco de 75 a 80 puntos), de tal manera que, dada la edad del lesionado y correspondiendo a cada punto 307.330 Ptas., se obtiene la cantidad reconocida³⁴.

De esta forma, la AP se atuvo a la significación negativa del segundo de los factores de corrección que contenía la tabla IV, referente a los perjuicios morales y de disfrute o placer, consistente en no incrementar la indemnización básica, al entender que unos y otros perjuicios se encontraban computados dentro de la indemnización resultante del juego combinado de las tablas VI y III. Por tanto, nos encontramos con que la AP de Baleares se dejó desorientar por el sistema orientativo, al establecer como indemnización única por las lesiones permanentes la que correspondía a la suma recomendada como básica, pero sin ponderar aditivamente el valor adjudicable a los perjuicios personales de actividad. El error técnico era

³⁴ Se comprueba así que no se ponderó la existencia del más mínimo perjuicio estético, posiblemente por que la AP se atuvo al equivocado criterio de la absorción que, por entonces, estaba muy extendido y que solamente se ha superado, dentro del sistema legal, después de la Reforma que en 2003 se introdujo en el capítulo especial de la tabla VI. Si el TS se hubiera adentrado en las "razones cuantitativas" a las que se había atendido la SAP, con utilización del sistema orientativo de 1991, habría comprobado que no se había fijado indemnización alguna por el carácter antiestético de las lesiones permanentes padecidas, y ello se habría tenido que traducir en acoger por esa vía el motivo casacional, máxime cuando, dentro de la doctrina perfilada por el TS se enfatiza la importancia del perjuicio estético que, naturalmente, se conceptúa con acierto como una manifestación de la perjudicialidad personal o moral; y ello, naturalmente, sin perjuicio de acoger el motivo también en cuanto a la falta de resarcimiento de los perjuicios morales ligados a los efectos impeditivos de la lesión permanente producida, sobre cuya autonomía resarcitoria deja de ponerse el imprescindible énfasis.

AP. Por otra parte, fijado en la sentencia el importe de 10.000.000 Ptas. por la adecuación de vivienda, tal sería la cantidad que se le podría perfectamente haber reconocido de acuerdo con el sistema legal. Finalmente, los perjuicios morales de la esposa del lesionado, resarcidos por la AP en la cantidad de 7.000.000 Ptas., que es cantidad inferior a la máxima prevista en el sistema legal de valoración (15.000.000 ptas.), podrían haberse valorado, prudencialmente, en 10.000.000 Ptas. Téngase en cuenta que, instaurado el sistema legal, la práctica judicial demuestra que, al menos en los casos de gravísimas lesiones permanentes, se tiende a fijar, de forma más bien acrílica (por prescindir del daño comparativo) la indemnización correspondiente a los máximos tabulares.

De acuerdo con las cantidades señaladas, frente a la indemnización que, por las lesiones permanentes, se reconoció al lesionado y a su esposa, por un importe total de 87.914.400 ptas., puede afirmarse que, de haberse aplicado prudencialmente (con equilibrados criterios de proporción) el sistema legal de valoración y sin apurar las posibilidades que ofrecen sus reglas (por ser improcedente), la cantidad que se les habría reconocido habría ascendido a 104.176.190 Ptas. Puede concluirse, pues, que, en este caso concreto, el establecimiento hotelero responsable de los daños corporales causados hubo de afrontar una indemnización inferior que la que tendría que haber satisfecho el conductor de un vehículo de motor (su aseguradora) si hubiera producido idénticas lesiones a la misma persona.

Por otra parte, debe resaltarse que no se resarcó al lesionado con la más mínima cantidad en concepto de lucro cesante, como si su situación permanente de paraplejía no hubiera repercutido negativamente en el nivel de sus futuros ingresos, pese a que, con elementales criterios probabilísticos, parece normal que, aun contando con una pensión social, sus ingresos sufrirían una sensible disminución que le quedó sin compensar y sin que ese lucro cesante se compensara, de aplicarse el sistema legal valorativo, con la aplicación del factor de corrección que por perjuicios económicos he manejado en los cálculos anteriores.

APÉNDICE (III)

EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MATERIAL EMERGENTE Y DEL LUCRO CESANTE CAUSADOS POR LAS GRAVES LESIONES SUFRIDAS POR UN NIÑO. COMENTARIO A LA STC 42/2003, DE 3 DE MARZO³⁴

1. Previo.

Las presentes notas constituyen una exposición analítica y crítica de la STC 42/2001, de 3 de marzo³⁵, que desestimó el recurso de amparo que había deducido el padre de un menor, lesionado en accidente de circulación, contra SS dictadas, en la primera instancia de un juicio de faltas, por el JI 6 de Sabadell, y, en la segunda, por la AP de Barcelona (Secc. 3ª)³⁶.

³⁴ El presente comentario se publicó en Tráfico y Seguridad Vial. Revista de Derecho de la Circulación. Edit. La Ley, núm. 55-56, 2003, jul.-ag., págs. 6-16. Con ligeras variantes se reproduce ahora como apéndice del estudio realizado del factor de corrección de la incapacidad permanente, habida cuenta que en él he mencionado esta STC, que corresponde a un supuesto demostrativo de la falta de comprensión del juego operativo del factor analizado.

³⁵ Recurso de amparo 1169/1999; Pte. Excmo. Sr. Cachón Villar.

³⁶ Juicio de faltas 411/1996 y rollo de apelación 346/1998.

En lo que refiere a las lesiones permanentes, sobre la base de que la única secuela funcional registrada es la paraplejía y adjudicados a ella los 80 puntos con que la midió la AP, computada la edad del lesionado, el valor del punto sería de 296.890 Ptas., que daría lugar a una indemnización básica por las lesiones permanentes funcionales de 23.751.200 Ptas., a cuya cantidad habría de añadirse el 10% del factor de corrección por perjuicios económicos, cifrado en 2.375.120 ptas., con lo que se obtendría una indemnización básica corregida de 26.126.320 ptas., superior ya a la fijada en el supuesto considerado. Pero, a su vez, habría de valorarse el perjuicio estético, que es de enorme relevancia en un caso de paraplejía, por lo que entiendo que podrían haberse adjudicado 25 puntos, de tal manera que, acudiendo a la técnica de la separación valorativa, que se corresponde con la plena autonomía de este subconcepto dañoso (con descarte de la técnica de interpretación literal y acrílica de la regla explicativa de la suma aritmética de puntos), el valor del punto sería de 147.268 Ptas., con lo que resultaría una indemnización básica de 3.681.700 Ptas. que, con el factor de corrección por perjuicios económicos, es decir, con el aumento de 368.170 ptas., supondría la cantidad corregida de 4.049.870 ptas.³² De esta forma, la indemnización básica por las lesiones permanentes (menoscabo fisiológico y perjuicio moral ordinario de las lesiones permanentes y de su repercusión estética), corregida con el factor de los perjuicios económicos, habría quedado cifrada en 30.176.190 ptas., que es cantidad sensiblemente superior a la de 24.586.400 Ptas. que se reconoció al lesionado por su "incapacidad permanente" (deficiencia o menoscabo permanente de salud, sin tomar en consideración, de forma específica, el efecto impeditivo, por creer erróneamente que se incluye en la valoración de aquélla).

Pero, a su vez, teniendo en cuenta los puntos de las secuelas del caso, habría de haberse valorado la partida de daños morales complementarios que, con un máximo de 10.000.000 ptas., podría haberse cifrado prudencialmente en 8.000.000 ptas.; y tendrían que haberse ponderado también los perjuicios morales ligados a la situación de una incapacidad permanente de altísimo grado (incapacidad permanente absoluta), que perfectamente podría haberse traducido en una partida indemnizatoria de 16.000.000 ptas., cantidad inferior al máximo de 20.000.000 ptas.³³ De esta forma, tendríamos una indemnización por lesiones permanentes, comprensiva del perjuicio fisiológico, del daño moral inherente a tales lesiones, con consideración de los daños morales complementarios y de los perjuicios morales ligados a los efectos impeditivos de las actividades del lesionado, que se cifraría en la cantidad total de 54.176.190 ptas., que es ligeramente inferior a la que se reconoció al lesionado por los conceptos de "incapacidad permanente" (SAP) y "daños morales" (STS), ascendente a 54.586.400 ptas.

Por otra parte, hay el concepto del perjuicio patrimonial definido como ayuda de tercera persona, por el que perfectamente podría establecerse la suma de 30.000.000 ptas., sin llegar al máximo posible (40.000.000 ptas.), teniendo en cuenta la índole de la incapacidad del gran inválido y su edad casi juvenil (duración presunta de su estado, en atención a sus expectativas de supervivencia), con lo que se le reconocería una suma que doblaría la fijada por la

³² Sobre la posible utilización de una y otra técnica con base en la razón de ser de la regla de la suma aritmética de puntos, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes...*, cit., págs. 111-119.

³³ Téngase en cuenta que el TS fijó en 30.000.000 ptas. el importe de los perjuicios morales que se añadieron al perjuicio fisiológico y que en nuestra propuesta la suma de la cantidad asignada por daños morales complementarios y por la incapacidad permanente, se cifra en 24.000.000 Ptas.

la fórmula legal de las secuelas concursales⁴² y aplicada literalmente la regla de la suma aritmética de sus puntos con los del perjuicio estético, fijó en 87 la puntuación final, por lo que, correspondiendo a cada punto 335.902 ptas., la indemnización básica quedó cifrada en 29.233.474 ptas.⁴³ Apreciada la incapacidad permanente absoluta del lesionado, la situó en un grado medio, por lo que la valoró en 15.000.000 ptas.⁴⁴ A su vez, los perjuicios morales de los familiares fueron cuantificados en 15.000.000 ptas.⁴⁵

Sumando las anteriores partidas, resultaba una indemnización de 60.712.474 ptas. Pero, ateniéndose a un incorrecto criterio de nominalismo valorativo⁴⁶, el JI fijó las cantidades que correspondían, no a la fecha del enjuiciamiento (1998), sino a la de la producción del accidente (1996), aunque, considerando correctamente que, para el año 1996, había que utilizar el índice actualizador de precios al consumo del año anterior (3,2%)⁴⁷, incrementó con él la

la Ley 50/1998. Sobre esa cuestión, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. V, *Las lesiones temporales*, cit., págs. 64-75.

⁴² Fórmula del médico legista francés Victor Balthazard para las secuelas orgánicas o psicofísicas.

⁴³ Con aplicación del juego combinado de las tablas VI y III y consideración de las reglas explicativas del específico sistema de puntuación contenido en el apartado segundo del anexo. Se aplicó la regla de la suma aritmética de puntos del perjuicio fisiológico y del perjuicio funcional, mediante una interpretación literal estricta que conduce a una hipervaloración absurda que sólo se corta entendiendo la regla en el sentido de que hay que calcular la cantidad que corresponde a la puntuación del perjuicio fisiológico y, separadamente, la que corresponde a la puntuación del perjuicio estético, sumando después las dos cantidades, para integrar así la indemnización básica. Pese a que se trata de una interpretación racional de la regla señalada, ajustada a las exigencias immanentes de sus presupuestos materiales (*interpretatio ad rationem*), ha primado en la práctica judicial la interpretación literal (imperio acrílico del *in claris, rindiéndose pleitesia al absurdo valorativo*), aunque la STS (Sala 2ª) de 11 de octubre de 2001 optó razonadamente por la tesis coherente de las valoraciones separadas; interpretación correcta que la Reforma de 2003 elevó a rango estrictamente legal, como interpretación auténtica, mediante la introducción de las reglas de utilización del capítulo especial. Por otra parte, debe advertirse que, dada la repercusión funcional de las secuelas fisiológicas apreciadas, habría sido quizá pertinente apreciar como factor de corrección aumentativa la sinergia o efecto intergravatorio de dichas secuelas, según resulta del inciso tercero de la regla general 7ª, al que remite expresamente la penúltima regla de la tabla IV. Sobre ello, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes...*, cit., págs. 261-269.

⁴⁴ Aplicación del factor previsto al efecto en la tabla IV (grado máximo de la incapacidad personal permanente).

⁴⁵ Aplicación del subfactor de corrección previsto para el caso de gran invalidez en la tabla IV. Advirtiéndose que la indemnización se fijó a favor del propio lesionado y no en favor de los familiares afectados, cuyos perjuicios son los que se resarcan de acuerdo con un criterio que excepciona el general de que el perjudicado por razón de lesiones es el propio lesionado y sólo él (regla general 4ª del apartado primero del anexo).

⁴⁶ Sobre esta cuestión me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1ª, *Las reglas generales del sistema*, cit., págs. 355-383; y también a *Daños corporales y Carta Magna...*, cit., págs. 77-78, donde estudio la STS (Sala 2ª) de 15 de febrero de 2001, que se atiene a la doctrina valorista, al igual que las SS de 20 de diciembre de 2000, 30 de noviembre de 2001 y 24 de diciembre de 2001. Vide, en particular, *El criterio valorista y el resarcimiento de los perjuicios sufridos por la abuela y la hermana (mayor de edad) del fallecido. En torno a la STS (Sala 2ª) de 15 de noviembre de 2002*, R. Sepín Penal, núm. 3, 2003/3, págs. 99-131 y *SepínNet Tráfico. Derecho de la Circulación, Seguro y Responsabilidad Civil y Penal* [Recopilación de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación], B4.

⁴⁷ Sostenido por mi parte que, efectivamente, la primera actualización automática de cuantías (regla general 10ª del apartado primero del anexo) se produjo con efecto 1 de enero de 1996, me remito sobre tal cuestión a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1ª, *Las reglas generales del sistema*, cit., págs. 326-353.

2. Las lesiones sufridas por el niño atropellado el día 2 de agosto de 1996

El día indicado, un niño de 9 años³⁷ fue atropellado por un turismo en la Rambla de Sabadell. Como consecuencia de ello, sufrió lesiones de las que tardó en curar 365 días impeditivos (96 hospitalarios), quedándole importantes secuelas: síndrome orgánico de la personalidad; pérdida de capacidad intelectual, con un coeficiente residual entre 36 y 66 (retraso mental grave/moderado); hemiparesia (hemioplejía incompleta) izquierda moderada; disfasia (alteración del habla), sin estar afectada la comprensión; parálisis del nervio facial de la rama mandibular (alteración motora); dispraxia (descoordinación de movimientos); y una serie diversa de cicatrices (cuatro zonas alopecias en cuero cabelludo con una superficie de 6 cm² cada una y otra de 12 cm²; así como cicatrices diversas en el cuello con una superficie total superior a 24 cm²).

3. La SJI de 3 de junio de 1998

Celebrado el juicio, el JI 6 de Sabadell condenó penalmente al conductor denunciado y, con manejo del sistema preceptivo de valoración³⁸, midió las diversas secuelas mediante la adjudicación de los siguientes puntos³⁹: 35, al síndrome orgánico de la personalidad (arco de 30 a 40); 33, a la pérdida de capacidad intelectual (arco de 30 a 50); 30, a la hemiparesia izquierda moderada (arco de 25 a 35); 30, a la disfasia (arco de 25 a 35); 4, a la parálisis del nervio facial de la rama mandibular (arco de 3 a 5); 15, a la dispraxia (arco de 10 a 20); y, a su vez, calificado como ligero el perjuicio estético (contraído exclusivamente a las cicatrices)⁴⁰, le adjudicó 4 puntos (arco de 1 a 4). Así pues, atribuyó al perjuicio estético la máxima puntuación dentro de su grado mínimo; y, para valorar cinco de las seis secuelas de tipo funcional, acudió a una puntuación intermedia, valorándose casi en el mínimo el déficit de la capacidad intelectual.

El JI valoró cada día hospitalario (96) en 7.000 ptas. (672.000 ptas.), y cada uno de los restantes días impeditivos (269) en 3.000 ptas. (807.000 ptas.), por lo que la indemnización básica por lesiones temporales quedó cifrada en 1.479.000 ptas.⁴¹ A su vez, manejada

³⁷ Tal es la edad a la que se refiere la SJI 6 de Sabadell, aunque la STC recoge un par de veces que tenía 10 años.

³⁸ Conocido generalizadamente como el Baremo de la Ley 30/1995 (anexo a la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor), pese a la manifiesta inexactitud de tal expresión, pues un sistema es bastante más que un baremo o un conjunto de baremos y en el texto legal la palabra baremo brilla por su ausencia.

³⁹ Con utilización de la tabla VI del referido sistema legal (Baremo básico de las lesiones permanentes, comprensivo del perjuicio fisiológico y del perjuicio estético).

⁴⁰ Advirtiéndose que el perjuicio estético valorado se circunscribió exclusivamente a las cicatrices señaladas (secuelas epidérmicas), dejándose de ponderar la inequívoca dimensión antiestética de las secuelas fisiológicas o funcionales apreciadas. Sobre esta cuestión, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes...*, cit., págs. 92-95. Si en este concreto caso se hubiera tenido en cuenta, como debiera haberse hecho, la repercusión gestual y genética de las secuelas funcionales, se habría adjudicado al perjuicio estético una puntuación sensiblemente superior.

⁴¹ Aplicación de las reglas primera y segunda del apartado A) de la tabla V (versión originaria). En su día, razoné que la segunda regla correspondía a la valoración de los días de baja no impeditivos y que el día impeditivo había que valorarlo en una cantidad situada entre la prevista en la primera regla y la prevista en la segunda. Tal criterio fue asumido por la minireforma introducida por la disposición adicional 15ª de

en concepto de ayuda de tercera persona⁵², justificando tal importe con el argumento de que el máximo legal (40.000.000 ptas.) corresponde a las invalideces más extremas, como son la tetraplejía o el coma vígil⁵³, utilizando así un adecuado criterio de proporción.

Acogida, pues, parcialmente la suma que por tal capítulo reclamaba el padre del lesionado, se desestimó la específica inclusión del coste de las prestaciones clínicas y psicopedagógicas especiales y la partida del lucro cesante.

La desestimación de aquel coste se fundó en que tal concepto no se encuentra contemplado con autonomía en el Baremo⁵⁴, sin que puedan considerarse constitutivas de una circunstancia excepcional⁵⁵, ya que corresponden a métodos de rehabilitación cuyo coste está incluido en la total reparación de los daños psicofísicos que se verifica mediante el "sistema indemnizatorio del baremo", pues éste "es común en sí mismo", tal como resulta de su ordinal 1.7⁵⁶; y se utiliza el mismo argumento para rechazar el resarcimiento específico del lucro cesante⁵⁷.

⁵² Aplicación del subfactor correspondiente para los grandes inválidos, contenido en la tabla IV.

⁵³ Téngase en cuenta que esta partida resarca un específico perjuicio patrimonial, por lo que, siendo cierto que puede cuantificarse con un criterio de equidad, si, dada una situación de gran invalidez, el interesado no justifica su concreto importe, también lo es que debe reconocerse la cantidad demostrada y que, de ser ésta superior a la baremada, el órgano judicial tendría que empezar por reconocer el máximo tabular y sólo plantearse después la posibilidad técnica de sobrepasarlo en aras al mandato legal de la reparación completa. Mi criterio es que eslamas ante una regla de tasación presuntiva, en la que la determinación del importe ha de hacerse con un criterio equitativo si no queda cumplidamente demostrado su importe, pero que, caso de acreditarse, hay que reconocerlo aunque sobrepase el máximo tabular. Sobre la interpretación de este concreto subfactor de corrección, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2^o, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., págs. 37-46. La solución dada por la AP supone que la cantidad reconocida sirve para que el lesionado se ayude a sufragar los gastos de asistencia de tercera persona, pero no para sufragar el coste de dicha ayuda. La suma reconocida aparece como una especie de subvención parcial a cargo del responsable y no como un resarcimiento completo del perjuicio que implica tener que contar con una ayuda que, según se reconoce judicialmente, es consecuencia de las lesiones causadas por el responsable. La clave está en que la AP se vale de una técnica válida para valorar los perjuicios morales especiales (los de tal índole previstos en las tablas II y IV), pero inválida para valorar los perjuicios patrimoniales, respecto de los cuales el criterio equitativo de la proporción sólo puede operar de forma subsidiaria, en defecto de prueba cumplida de su extensión cuantitativa.

⁵⁴ Naturalmente, porque ningún gasto de tipo asistencial está contemplado en ninguno de los baremos de que consta el sistema, tal como razonó el MF ante el TC, según veremos.

⁵⁵ Queda en el aire qué es para la AP una circunstancia excepcional. Pero da la sensación de no saberlo.

⁵⁶ La completud del sistema es evidente, según se desprende de su norma fundante, es decir, del art. 1.2 de la Ley, que contiene una definición descriptiva del principio de la reparación íntegra, con determinación de la extensión del sistema legal de valoración, la cual aparece confirmada en la regla general 1^a del apartado primero del anexo. Pero el que, por definición, no es ni puede ser completo es el Baremo. El error estriba en no advertir que los baremos forman parte del sistema, pero que el contenido de éste no se agota con ellos. El principio de reparación íntegra se realiza efectivamente gracias a las previsiones del inciso segundo de la regla general 7^a del apartado primero del sistema, que, consagrando expresamente el principio, marcándolo como finalidad del mismo y expresando los contenidos que sirven para su realización, proporciona el fundamento normativo para que la indemnización tabular se complete, en su caso, con el reconocimiento de aquellos perjuicios que no hayan sido objeto de baremación. Sobre ello me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1^o, *Las reglas generales del sistema*, cit., págs. 200-233.

⁵⁷ Contagiada por el lamentable y tradicional principio promiscuo de la globalidad indemnizatoria, la AP desconoce paladinamente el principio de la vertebración que conforma el sistema y constituye una de sus razones de ser. Me he ocupado de estos principios a lo largo de las obras que vengo citando.

anterior cantidad, de modo que la indemnización por lesiones temporales y permanentes, incluidos los dos factores señalados, quedó cifrada en 62.655.274 ptas., a la que añadió 1.711.036 ptas. por gastos realizados de tipo asistencial. La indemnización total quedó cuantificada así en 64.366.310 ptas.

El padre del menor había reclamado en concepto de daño emergente y lucro cesante, las sumas respectivas de 125.683.719 ptas. y 75.074.702 ptas. La primera cantidad correspondía al coste calculado (mediante informe pericial) de las prestaciones psicopedagógicas y de rehabilitación previstas hasta que el lesionado cumpliera 18 años (48.553.682 ptas.), así como al coste de la ayuda proporcionada por tercera persona (77.130.037 ptas.). A su vez, la segunda cantidad correspondía a una pérdida de ingresos calculada pericialmente con base en los salarios medios⁵⁸ desde los 20⁵⁹ a los 65 años y en los ingresos que habría obtenido por jubilación desde los 65 años.

El JI rechazó la partida de la ayuda de tercera persona, al señalar que el sistema legal la prevé sólo para una minusvalía muy superior a la sufrida por el lesionado⁶⁰; y rechazó también las cantidades reclamadas por el otro daño emergente y por lucro cesante, con el argumento de que tales perjuicios —sin ser negados en absoluto⁶¹— se encuentran ya incluidos en las sumas baremadas, según se desprende de lo establecido en el punto 7 de los criterios primeros del anexo valorativo.

4. La SAP de 25 de enero de 1999

Deducido recurso de apelación por el padre del menor, la AP de Barcelona (Secc. 3^a) lo acogió parcialmente, pues añadió a las cantidades reconocidas la suma de 25.000.000 ptas.

Pero, por diversas razones, se ha terminado por imponer en la práctica judicial el criterio de que la primera actualización de cuantías se produjo con efecto 1^o de enero de 1997, con lo que se pueden aplicar con comodidad las diversas Resoluciones actualizadoras de la DGS, en las que se ha prescindido de la que considero primera actualización automática.

⁵⁸ Es de suponer, por tanto, que serían salarios superiores a los mínimos legales.

⁵⁹ Presumir que el lesionado, de no haber sufrido el accidente, habría accedido al mercado laboral a los 20 años es mucho presumir (*id quod plerumque nec accidit*). Téngase en cuenta que, siendo abogado el padre (así consta en el encabezamiento de la STC), lo normal es que el hijo hubiera cursado una carrera universitaria y ello supone que difícilmente habría empezado a trabajar antes de los 25 años. Pero ni el JI, primero, ni la AP, después, se plantearon este tipo de consideraciones, en orden a determinar el alcance cuantitativo del lucro cesante que se agotaba.

⁶⁰ Da la sensación de que el JI consideró que las lesiones permanentes no eran constitutivas de una gran invalidez, pues, de haberla aceptado como tal, no se justificaría la denegación de la señalada partida; decisión coherente con la puntuación adjudicada a la pérdida de capacidad intelectual, más no con el conjunto de las secuelas apreciadas, las cuales, además, tienen un inequívoco efecto sinérgico (integrador). Pero, al actuar así, incurría en contradicción, pues el reconocimiento de una concreta cantidad por los perjuicios morales de los familiares, suponía, en principio y a falta de otra explicación, que se estaba ante una gran invalidez. De todas formas, considero que el capítulo relativo a la ayuda de tercera persona es utilizable aunque el lesionado no padezca una gran invalidez, siempre que tal ayuda se necesite efectivamente. Sobre esta cuestión, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2^o, *Las consecuencias patrimoniales. El lucro cesante. Propuestas generales "de lege ferenda"*, 2000, págs. 37-49.

⁶¹ Ni se negaba su existencia ni se negaba que el importe pretendido se ajustara a la realidad. Esta idea es absolutamente fundamental para enjuiciar, primero, la SAP, y, después, la STC.

carecían de racionalidad y violaban el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en el caso se hubiera producido la reparación total del daño causado⁶⁷.

El amparo pretendido iba orientado a que, anuladas las SS impugnadas, se reconocieran las cantidades que, reclamadas en el juicio, habían sido desatendidas; 48.553.682 ptas., por daño emergente (coste de las prestaciones clínicas y psicopedagógicas especiales); 52.130.037 ptas., también por daño emergente (diferencia existente entre el coste calculado de ayuda de tercera persona y la suma reconocida en la segunda instancia); y 75.074.702 ptas., por lucro cesante. Su propósito era, pues, que la suma reconocida como indemnización total, ascendente a 89.366.310 ptas., se incrementara con el añadido de 175.758.421 ptas.⁶⁸

Adviértase la ambigüedad de la invocación de la norma del inciso segundo de la regla general 7^a del apartado primero del sistema, pues, mientras el perjudicado se apoyaba en ella para justificar el resarcimiento extratabular de los perjuicios aducidos, la SJI y la SAP se apoyaron en ella para entender que tales perjuicios quedaban ya resarcidos a través de la indemnización establecida *secundum tabulas*.

6. Las alegaciones de apoyo del MF ante el TC

El MF apoyó ese concreto motivo, aunque mediante una argumentación diversa⁶⁹. En su concepto, "lo deseable"⁷⁰ hubiera sido que los órganos judiciales se hubieran pronunciado sobre la realidad y el alcance de los perjuicios económicos aducidos⁷¹, sin que fuera de recibo la respuesta judicial dada al caso, consistente en que, dejando de analizar las concretas partidas reclamadas, se rechazan mediante una remisión general al sistema, con lo que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello consideraba que las SS impugnadas no habían cumplido las exigencias mínimas de motivación⁷².

Por lo pronto, el MF salió al paso de las alegaciones aducidas por el demandante y resaltó que el sistema valorativo contempla no sólo la reparación de los perjuicios morales, sino también la de los patrimoniales, según se desprende de forma inequívoca del art. 1.2 de la

⁶⁷ El demandante se quejaba con toda razón de que no se había reconocido cantidad alguna por lucro cesante y que sólo se había reconocido de forma muy parcial el importe de los daños emergentes (gastos asistenciales y ayuda de tercera persona).

⁶⁸ Naturalmente, el demandante pedía que el TC anulara las SS impugnadas para que se dictara una nueva concorde con el derecho a la tutela judicial efectiva, con lo que, de haberse acogido su recurso, la determinación cuantitativa de las partidas señaladas habría de ser efectuada judicialmente, sin que ello tuviera que implicar el reconocimiento total de las cantidades pretendidas.

⁶⁹ El TC recalca que el MF postulaba el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pero mediante unos razonamientos que no coinciden con los desplegados por el demandante, sin que ello impida su atendimiento.

⁷⁰ El eufemismo al que acude el MF es claro, pues, más que deseable, quería decir necesario.

⁷¹ Al referirse el MF a los gastos de los tratamientos psicopedagógicos, señala que los órganos judiciales tenían que haberse pronunciado sobre su utilidad o si correspondían sólo a una "libérrima decisión paterna". En todo caso, hay que entender que los órganos judiciales no optaron por esta segunda posibilidad, pues, si se trataba de gastos que consideraban ya incluidos en la indemnización fijada por la aplicación de las tablas, quiere decirse que se trataban de gastos justificados. De haberse considerado injustificados, no se habría acudido al argumento que se utilizó para dejar de resarcirlos específicamente.

⁷² Hay que entender que no se denunciaba una falta estricta de motivación, sino una motivación irrazonable.

5. El recurso de amparo del padre del lesionado y la denunciada vulneración del principio de la tutela judicial efectiva

El padre del menor acudió en amparo ante el TC, denunciando una serie de vulneraciones. De ellas, interesa aquí la de la tutela judicial efectiva⁷³, sin que merezca la pena centrarnos en los otros motivos de impugnación (conculcación del derecho a la igualdad, del derecho a la vida y a la integridad física y moral, del principio de la independencia judicial⁷⁴ y del principio de libertad de pactos⁷⁵), los cuales estaban tomados fundamentalmente de la STS (Sala 1^a) de 26 de marzo de 1997⁷⁶.

El demandante razonaba que las tablas V⁶² y III⁶³ sirven exclusivamente para reparar perjuicios morales⁶⁴, sin que reparen perjuicios económicos o patrimoniales; y resaltaba que, cuando existen circunstancias excepcionales⁶⁵ que puedan modificar la valoración baremada del daño causado, hay que atenderlas y fijar la indemnización complementaria pendiente, según se desprende del ordinal 1.7 del sistema; criterio confirmado por la Resolución de la Dirección General de Seguros de 13 de marzo de 1997 que reconoce expresamente tal posibilidad⁶⁶. Se señalaba así que las argumentaciones desplegadas por los órganos judiciales

⁷³ Artículo 24.1 CE.

⁷⁴ Artículos 14, 15 y 117 CE, respectivamente.

⁷⁵ Principio que, integrado en la "teoría general de la contratación", "imperara en nuestro Código civil", según se expresaba en la demanda, con mimetismo vacío y acrílico, sin reconducción constitucional alguna.

⁷⁶ Al referirse a ella, el TC dice (Fto. 4) que se trata de un *obiter dictum*, calificación correcta, sin que, discretamente, se refiriera a él la STC 181/2000, de 29 de junio, aunque lo desautorizó por completo. Téngase en cuenta que la demanda de amparo se presentó en 17-03-99, es decir, antes de que recayera la STC mencionada, en un momento, por tanto, en que se expandía el criterio monomocasta de la STS (Sala 1^a) de 26 de marzo de 1997, reafirmado en SS posteriores (24 de mayo y 19 de junio de 1997) y aceptado por la Sala 2^a (SS de 5 de julio, 6 de julio y 9 de julio de 1999, y de 23 de febrero, 14 de abril y 27 de junio de 2000, sin más salvedad que la más antigua de 22 de febrero de 2000). También las alegaciones posteriores del recurrente se produjeron en fecha anterior (20-05-2009) a la sentencia constitucional señalada.

⁶² Se refería, naturalmente, a las reglas del apartado A).

⁶³ Baremo económico de las lesiones permanentes, al que se lleva el porcentaje de menoscabo determinado por la aplicación del Baremo médico de la tabla VI, convirtiéndose entonces en los puntos correspondientes.

⁶⁴ Así lo entendió correctamente la STC 181/2000, de 29 de junio, respecto del apartado A) de la tabla V; y, dado que esa regulación se corresponde con la que resulta de la combinación de las tablas VI y III, no se comprende que el TC deje de resaltarlo en la S que estudiamos.

⁶⁵ No parece que la demanda utilizara el concepto de circunstancia excepcional en un sentido técnico, ni que tampoco lo hicieran las SS impugnadas, al referirse al contenido del inciso segundo de la regla general 7^a del apartado primero del anexo. Afirmar que las circunstancias excepcionales de índole dañosa están contempladas en la regulación tabular es afirmar un imposible ontológico, siendo afirmación que ya hizo la STC 181/2000, de 29 de junio en su fundamento 17^o y ahora viene a repetir, aunque tal criterio se rectificó de forma clara en SS posteriores, pero anteriores a la que nos ocupa (SSTC 244/2000, de 16 de octubre y 37/2001, de 12 de febrero). Sobre estos extremos me remito a *Daño corporal y Carta Magna*, cit., *passim*, pero, en concreto, págs. 58-76.

⁶⁶ Sobre esta concreta previsión puntualizadora y su valoración jurídica, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., págs. 403-405.

de rechazo, de acuerdo con lo declarado por la STS (Sala 1ª) de 22 de junio de 1967⁷⁹, con lo que venía a apuntar que nada tenía de extraño que se entendiera no probado el lucro cesante que se aducía. Pero, con todo, puntualizó a continuación que el penúltimo factor de la tabla IV remite al punto 1.7, sin limitación cuantitativa alguna, en orden a la acomodación de las indemnizaciones a las concretas circunstancias del caso; y resalta que ese importantísimo factor de corrección no había sido considerado por los órganos judiciales⁸⁰.

Dado lo anterior, pedía que se otorgara amparo al demandante y se retrotrajeran las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la S impugnada, para que se dictara otra que fuera respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva⁸¹.

7. El fundamento de la desestimación del amparo

Afrontado el enjuiciamiento del caso con la perspectiva que le es propia, el TC destaca que toda la insistencia del recurrente radica en considerar que los órganos judiciales se han atenido a una interpretación rígida y estricta del sistema legal indemnizatorio, de acuerdo con la cual los diversos perjuicios se encuentran incluidos dentro del Baremo⁸², refiriendo éste a la reparación tanto de los morales como de los patrimoniales (daño emergente y lucro cesante); y que frente a tal interpretación, tildada por el recurrente de inconstitucional, hay la que él postulaba, consistente en que el sistema sólo sirve para reparar perjuicios morales y que, por tanto, los patrimoniales han de repararse al margen del Baremo⁸³. Se señala así que el recurrente solicitaba que el TC avalara una determinada interpretación de la normativa

⁷⁹ La síntesis que el TC efectúa de estas alegaciones supone la exposición de tres aseveraciones consecutivas que, en cierto modo, se contradicen. Pero lo que dice el MF en tercer lugar es cierto: la STS que menciona es paradigmática, pues su doctrina es la que se utiliza siempre (casi siempre) para rechazar el resarcimiento del lucro cesante derivado del daño corporal, sobre todo cuando es de futuro.

⁸⁰ De esta forma, utilizaba un argumento al que el mismo MF había acudido en el recurso de amparo que dio lugar a la STC 37/2001, de 12 de febrero. La diferencia entre uno y otro caso era que en el primero la AP (sin justificación alguna) un complemento extratabular, mientras que en el que ahora nos ocupa la AP de Barcelona se negó (sin justificación alguna) a hacerlo. Sobre mi originaria interpretación del señalado factor de corrección, que es a la que se atuvo el MF en ambos casos, me remito a *La valoración legal del daño corporal*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 213-214, 424-430 y 617-628; y sobre la interpretación a la que de forma más matizada y técnica he acudido después, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 1º, *Las reglas generales del sistema*, cit., págs. 213-237, y t. VI, *Las lesiones permanentes...*, cit., págs. 251-255; y también al comentario que dedico a la STC 37/2001 en *Daño corporal y Carta Magna*, cit., concretamente págs. 177 y 183-185. Téngase en cuenta que aquella interpretación ha sido acogida expresamente por la STC 5/12006, de 16 de enero, en la que se afirma además que el penúltimo factor de corrección de la tabla IV canaliza un resarcimiento que carece de limitación cuantitativa.

⁸¹ Se supone que proponía la anulación no sólo de la SAP sino también de la SJI, aunque ésta ya había sido revocada por aquélla, con lo que, el otorgamiento del amparo conllevaba que el JI tuviera que dictar una nueva sentencia, con lo que quedaría garantizada para las partes la doble instancia.

⁸² Identificado con el sistema, mediante una sinécdoque tan inequívoca como equivocada.

⁸³ Pero se identifica también el Baremo con el sistema, sin enfatizarse que dos de los tres perjuicios económicos aducidos (coste de prestaciones psicopedagógicas y lucro cesante) no pueden repararse mediante la aplicación de las normas tabulares, por la sencilla razón de que no se refiere a ellos, sin que esta apreciación conlleve que queden sin reparar ni que su reparación se produzca al margen del sistema, pues lo correcto es advertir que se está ante una reparación extratabular intrasistema. La cuestión del otro perjuicio (reparación plena del coste de ayuda de tercera persona) corresponde a una problemática distinta, porque está contemplado en el Baremo (subfactor de corrección que para el gran inválido con-

Ley y de las reglas generales 3ª y 7ª del anexo; apreciación ésta que es de una evidencia cegadora.

Pero, frente a la argumentación de que los gastos psicopedagógicos se encuentran incluidos en la suma resultante aplicar las tablas, el MF señaló que el daño emergente está expresamente excluido de la baremación legal y que "es indemnizable al margen del sistema", siendo incontestable que tanto los gastos por los tratamientos impartidos como los posteriores que tendieran a evitar el agravamiento de las lesiones, o a conseguir su alivio, se encuentran incluidos en la previsión de la regla general 6ª⁸⁴, por lo que su resarcimiento tiene lugar al margen de la regulación tabular⁸⁵. De esta forma, el MF venía a señalar que la denegación del resarcimiento del daño emergente señalado se debía, no a una interpretación rígida del sistema (Baremo), como sostenía el demandante, sino a una grosera falta de entendimiento del mismo⁸⁶.

En lo que refiere al lucro cesante⁸⁷, el MF señaló que se trata de un perjuicio económico que cuenta en el sistema con un específico factor de corrección⁸⁸, aunque suele ser objeto de pronunciamiento específico en cualquier procedimiento, con independencia de que rija o no el sistema legal de valoración⁸⁹; y añadió que existe al respecto una jurisprudencia inconcusa

⁷⁵ Lo que decía el MF era estrictamente cierto en cuanto a los gastos de tipo asistencial, pero téngase en cuenta que la tabla IV contempla partidas autónomas de daño emergente que se canalizan como factores de corrección (ayuda de tercera persona, adecuación de vehículo, acomodación de vivienda). Pero lo que carece de la mínima base racional es afirmar que los otros daños emergentes están incluidos en la regulación tabular.

⁷⁴ Téngase en cuenta que, en rigor, quería decirse que el daño emergente se repara, no al margen del sistema, sino al margen de la regulación baremada, porque la regla general 6ª forma evidentemente parte del sistema, aunque está fuera de los Baremos; y, por otra parte, es partida que no está sujeta a limitación cuantitativa alguna, debiéndose resarcir en todo caso de acuerdo con la prueba de su existencia y de su extensión.

⁷⁵ Naturalmente, no lo dice así (*nomen*), pero es lo que ciertamente dice (*caro*); y precisamente por ello postula el otorgamiento del amparo por la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El MF afirma literalmente que la fundamentación expresada por los órganos judiciales "descansa en una aplicación e interpretación de la normativa que no se compeade con el tenor de la legalidad" en que consiste el sistema valorativo, "por lo que resulta manifiestamente irrazonada" (*rectius*: irrazonable).

⁷⁶ Ya en el juicio de faltas, el MF aceptó la autonomía de la partida del lucro cesante, aunque, sin el pertinente compromiso valorativo, pidió que su importe se fijara en ejecución de sentencia.

⁷⁷ En un principio, parece que podía referirse al factor de corrección por perjuicios económicos incluidos en las tablas II, IV y V (apartado B), pero no es así porque, en este concreto caso, el factor era inaplicable al no alcanzar el lesionado la edad laboral y por eso dejó correctamente de aplicarse. Tampoco se refiere al factor de la incapacidad permanente, porque éste fue objeto de efectiva aplicación. Por tanto, se refería al penúltimo de los factores de la tabla IV que remite a la regla general 7ª del apartado primero, según se comprueba seguidamente.

⁷⁸ Apreciación que no se corresponde con la realidad, pues ha sido verdaderamente raro que la práctica judicial española (adscrita a la técnica promiscua de la globalidad invertebrada) fijara cantidades específicas para reparar el lucro cesante derivado del daño corporal, tanto en el caso de muerte como en el de las lesiones temporales y permanentes. Otra cosa es que debiera ser así y que la instauración del sistema legal, en cuanto ajustado al principio de vertebración, obliga a pronunciarse de forma específica sobre tal cuestión, al no poderse mezclar su reparación con la de los perjuicios personales, ni con la de los otros perjuicios patrimoniales tabulados.

no aparece registrada de primeras, cuando se trata de desestimar el motivo del que tratamos, pese a ser evidente la coincidencia cualitativa entre el particular que dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad relativa de la Tabla V (primera regla del apartado B) y la materia que en este caso se sometía al enjuiciamiento constitucional, por lo menos en lo que refiere a dos de los conceptos reclamados (gastos psicopedagógicos especiales y lucro cesante); pero también en lo que refiere al otro (ayuda a tercera persona). La mencionada S sólo aparece invocada cuando ya se ha anunciado la desestimación del motivo⁸⁹, para resaltar que, en el caso de las cuestiones de inconstitucionalidad que resolvió, los órganos judiciales entendían que el "sistema de baremo" no respetaba las exigencias correspondientes a la total indemnidad, mientras que, en el caso que nos ocupa, los órganos judiciales habían entendido que sí aparecían respetadas.

Pero es claro que la total indemnidad se respeta o deja de respetarse porque verdaderamente sea así y no porque lo consideren los órganos judiciales⁹⁰. Lo mismo que la STC 181/2000 acogió las cuestiones suscitadas⁹¹ porque estuvo de acuerdo en que los perjuicios patrimoniales no son suficientemente resarcidos a través del primer factor de corrección del apartado B) de la tabla V (pero no porque lo dijera alguno de los jueces cuestionados, sino porque estimó que era efectivamente así), en el caso de la S que estudiamos, el TC tenía que haberse adentrado en el enjuiciamiento de si las resoluciones impugnadas daban cumplida respuesta a la total indemnidad, sin que sea suficiente que sus autores lo proclamen; y, en este caso, no lo hizo, limitándose de forma acrítica a dar por bueno el juicio ensimismado que los propios jueces hacían de su labor enjuiciadora, limitándose a declarar por ello que éstos no incurrieron en error patente ni en arbitrariedad, sin que su aserto tenga el más mínimo valor demostrativo.

8. Conclusiones

1ª) *Sobre el resarcimiento de las prestaciones psicopedagógicas especiales.* Para el TC, no es irrazonable ni arbitrario sostener que el coste de las prestaciones psicopedagógicas posteriores a la celebración del juicio (consecuentes a las lesiones permanentes) se encuentra incluido en la indemnización básica que resulta del juego combinado de las tablas III y VI, pese a que tal aseveración no cuenta con el más mínimo fundamento normativo y pese a que una lectura medianamente atenta de la regulación legal conduce de forma contundente a la conclusión contraria⁹².

Podrá discutirse si tales tablas sirven para reparar exclusivamente los perjuicios morales (ordinarios)⁹³ que causa la lesión psicofísica permanente, según se desprende de la corres-

⁸⁹ Cuarto párrafo del Fto. 10.

⁹⁰ Durante muchos años, se entendió que se cumplía el principio de la reparación íntegra por el simple hecho de considerarlo así el juzgador. Pero hoy el principio de vertebración que lleva a la liquidación analítica del daño corporal (y de sus heterogéneas consecuencias perjudiciales) permite saber si se ha cumplido o no este principio toral.

⁹¹ En realidad sólo se acogió parcialmente la suscitada por la Secc. 17ª de la AP de Madrid, en su condición de órgano unipersonal (lmo. Sr. Fernández Entralgo).

⁹² Así vino a destacarlo el MF, según hemos visto.

⁹³ Tomado el concepto de perjuicio moral en un sentido amplio, comprensivo del perjuicio fisiológico y del estricto perjuicio moral que le es inherente; diferenciación conceptual que está consagrada legalmente en el inciso primero de la regla general 7ª del apartado primero del anexo.

atínente al Baremo, consistente en que el daño emergente y el lucro cesante no están sujetos a sus limitaciones cuantitativas.

Sentado lo anterior, el TC declara que no le compete interpretar la legalidad ordinaria ni enjuiciar la interpretación que de ella haga la jurisdicción, salvo que incurra en irracionalidad, arbitrariedad o error patente; y señala que, en este caso, los órganos judiciales habían entendido, en uso de su potestad de interpretación de la normativa aplicable, que el ordinal 1.7 del anexo debe concebirse como incluyente del daño emergente y del lucro cesante, de tal manera que, en definitiva, las cantidades reclamadas por tal concepto se encuentran dentro del marco correspondiente a la previsión *ex lege* del resarcimiento⁹⁴.

Señala, además, que los órganos judiciales habían estimado que el sistema de Baremo respeta las exigencias correspondientes a la total indemnidad del daño producido⁹⁵; que los mismos no agotaron las posibilidades indemnizatorias que dicho sistema ofrece respecto de las lesiones sufridas, porque habían considerado que la cantidad concedida producía la reparación completa del daño⁹⁶; y, finalmente, que la determinación del *quantum* indemnizatorio es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria⁹⁷.

Se concluye así que la interpretación judicial efectuada de la norma cuestionada "no incurra en error patente, en cuanto a los datos de hecho relativos a las expresadas lesiones", ni tampoco "en lo que se refiere a su propio contenido, en arbitrariedad"⁹⁸.

Adviértase que, para desestimar los motivos de amparo que hemos dejado de estudiar, el TC hace expresa invocación frontal de la doctrina de la STC 181/2000; y que, en cambio, ésta

templada la tabla IV), aunque con un límite cuantitativo, con lo que la discusión estriba en la posibilidad de su sobrepasamiento, lo que supone también, de aceptarse, una reparación extratabular intrasistema.

⁸⁴ Que el ordinal 1.7 del anexo es "incluyente del daño emergente y del lucro cesante" es algo respecto de lo que no puede suscitarse la mínima duda. El problema es que ni el daño emergente (salvo los supuestos específicos de daño emergente que la tabla IV contempla como factores de corrección: ayuda de tercera persona, acomodación de vivienda y adecuación de vehículo) ni el lucro cesante se reparan por medio de las tablas, sin que éstas agoten "la previsión *ex lege* del resarcimiento".

⁸⁵ Queda fuera de toda duda que no se cumple la reparación íntegra porque lo diga un órgano judicial de forma más o menos apodictica, sino que porque se resarzan efectivamente todos los daños y perjuicios en su completa extensión, siendo por ello necesario que la S que lo proclame esté dotada de valor demostrativo. Tampoco se cumple la reparación íntegra porque lo diga la Ley, sino porque la misma arbitre los mecanismos que habiliten su realización.

⁸⁶ Con esta frase parece que el TC se hace eco de la posibilidad técnica que los órganos judiciales tenían de atender las pretensiones del perjudicado (total o parcialmente), acudiendo al cauce abierto por el penúltimo factor de corrección de la tabla IV, con su remisión al inciso segundo de la regla general 7ª del apartado primero del anexo, tal como había resaltado el MF en sus alegaciones. Pero, de ser así, debe tenerse en cuenta que no es que los órganos judiciales se hubieran abstenido conscientemente de agotar esas posibilidades (al no cumplirse sus presupuestos materiales), sino que simplemente las desconocieron (por falta de conocimiento). De esta forma, esa falta de agotamiento de las posibilidades ofrecidas por el sistema legal (tabla IV), ligada a la creencia (puramente subjetiva) de que se producía la reparación íntegra del daño, se erige en factor que habría de haber servido para apreciar que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁸⁷ Afirmación ésta de música conocida, que se corresponde, *salvatis salvandis*, con la afirmación jurisprudencial de que la determinación del *quantum* indemnizatorio pertenece privativamente al ámbito apreciativo del juez de la instancia; afirmación ésta que, a su vez, podía ser de recibo (limitado) cuando la legalidad valorativa brillaba por su supercentenaria ausencia.

⁸⁸ Negativas del TC que, con su expresión sintética, son bastante apodicticas. Por eso las desentraño seguidamente en el apartado de las conclusiones.

(afinente a la tabla I, en su proyección sobre las VI); pero es absolutamente incontestable que no sirve para reparar lucro cesante alguno, porque éste no puede reputarse en absoluto como un perjuicio patrimonial básico que, de haber sido verdaderamente valorado para la fijación de las indemnizaciones básicas⁹⁷, lo habría sido con un estricto criterio igualitario⁹⁸.

Podrá discutirse si el lucro cesante causado por una lesión permanente impeditiva se resarce o no⁹⁹ a través del factor de corrección por perjuicios económicos que contempla la primera regla de la tabla IV; pero en este caso debe tenerse en cuenta que, dada la edad del lesionado, este factor de corrección no fue objeto de aplicación.

Podrá discutirse si la pérdida de capacidad de ganancia se resarce a través del factor de corrección de la incapacidad permanente; pero, de proporcionarse una respuesta positiva, se tendría que convenir que, no obstante, dicho factor sirve también para reparar el perjuicio moral causado por el efecto impeditivo de la lesión permanente, por la sencilla razón de que tal perjuicio no se resarce mediante la indemnización básica, según resulta de forma absolutamente incontrovertible de lo establecido en la regla explicativa de la tabla VI¹⁰⁰, en el extremo referente a la medición porcentual, puntual o básica de las lesiones permanentes. Si se sostiene, en cambio, que el señalado factor sirve sólo para reparar ese perjuicio moral, es evidente que la pérdida de capacidad de ganancia no fue objeto del más mínimo resarcimiento¹⁰¹. Si se entiende que el factor de corrección de la incapacidad permanente es de naturaleza mixta, hay la imposibilidad inicial de saber qué parte corresponde a la perjudicialidad personal y qué parte corresponde a la perjudicialidad patrimonial¹⁰², pero en este caso, la congruidad de la respuesta judicial habría de haber estribado en pronunciarse sobre tales extremos y la respuesta dada sólo sería razonable si se hubiera declarado que el lucro cesante producido no excedía de la suma imputada a la perjudicialidad patrimonial; y, hecho ello, habría de enjuiciarse la racionalidad de esa decisión y su ajuste con el texto legal.

Podrá discutirse si las lesiones permanentes impeditivas de un niño de 9 años generan lucro cesante o no; pero, si la respuesta es negativa, habría de plantearse, en primer lugar, su

pondiente regla explicativa, o si sirven para reparar también un perjuicio patrimonial básico que se entiende común para todo lesionado¹⁰³, aunque esto es absurdo por ser contrario al principio de vertebración; pero es absolutamente incontestable que no sirven para reparar daño emergente alguno contraído al coste de prestaciones de tipo médico asistencial, porque, como puntualizaba el MF, dicho coste encaja en las previsiones de la regla general 6^a, de modo que se está siempre ante un resarcimiento que, siendo extratabular (porque se repara al margen de las tablas), es intrasistema (por la sencilla razón de que dicha regla forma parte del sistema).

2^a) *Sobre el resarcimiento del coste de la ayuda de tercera persona.* Para el TC, no es irrazonable ni arbitrario que, pudiendo ascender el coste de ayuda de tercera persona a 77.130.137 ptas.¹⁰⁴, se valore en 25.000.000 ptas.

Adviértase que el MF no se pronunció específicamente sobre el extremo relativo a esta concreta partida indemnizatoria y que el TC se limitó a reproducir el argumento utilizado por la AP para no reconocer el máximo tabular, con lo que viene a decirse simplemente que su S contaba con motivación. Pero se soslaya la cuestión verdaderamente planteada, consistente en determinar si ese máximo tabular es o no legalmente rebasable por la prueba del valor superior y, caso de optarse por una respuesta negativa, resolver si ésta se acomoda a las exigencias constitucionales. Si la STC 181/2000 entendió que es inconstitucional el factor de corrección por perjuicios económicos del apartado B) de la tabla V, en la medida en que impide¹⁰⁵ (en mi concepto, impida) el pleno resarcimiento del lucro cesante causado por una lesión temporal (aunque sólo cuando el responsable ha actuado con culpa relevante), no es de recibo que prescindiera de tal conclusión cuando se trata de reparar el perjuicio patrimonial que produce a un gran inválido la necesaria ayuda de tercera persona, puesto que, no es que haya semejanza entre un supuesto y otro, sino que hay plena identidad (perjuicios patrimoniales por importe superior a la cantidad con la que se resarcan tabularmente).

3^a) *Sobre el resarcimiento del lucro cesante causado por unas lesiones permanentes absolutamente impeditivas.* Para el TC, no es irrazonable ni arbitrario sostener que el lucro cesante derivado de unas lesiones permanentes impeditivas se encuentra incluido en la indemnización básica que resulta del juego combinado de las tablas III y VI, con sus factores de corrección.

Podrá discutirse si tales tablas sirven para reparar exclusivamente los perjuicios morales (ordinarios) que causa la lesión psicofísica permanente, según se desprende de la correspondiente regla explicativa, o si sirven para reparar también un perjuicio patrimonial básico que se entiende común para cada lesionado, según puede desprenderse de otra regla explicativa

⁹⁷ Cosa que niego tajantemente. Vide al respecto *La valoración civil...*, cit., t. I, *Los fundamentos*, cit., págs. 46-61; t. III, vol. 1^o, *Las reglas generales del sistema*, cit., págs. 429-431; t. IV, *El fallecimiento*, 2000, págs. 48-56; t. V, *Las lesiones temporales*, 2000, págs. 46-58; y t. VI, *Las lesiones permanentes...*, cit., págs. 38-40.

⁹⁸ Adviértase que el estricto criterio de valoración igualitaria sólo se predica legalmente, como es natural, de los daños morales, según consta expresamente en el inciso primero de la regla general 7^a del apartado primero del anexo; e incluso debe puntualizarse que el igualitarismo sólo afecta a los perjuicios morales ordinarios (primer nivel de la individualización dañosa), sin proyectarse sobre los especiales o extraordinarios, valorados a través de los factores de corrección (segundo nivel de la individualización dañosa), ni sobre los excepcionales o singulares, valorables por virtud del mandato del inciso segundo de aquella regla general (tercer nivel de la individualización dañosa).

⁹⁹ La experiencia demuestra que las más elementales evidencias son controvertidas, en el Derecho y fuera del Derecho.

¹⁰⁰ Contenida en el apartado segundo del anexo; confirmada después, con la Reforma de 2003, mediante la primera de las normas de utilización de los capítulos ordinarios de la indicada tabla.

¹⁰¹ Tal es, en mi concepto, la interpretación correcta. Me remito sobre ello a *La valoración civil...*, cit., t. VI, *Las lesiones permanentes...*, cit., págs. 196-207.

¹⁰² Esto se destacaba en la demanda, pero sin circunscribir el argumento al indicado factor de corrección, sino a todo el sistema, identificado con el Baremo.

también la pérdida de capacidad de ganancia, siendo, en el caso de autos, incuestionable la existencia de esta segunda situación¹⁰⁴. Sentado que haya de valorarse tal pérdida, podrá discutirse si la valoración propuesta por el padre del lesionado (75.074.702 ptas.), apoyado en una prueba pericial, era correcta o no, pero tendría que existir un pronunciamiento sobre ello¹⁰⁵.

Según el TC¹⁰⁶, es arbitrario que a un taxista lesionado que en 1995 sufriera un lucro cesante diario de 10.000 ptas. se le resarciera por tal concepto exclusivamente con la suma de 600 ptas., pues se le tiene que reparar en el total; pero, en cambio, no es arbitrario que la pérdida de la capacidad de ganancia de un niño deje de ser específicamente ponderada, aceptando como razonable una interpretación judicial de la legalidad ordinaria consistente en que dicho concepto ha sido atendido por el Baremo de las lesiones permanentes¹⁰⁷; y esto

del menor lesionado. Desechado tal parámetro por considerarlo reaccionario, la jurisprudencia italiana ha acudido a otros parámetros objetivos como el constituido por el nivel anual de la renta nacional per capita (ST Génova de 12 de junio de 1972) o por el triple del montante anual de la pensión social; y, a su vez, se modulan tales parámetros con la circunstancialidad del caso concreto, pues se pondera que, si el lesionado, todavía improductivo, estaba cursando con aprovechamiento unos cursos superiores, se eleva la suma que resulta de la utilización aislada de cualquiera de esos parámetros iniciales. Pero la discusión italiana sobre la pertinencia de cualquiera de esos parámetros es contemplada con asombro por el jurista español, pues nuestra práctica judicial lo que hace pura y simplemente es no utilizar ninguno de esos parámetros y acudir exclusivamente a unas razones de (supuesta) equidad discrecional que se traducen en considerar que no pueden resarcirse las puras conjeturas, de modo que lo que hace es dejar de resarcir el perjuicio patrimonial de que tratamos, pues lo que en otras latitudes se percibe como verosímil (*id quod plerumque accidit*), aquí se percibe como sueño ilusorio de fortuna. Por eso en nuestros lares jurídicos no hay discusión sobre el sentido justicial de los parámetros señalados, por la sencilla razón de que todos ellos se desechan de antemano, mejor dicho, ni siquiera son objeto de la más mínima reflexión; y a todos los lesionados se les trata igual, pero igual de mal, al no fijarse nunca indemnización concreta alguna por la pérdida de la capacidad productiva.

¹⁰⁴ En un determinado pasaje dedicado a la desestimación del motivo de amparo en el que se denunciaba el quebrantamiento del derecho a la igualdad (Flto. 5), el TC dice que "quienes han trabajado o rebajan no se encuentran en la misma situación que quienes, por cualquiera que sea la razón, no lo han hecho nunca". Se trata de una obviedad, pero lo que no dice el TC es si las lesiones absolutamente impeditivas de un niño, generan o no un lucro cesante, por la pérdida de la capacidad de ganancia. Nos dice el TC que no puede constituir término de comparación la situación de un menor de 10 años con un persona que prestara servicios laborales cuando sufre un accidente de circulación y puede acreditar salarios dejados de percibir como consecuencia de su impedimento; declaración que efectúa para justificar que no puede acudirse a tal comparación en orden a apreciar la quebra del derecho a la igualdad. Pero soslaya por completo después, al ocuparse de la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, si las lesiones permanentes que con un carácter completamente impeditivo sufra un menor producen un lucro cesante, por la pérdida de la capacidad de ganancia.

¹⁰⁵ La AP se abstuvo de cuantificar el lucro cesante, no porque la cuantía propuesta fuera inatendible en sí, sino porque consideraba inútil hacerlo, pues partía de que cualquiera que fuera el importe del mismo su reparación se produce con el reconocimiento de las cantidades que resultan de la aplicación de las diversas reglas tabulares; y esta conclusión es completamente rechazable, desde una elemental y atenta comprensión de la legalidad manejada.

¹⁰⁶ Así se desprende de la STC 181/2000, con criterio que sirvió para el otorgamiento del amparo en las SSTC 242/2000, de 16 de octubre, 21/2001, de 29 de enero y 49/2002, de 25 de febrero.

¹⁰⁷ Confundiendo la reparación del daño psicofísico (perjuicio fisiológico y perjuicio moral ordinario inherente a él) con la reparación por la ganancia dejada de obtener. ¡Qué difícil es romper las lamentables pautas de la globalidad valorativa y que se imponga la razón vertebradora!

propia racionalidad¹⁰³ y, en segundo lugar, su oposición a lo previsto en el punto 1.7 del anexo en el que se establece que el sistema no sólo tiene en cuenta la pérdida de ingresos, sino

¹⁰³ Para el estudio del resarcimiento del lucro cesante derivado del daño corporal, con referencias específicas al causado por las lesiones permanentes impeditivas, me remito a *La valoración civil...*, cit., t. III, vol. 2^o, *Las consecuencias patrimoniales...*, cit., págs. 162-235. A su vez, para el estudio de la SAP de Madrid (Secc. 2^a) de 11 de junio de 2002, que negó que sufriera lucro cesante resarcible alguno una niña de 7 años que quedó imposibilitada para trabajar en el futuro, me remito a *Daños corporales y Carta Magna*, cit., págs. 90-93, donde critico la solución adoptada, siendo inaceptable que se considere que la cantidad pretendida correspondiera a una quimera de ganancias futuras, aunque queda claro que, de estimarlas acreditadas, habría proyectado sobre el caso la doctrina sentada por la STC 181/2000, de 29 de junio. Desde luego, como digo en dicho comentario, la mensura de los efectos económicos de la abolición o de la reducción de la capacidad productiva constituye uno de los puntos más problemáticos que ofrece el tratamiento de la valoración de los perjuicios económicos causados por el daño corporal, dando lugar a que la doctrina italiana se haga eco de que las soluciones judiciales están marcadas por una heterogeneidad anárquica (ROSSETTI, M.: *Il danno da lesione della salute*. Cedam, Padova, 2001, pág. 945). Pero el problema se acrecienta en el caso de los menoscabos sufridos por un menor que sufre el accidente cuando todavía no había podido incorporarse al mercado laboral, porque entonces no se cuenta con parámetros objetivos de signo individualizador. Más la ausencia de criterios objetivos de cuantificación del perjuicio producido no puede enriquecerse en pretexto para negar (confiscar) su resarcimiento, pues, en todo caso, el juez tiene el poder-deber de acudir a una estimación equitativa, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto (*Idem*, pág. 998). Sentado ello, la cuestión radica, a su vez, en la determinación de esas circunstancias; y, en este sentido, la doctrina italiana atestigua que la práctica judicial se ha atendido, a veces, al que se considera inadmisibles y aberrante criterio (ROSSETTI *idib.*, ob. cit., págs. 998-999) de tomar en consideración el nivel de los rendimientos laborales de sus padres, como si el hijo de un obrero estuviera llamado a obtener las rentas de un obrero y como si el hijo de un empresario estuviera vocado a mantener el nivel de rentas de su antecesor. Se trata de una crítica que, de primeras, parece de recibo, sin entrar a analizar el grado de realismo que ofrece como pronóstico de un futuro, pero lo cierto es que proyectadas esas consideraciones sobre la práctica judicial española, es criterio que tendríamos que criticar de forma muy particular, pues, partiendo de que la pérdida de capacidad de ganancia no constituye aquí, según vemos, un perjuicio virtualmente resarcible, sería un progreso que se supusiera que tanto el hijo de un obrero como el de un empresario estaban llamados a obtener las rentas del primero, porque de esta forma se efectuaría un cálculo que, por lo menos, tomaría el salario mínimo como base para calcular unas ganancias laborales yuguladas. Aunque sin mencionar expresamente, el magistrado que citamos se refiere al "caso Genarino", resuelto por el Tribunal de Milán en sentencia de 18 de enero de 1971, que estableció presumible que el hijo de un obrero manual tendría la misma ocupación que su padre, pudiéndose tener en cuenta los rendimientos laborales de éste para calcular el lucro cesante (pérdida de capacidad de ganancia) de aquél, por su incapacidad permanente; así como al "caso Renatino", que fue resuelto por el Tribunal de Turín mediante sentencia que fue confirmada por la de casación de 28 de agosto de 1997, tratándose en este supuesto del hijo de un abogado. La sentencia del primer caso dio lugar a una furibunda crítica por parte de la doctrina que denunció el perjuicio clasista de su solución. Exponente de tal reacción fue St. RODOTÁ (*Una sentenza classista*, Política del diritto, 1971, págs. 435-438). Pero estas críticas no tienen en cuenta que, cuando se trata de reparar los perjuicios patrimoniales, el instituto de la responsabilidad civil es esencialmente clasista (a cada perjudicado se le tiene que reintegrar lo que pierde y lo que deja de obtener), pues le es ajena cualquier función conectada con la redistribución de las rentas; y por eso no es tan descabellada la tesis de G. GENTILE (voz *Danno alla persona*, en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 641) de que el resarcimiento del perjuicio patrimonial consistente en la pérdida de la capacidad de ganancia por parte de un menor (o de un mayor que no ha tenido todavía ocasión de entrar en el mercado laboral) que queda laboralmente incapacitado, debe realizarse computando la posición económica y social de la familia de la que forma parte, tal como sostuvo la I^a Cas., en S de 20 de agosto de 1977. De esta forma, se acude al parámetro objetivo constituido por el nivel de las rentas laborales del progenitor

supone avalar como razonable (como no irrazonable) que a una persona que pudo sufrir un lucro cesante valorado en 75.074.702 ptas. (dado que la AP no dijo que esta valoración fuera incorrecta¹⁰⁸), se le reconozca una indemnización por importe sólo de 48.863.310 ptas., cuando ésta es comprensiva de los perjuicios morales causados por las lesiones temporales (valorados, en cualquier caso, en 1.526.328 ptas.¹⁰⁹), de los perjuicios morales causados por el perjuicio fisiológico y estético de las lesiones permanentes (valorados, en cualquier caso, en 30.168.945 ptas.¹¹⁰) y de los perjuicios morales causados por el efecto impeditivo de dichas lesiones (valorados, en cualquier caso, en 15.480.000 ptas.¹¹¹); perjuicios los tres indicados que se traducirían en esas valoraciones, insisto, aunque no se hubiera producido lucro cesante alguno¹¹².

Está claro que lo que para unos es irrazonable y arbitrario, no lo es para otros. El tiempo, a buen seguro, como sucede casi siempre, dirá quién tenía la razón y quién la oyó.

¹⁰⁸ Podrá decirse que esa suma constituía una hipervaloración del lucro cesante en su versión de pérdida de capacidad de ganancia, pero eso no lo dice en absoluto la AP, cuya respuesta hubiera sido la misma aunque ella lo hubiera cuantificado, por ejemplo, en una tercera parte, pues, en este caso, habría quedado igualmente sin resarcir. Téngase en cuenta que la clave mental del caso radica en realidad en que la práctica judicial española, cuando se enfrenta con el resarcimiento de un lucro cesante proyectado sobre el futuro (supuesto de muerte y lesiones permanentes impeditivas), confunde la incertidumbre del *quantum* (verdaderamente cierta) con la incertidumbre del *an* (verdaderamente incierta), transplantando a la existencia del perjuicio la conjeturabilidad de su extensión.

¹⁰⁹ 1.479.000 ptas., con el incremento de 47.328 ptas., por el índice actualizador del 3,2%.

¹¹⁰ 29.233.474 ptas., con el incremento de 935.471 ptas., por el índice actualizador del 3,2%.

¹¹¹ 15.000.000 ptas., con el incremento de 480.000 ptas., por el índice actualizador del 3,2%.

¹¹² Adviértase que esas valoraciones se habrían establecido, aunque no se hubieran justificado tampoco los gastos psicopedagógicos especiales a que se ha hecho puntual referencia.

I. ÚLTIMA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. La aplicación de las cuantías de valoración vigentes en el momento del siniestro o en el momento de la determinación del daño

Dos sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2007 (SSTS 429/2007 y 430/2007) han sentado como doctrina jurisprudencial la siguiente:

«Se declara como doctrina jurisprudencial que los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado».

Las sentencias resuelven sendos recursos de casación admitidos de acuerdo con el artículo 477.2 LEC 2000 por concurrir interés casacional en relación con la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la naturaleza de deuda de valor que tiene la originada por la responsabilidad en materia de daños a las personas.

En ambos casos se trataba de lesiones producidas en un accidente de circulación y los tribunales de apelación aplicaron los valores correspondientes al baremo correspondiente a la fecha del siniestro.

Según la sentencia 430/2007:

«La cuestión que se plantea en este recurso será la de determinar si el sistema de valoración de los daños personales y los valores concretos atribuidos a los denominados "puntos" ha de ser el del momento del accidente, como sostiene la sentencia recurrida, o bien debe ser el de un momento posterior, que el recurrente fija en la fecha de presentación de la demanda».

En el recurso resuelto por la sentencia 429/2007 se solicitaba que se aplicase el baremo vigente en el momento de la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, el Tribunal Supremo, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, acepta "plenamente la constitucionalidad de este sistema de valoración de los daños causados en accidente de circulación".

El Tribunal Supremo parte de que la obligación de indemnizar nace como consecuencia de la conducta que hace a su autor responsable (artículo 1089 CC y 1.1 LRCSCVM). Aun cuando el apartado primero, número 3, del Anexo, establece que a los efectos de la aplicación de las tablas la edad de la víctima y de los perjudicados y beneficiarios será la de la fecha del accidente, la sentencia recoge que el número 10 establece una actualización anual, y registra que esto ha producido un desconcierto acerca de si esta normativa ha cambiado la concepción de las deudas relativas a la indemnización de los daños corporales que la Sala ha venido configurando como deudas de valor.

Algunas audiencias, según recoge la sentencia, consideran determinante el momento en que se ha producido el daño. Esta opción se justifica sobre la base de la aplicación del principio de retroactividad de las normas. La norma jurídica aplicable en el momento de la producción del daño determinaría el sistema de valoración y también la regla para fijar la valoración.

Otras audiencias entienden que los daños deben cuantificarse según la tabla vigente en el momento de dictar sentencia, apoyándose en la calificación de la indemnización de los

La aplicación del baremo en accidentes de circulación. Última jurisprudencia y algunas cuestiones pendientes

Juan Antonio Xiol Ríos
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

«La cantidad resultante devengará los intereses legales desde la fecha del emplazamiento según los solicitados en la demanda y lo acordado en la sentencia de primera instancia».

2. La mora del asegurador

Aunque no se refiere directamente a la aplicación del sistema de valoración del daño corporal, tiene gran importancia, en relación con esta materia, la STS (1.ª, Pleno) de 1 de marzo de 2007, dictada en un recurso de casación admitido por interés casacional, que se refiere al cómputo de los intereses que debe abonar la aseguradora en caso de mora.

Recordemos el tenor literal del art. 20 LCS, en la redacción introducida por la L 30/1995:

«Si el asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas:

»1ª) Afectará, con carácter general, a la mora del asegurador respecto del tomador del seguro o asegurado y, con carácter particular, a la mora respecto del tercero perjudicado en el seguro de responsabilidad civil y del beneficiario en el seguro de vida.

»2ª) Será aplicable a la mora en la satisfacción de la indemnización, mediante pago o por la reparación o reposición del objeto siniestrado, y también a la mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

»3ª) Se entenderá que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro.

»4ª) La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

»No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100.

»5ª) En la reparación o reposición del objeto siniestrado la base inicial de cálculo de los intereses será el importe líquido de tal reparación o reposición, sin que la falta de liquidez impida que comiencen a devengarse intereses en la fecha a que se refiere el ap. 6º subsiguiente. En los demás casos será base inicial de cálculo la indemnización debida, o bien el importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber.

»6ª) Será término inicial del cómputo de dichos intereses la fecha del siniestro.

»No obstante, si por el tomador del seguro, el asegurado o el beneficiario no se ha cumplido el deber de comunicar el siniestro dentro del plazo fijado en la póliza o, subsidiariamente, en el de siete días de haberlo conocido, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

»Respecto del tercero perjudicado o sus herederos lo dispuesto en el párrafo primero de este número quedará exceptuado cuando el asegurador pruebe que no tuvo conocimiento del siniestro con anterioridad a la reclamación o al ejercicio de la acción directa por el perjudicado o sus herederos, en cuyo caso será término inicial la fecha de dicha reclamación o la del citado ejercicio de la acción directa.

»7ª) Será término final del cómputo de intereses en los casos de falta de pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, el día en que con arreglo al número precedente comiencen a devengarse intereses por el importe total de la indemnización, salvo que con anterioridad sea pagado por el asegurador dicho importe mínimo, en cuyo caso será término final la fecha de este pago. Será término final del plazo de la obligación de abono de intereses de demora por la aseguradora en los restantes supuestos el día en que efectivamente satisfaga la indemnización, mediante pago, reparación o reposición, al asegurado, beneficiario o perjudicado.

daños personales como deuda de valor y evitar que se beneficie el causante de los mismos, especialmente en una época en que la inflación resultaba insostenible.

La primera opción presenta el inconveniente de los daños que tardan mucho en curar o no se manifiestan en el primer momento; la segunda, la de dejar a la víctima la determinación del momento de fijación de la indemnización, dada la posibilidad de acudir al mecanismo de la interrupción de la prescripción. Presenta además inconvenientes adicionales (no distinguir entre la valoración de los daños según el apartado primero, número 3 del Anexo, y la cuantía de los puntos aplicables a la lesión sufrida; y tratarse de actualización según IPC, que no siempre beneficiará a la víctima).

Las sentencias consideran que no es aceptable que la valoración de los puntos en el momento del accidente pueda compensarse con los intereses moratorios del artículo 20 LCS, dado que éstos no siempre son aplicables. Puede ocurrir, también, que las lesiones tarden mucho tiempo en curar o se manifiesten en un momento posterior. La determinación de los intereses moratorios exige, asimismo, determinar la cantidad en función de la cual se van a devengar.

Tampoco es aceptable la supuesta incompatibilidad entre irretroactividad y deuda de valor, porque, según las sentencias, parte de una interpretación fragmentaria el artículo 1.2 LRCSCVM y apartado primero del Anexo. El Tribunal Supremo considera que debe distinguirse la regla general según la cual el régimen legal aplicable a un accidente es el vigente en el momento en que el siniestro se produce (artículo 1.2 LRCSCVM) y el citado apartado primero número 3 del Anexo, que no fija la cuantía de la indemnización, puesto que no liga al momento del accidente el valor del punto. El daño se determina en el momento en que se produce, y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión y a los criterios valorativos, que serán los del momento del accidente. Cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resulta indiferente para el perjudicado.

Sin embargo, los preceptos citados no cambian la naturaleza de deuda de valor que la Sala ha atribuido a la obligación de indemnizar los daños personales. La cuantificación de los puntos

«[...] debe efectuarse en el momento en que las secuelas del accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización, según reiterada jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 8 julio 1987, 16 julio 1991, 3 septiembre 1996, 22 abril 1997, 20 noviembre 2000, 14 y 22 julio 2001, 23 diciembre 2004 y 3 octubre 2006, entre muchas otras). Y ello con independencia de que la reclamación sea o no judicial».

Añade el Tribunal Supremo que no pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando las lesiones tardan mucho en curar o se consolidadas. Sin perjuicio de ello, los daños sobrevenidos deben ser valorados de acuerdo con lo que establece el apartado primero, número 9 del Anexo, según el cual "la indemnización o renta vitalicia sólo podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que determinaron la fijación de las mismas o por la aparición de daños sobrevenidos".

En ambas sentencias se establece que:

la regla de cálculo diario; interpretación que atiende a la modificación operada por ley 30/95 que supuso, como se desprende de su Exposición de Motivos y de los debates parlamentarios previos a su promulgación, que los intereses pasaran a devengarse por días cualquiera que fuera el tipo aplicable, lo que impide su aplicación retroactiva por cuando ello supondría modificar los ya devengados en los dos años anteriores, aplicando el que fuera más gravoso únicamente a partir del tercer año. Este criterio tiene también en cuenta el carácter restrictivo con que ha de interpretarse toda norma sancionadora y la literalidad de su párrafo segundo que utiliza el término "transcurridos" en conexión con una expresión de futuro no "podrá ser", indicativa de que solo entonces, cumplidos los dos primeros años y a partir del primer día del tercero, es cuando se produce el agravamiento del interés.

»La sentencia que se recurre en casación acoge la postura del tramo único disponiendo que el tipo será, desde el primer día, el del 20%, al no haber pagado la aseguradora dentro de los dos años desde la producción del siniestro. Contra ella se alza el recurso de casación formulado por Plus Ultra C.A. de Seguros y Reaseguro en el que, a través del único motivo admitido a trámite casacional, denuncia infracción del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro».

En el FJ 2 se fija la doctrina correspondiente:

«Estas contradicciones, y la falta de jurisprudencia sobre el devengo y cuantía de los intereses moratorios previstos en el artículo 20 LCS, exige que se fije definitivamente la doctrina de esta Sala, que, se adelanta, no es otra que la siguiente: **Durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20%, si no lo supera, y sin modificar por tanto los ya devengados diariamente hasta dicho momento.**

»Esta interpretación favorable a la existencia de tramos y tipos diferenciados, es conforme con la intención del legislador, expresada en la Exposición de Motivos de la Ley 30/1995, en cuyo apartado 6º justifica la reforma relativa al artículo 20 de la LCS en la necesidad de evitar las muy diversas interpretaciones a que había dado lugar, señalando que "se cuantifica el interés de demora, moderando la fórmula de un interés absoluto para hacerlo durante los dos primeros años, referencial al interés legal del dinero". Este posicionamiento legal no supone la concesión de un plazo de gracia mayor a las compañías de seguros, puesto que nada se dice al respecto. Supone establecer dos periodos con dos tipos de interés aplicables perfectamente diferenciados, que se fijarán sin alterar el cálculo diario, con el mínimo del 20% si a partir del segundo año del siniestro no supera dicho porcentaje. Es además coherente con su tenor gramatical y con su devengo diario, pues ello resulta incompatible con la posibilidad de que haya que esperar dos años para conocer, caso de que la aseguradora incumpla, el tipo de interés que resulta aplicable para modificar retroactivamente los ya devengados día a día, conforme al interés vigente en cada momento, en los dos años anteriores.

»El carácter disuasorio de los intereses que se impone en la conclusión contraria puede ser aceptado con reservas desde la idea de evitar la pasividad de las aseguradoras en el cumplimiento de sus obligaciones indemnizatorias, no desde la clara y evidente intención del legislador de dar nuevo un tratamiento a la norma y de contemplar la conducta del obligado al pago de una forma distinta tanto más cuanto que, al tiempo, se decreta de oficio el devengo del interés y este se produce por días. Si el legislador pretendía reforzar la situación de los perjudicados, difícilmente habría modificado la norma anterior pues le bastaba mantener vigente el tipo único de interés anual del 20%. Pretender, además, que esta fórmula es más gravosa, y como tal disuasoria, es algo defendible en la actualidad en razón a unos tipos bajos del interés legal, no desde una situación distinta de futuro en la que la suma del 50% al interés legal del dinero puede proporcionar un interés muy superior al del 20%, que actúa como subsidiario de no alcanzarse este valor. Finalmente, la norma 6ª del artículo 20, no queda alterada con esta interpretación, por cuanto viene referida al momento concreto en que empiezan a devengarse los intereses moratorios, siendo en el apartado 4º en el que se determina el tipo de interés para uno y otro periodo a partir del siniestro».

»8ª) No habrá lugar a la indemnización por mora del asegurador cuando la falta de satisfacción de la indemnización o de pago del importe mínimo esté fundada en una causa justificada o que no le fuere imputable.

»9ª) Cuando el Consorcio de Compensación de Seguros deba satisfacer la indemnización como fondo de garantía, se entenderá que incurre en mora únicamente en el caso de que haya transcurrido el plazo de tres meses desde la fecha en que se le reclame la satisfacción de la indemnización sin que por el Consorcio se haya procedido al pago de la misma con arreglo a su normativa específica, no siéndole de aplicación la obligación de indemnizar por mora en la falta de pago del importe mínimo. En lo restante cuando el Consorcio intervenga como fondo de garantía, y sin excepciones, cuando el Consorcio contrate como asegurador directo, será íntegramente aplicable el presente artículo.

»10ª) En la determinación de la indemnización por mora del asegurador no será de aplicación lo dispuesto en el art. 1108 CC., ni lo preceptuado en el párr. cuarto art. 921 LEC, salvo las previsiones contenidas en este último precepto para la revocación total o parcial de la sentencia».

El TS ha fijado doctrina sobre este artículo estableciendo que durante los dos primeros años desde la producción del siniestro, la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero al tipo vigente cada día, que será el correspondiente a esa anualidad incrementado en un 50 %. A partir de esta fecha el interés se devengará de la misma forma, siempre que supere el 20%, con un tipo mínimo del 20 %, si no lo supera, y sin modificar los ya devengados diariamente hasta ese momento.

La Sala establece los antecedentes necesarios para la resolución del caso en el FJ 1 de la siguiente forma:

«El recurso de casación somete a la consideración de la Sala la interpretación de la regla 4ª del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, en su redacción dada por Ley 30/1995, de 8 de noviembre, conforme a la cual: "La indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial.

»No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %.

»El problema surge al determinar si el interés moratorio del 20% se aplica automáticamente, una vez transcurrido el segundo año desde la fecha del siniestro, o si este interés será el legal del dinero incrementado en un 50% hasta el segundo año, atendiendo a su cómputo por días, y a partir de este segundo año al tipo del 20%, si aquel resulta inferior.

»Es lo que en la doctrina, y en distintas y contradictorias sentencias de las Audiencias Provinciales, se conoce como la teoría del tramo único o de los dos tramos de interés.

»La primera se justifica en razón a la finalidad sancionadora y disuasoria que el legislador quiso atribuir al interés por mora y a su fin último, dirigido a obtener una rápida y eficaz reparación de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, para lo cual entiende que se impuso a las entidades aseguradoras un deber especial de diligencia en el pago de las indemnizaciones, con la consecuencia de que si no lo hace o consigna en el plazo de tres meses, se devengarán los intereses legales incrementados en un 50%, y de que si transcurren dos años desde la fecha del siniestro sin haberlo realizado, los intereses de demora serán al menos del 20% desde la fecha del accidente y no a partir de los dos años. Lo contrario, además, supondría considerar una nueva fecha para el cálculo de intereses -la del tercer año- y la norma no establece cómputo de intereses distinto que no sea el señalado en el nº 6 del artículo 20.

»La segunda tiene en cuenta que los intereses se computan por días desde la fecha del siniestro, de manera que fijado un devengo diario conforme al tipo vigente (el correspondiente a la anualidad incrementado en el 50%), lo único que establece el párrafo segundo, cuando la aseguradora se demora más de dos años, es fijar un tipo mínimo más alto, como superior sanción, pero sin alterar

del órgano jurisdiccional correspondiente, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad consignada.

- »4. En el supuesto de que el asegurador no realice una oferta motivada de indemnización, deberá dar una respuesta motivada ajustada a los siguientes requisitos:
 - »a) Dará contestación suficiente a la reclamación formulada, con indicación del motivo que impide efectuar la oferta de indemnización, bien sea porque no esté determinada la responsabilidad, no se haya podido cuantificar el daño o bien porque existe alguna otra causa que justifique el rechazo de la reclamación, que deberá ser especificada.
 - »b) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga, que acrediten las razones de la entidad aseguradora para no dar una oferta motivada.
 - »c) Incluirá una mención a que no requiere aceptación o rechazo expreso por el perjudicado, ni afecta al ejercicio de cualesquiera acciones que puedan corresponderle para hacer valer sus derechos.
 - »5. Reglamentariamente podrá precisarse el contenido de la oferta motivada y de la respuesta motivada.
 - »6. En todo caso, el asegurador deberá afianzar las responsabilidades civiles y abonar las pensiones que por la autoridad judicial fueren exigidas a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en los artículos 764 y 765 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
 - »Las pensiones provisionales se calcularán de conformidad con los límites establecidos en el anexo de esta Ley».

A su vez, el art. 9 LRCSCVM queda redactado así:

- «Si el asegurador incurriese en mora en el cumplimiento de la prestación en el seguro de responsabilidad civil para la cobertura de los daños y perjuicios causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación, la indemnización de daños y perjuicios debidos por el asegurador se regirá por lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, con las siguientes singularidades:
- »a) **No se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización a que se refieren los artículos 7.2 y 22.1 de esta Ley, siempre que la oferta se haga dentro del plazo previsto en los citados artículos y se ajusten en cuanto a su contenido a lo previsto en el artículo 7.3 de esta Ley.**
 - »La falta de devengo de intereses de demora se limitará a la cantidad ofertada y satisfecha o consignada.
 - »b) Cuando los daños causados a las personas hubiesen de sufrirse por éstas durante más de tres meses o su exacta valoración no pudiera ser determinada a efectos de la presentación de la oferta motivada a que se refiere el párrafo a) de este artículo, el órgano jurisdiccional correspondiente, a la vista de las circunstancias del caso y de los dictámenes e informes que precise, resolverá sobre la suficiencia o ampliación de la cantidad ofrecida y consignada por el asegurador, atendiendo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley. Contra la resolución judicial que recaiga no cabrá recurso alguno.
 - »c) Cuando, con posterioridad a una sentencia absolutoria o a otra resolución judicial que ponga fin, provisional o definitivamente, a un proceso penal y en la que se haya acordado que la suma consignada sea devuelta al asegurador o la consignación realizada en otra forma quede sin efecto, se inicie proceso civil en razón de la indemnización debida por el seguro, será aplicable lo dispuesto en el artículo 20.4 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, salvo que nuevamente se consigne la indemnización dentro de los 10 días siguientes a la notificación al asegurado del inicio del proceso».

Debe tenerse en cuenta la reciente modificación de la LRCSCVM en materia de intereses de demora, que resulta de la regulación de la obligación de las aseguradoras de efectuar una oferta motivada.

El art. 7 LRCSCVM, modificado por la L 21/2007, de 11 de julio, dice ahora así:

- »1. El asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños sufridos en su persona y en sus bienes. El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa para exigirlo. Únicamente quedará exonerado de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil conforme al artículo 1 de la presente Ley. Prescribe por el transcurso de un año la acción directa para exigir al asegurador la satisfacción al perjudicado del importe de los daños sufridos por éste en su persona y en sus bienes.
- »2. **En el plazo de tres meses desde la recepción de la reclamación del perjudicado, el asegurador deberá presentar una oferta motivada de indemnización si entendiera acreditada la responsabilidad y cuantificado el daño, que cumpla los requisitos del apartado 3. En caso contrario, o si la reclamación hubiera sido rechazada, dará una respuesta motivada que cumpla los requisitos del apartado 4 de este artículo.**
- »El incumplimiento de esta obligación constituirá infracción administrativa grave o leve, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 40.4.i) y 40.5.d) del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre.
- »Trascurrido el plazo de tres meses sin que se haya presentado una oferta motivada de indemnización por una causa no justificada o que la fuera imputable al asegurador, se devengarán intereses de demora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9 de esta Ley. Igualmente se devengarán intereses de demora en el caso de que, habiendo sido aceptada la oferta por el perjudicado, ésta no haya sido satisfecha en el plazo de cinco días, o no se haya consignado para pago la cantidad ofrecida.
- »El asegurador deberá observar desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización.
- »Lo dispuesto en el presente apartado será de aplicación para los accidentes que puedan indemnizarse por el sistema de las oficinas nacionales de seguro de automóviles, en cuyo caso toda referencia al asegurador se entenderá hecha a la Oficina Española de Aseguradores de Automóviles (Ofesauto) y a las entidades corresponsales autorizadas para representar a entidades aseguradoras extranjeras.
- »3. Para que sea válida a los efectos de esta Ley, la oferta motivada deberá cumplir los siguientes requisitos:
 - »a) Contendrá una propuesta de indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurren daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.
 - »b) Los daños y perjuicios causados a las personas se calcularán según los criterios e importes que se recogen en el anexo de esta Ley.
 - »c) Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, identificándose aquellos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo.
 - »d) Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderle.
 - »e) Podrá consignarse para pago la cantidad ofrecida. La consignación podrá hacerse en dinero efectivo, mediante un aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio

necesidad de tener en cuenta las circunstancias excepcionales a que se refiere el criterio del apartado primero, número siete del Anexo.

La opción favorable a la distinción entre patrimonio biológico o fisiológico y el estético es la que trata de seguir el legislador en la nueva redacción (introducida en 2003) relativa a la valoración de los perjuicios estéticos, recogida en el Capítulo especial sobre perjuicio estético de la Tabla VI (que fija un máximo de 50 puntos por perjuicio estético), cuyas "Reglas de utilización" dicen así:

- «Reglas de utilización:
- »1. El perjuicio estético consiste en cualquier modificación peyorativa que afecta a la imagen de la persona, **constituye una dimensión diversa del perjuicio fisiológico que le sirve de sustrato**, refiere tanto a su expresión estática como dinámica.
 - »2. **El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético constituyen conceptos perjudiciales diversos. Cuando un menoscabo permanente de salud supone, a su vez, la existencia de un perjuicio estético, se ha de fijar separadamente la puntuación que corresponda a uno y a otro, sin que la asignada a la secuela fisiológica incorpore la ponderación de su repercusión antiestética.**
 - »3. **El perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente y, adjudicada la puntuación total que corresponda a cada uno, se ha de efectuar la valoración que les corresponda de acuerdo con la tabla III por separado, sumándose las cantidades obtenidas al objeto de que su resultado integre el importe de la indemnización básica por lesiones permanentes.**
 - »4. La puntuación adjudicada al perjuicio estético es la expresión de un porcentaje de menoscabo permanente del patrimonio estético de la persona. 50 puntos corresponden a un porcentaje del 100 por cien.
 - »5. La puntuación del perjuicio estético se ha de realizar mediante la ponderación de su significación conjunta, sin que se pueda atribuir a cada uno de sus componentes una determinada puntuación parcial.
 - »6. El perjuicio estético es el existente en el momento de la producción de la sanidad del lesionado (estabilización lesional), y es compatible su resarcimiento con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección.
 - »La imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio.
 - »7. El perjuicio estético importantísimo corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal.
 - »8. Ni la edad ni el sexo de la persona lesionada se tendrán en cuenta como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético.
 - »9. La puntuación adjudicada al perjuicio estético no incluye la ponderación de la incidencia que este tenga sobre las actividades del lesionado (profesionales y extraprofesionales), cuyo específico perjuicio se ha de valorar a través del factor de corrección de la incapacidad permanente».

Nada se dice sobre la aplicación de la Tabla IV en cuanto al factor de corrección por daños morales complementarios, cuestión que está necesitada de una clarificación jurisprudencial. En tanto se produzca esta solución, caben algunas reflexiones. El perjuicio fisiológico y el estético constituyen ahora dimensiones diversas, que suponen una especialidad frente al principio de que cada secuela se valora por una sola vez. En consecuencia, nada parece impedir la suma de los puntos fisiológicos y los estéticos a los efectos del cálculo de los 90 puntos correspondientes a las secuelas concurrentes. Si así venía haciéndose con anterioridad a la nueva regulación sobre el perjuicio estético, no parece que deba modificarse el criterio después de esta norma. Así lo han apreciado algunas resoluciones judiciales (v. gr., SAP Madrid de 20 de octubre de 2001). Además, con ello se le reconoce un sentido al hecho de no haber

II. ALGUNAS CUESTIONES PENDIENTES EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

1. Daño moral tabular inconsciente y daño psicológico extratabular

Algunas de las cuestiones que plantea la correcta aplicación del sistema de valoración de los daños corporales en accidente de circulación dependen de una definición correcta de lo que debe entenderse por "daño moral". Recientemente, en el ámbito de la medicina legal, el Dr. Cobo ha propuesto un conjunto de distinciones que, a mi juicio, no solamente pueden ser útiles en el ámbito estricto de la actuación pericial médica, para el que han sido propuestas, sino que también deben ser tenidas en cuenta desde el punto de vista jurídico para la adecuada calificación de los daños.

La jurisprudencia ha venido tradicionalmente refiriendo el concepto de daño moral al sufrimiento de la persona. Sin embargo, la experiencia nos demuestra que el daño moral es un concepto ligado a la dignidad de la persona que no siempre se traduce en un sufrimiento de carácter psicológico y que no siempre tiene una relación directa con él.

Por ello, parece aceptable entender que el concepto de "daño moral" con carácter general es aplicable a todo daño personal no patrimonial entendido como menoscabo de la integridad y dignidad personal.

Existe un daño moral objetivo, que es el que corresponde a la pérdida de la integridad personal y al menoscabo de la dignidad de la persona y de los derechos inherentes a la misma mediante los que se construye su ámbito de autonomía que no tienen carácter patrimonial y no son susceptibles propiamente de resarcimiento o indemnización, sino solamente de una compensación económica o de otra índole, que debe ser establecida con arreglo a criterios apreciativos por parte del juez o del legislador. Este daño moral, por ser objetivo, no requiere conciencia de pérdida ni tampoco sufrimiento personal. En el caso de los daños corporales el daño moral objetivo está indisolublemente unido a la lesión como deficiencia anatómica, funcional o generadora de una discapacidad. La pregunta acerca de si el gran lesionado que no tiene conciencia del daño sufrido por hallarse en coma vegetativo debe ser indemnizado por el daño moral sufrido debe obtener, según estos principios, una respuesta afirmativa.

Existe un daño moral subjetivo o daño psicológico cuando se trata de considerar el nivel de sufrimiento personal que el daño impone a quien lo padece y que requiere conciencia de sufrimiento para su valoración. La intensidad de este daño, dado su carácter subjetivo, depende de las circunstancias de cada individuo y de sus mecanismos de defensa o adaptación. El daño psicológico debe valorarse de forma independiente del daño moral objetivo, puesto que uno y otro constituyen realidades médica y jurídicamente separables. Pueden encontrarse, según Cobo, elevados valores de daño moral objetivo con escaso daño moral subjetivo (como ocurre con los supuestos de las personas en coma vígil o estado vegetativo crónico). Por el contrario podemos encontrar un daño moral objetivo de menor importancia (por ejemplo, una amputación de mama) acompañado de un daño moral subjetivo muy elevado en función de la respuesta personal a esa amputación.

La consideración de los daños psicológicos no comprendidos o considerados en las tablas VI y IV del Sistema de valoración plantean, **lege ferenda**, la necesidad de distinguir como patrimonios independientes a efectos de su reparación el patrimonio biológico, el estético, el bienestar físico y psíquico de la persona y quizá otros como la expectativa de vida, o la capacidad de comunicación y aprendizaje; y, **lege data**, su posible consideración al hilo de la

bién negligencia del conductor, pues entonces procede la equitativa moderación de la responsabilidad y el reparto de la cuantía de la indemnización (artículo 1.1 IV LRCSCVM).

En consecuencia, tanto en cuanto a la extensión del daño resarcible como en cuanto al criterio de imputación se sigue un concepto amplio equiparable al que se aplica a los casos de responsabilidad por hechos dolosos, el cual resulta propio de un sistema de responsabilidad objetiva en su modalidad de responsabilidad por creación de riesgo. La responsabilidad incluye, pues, el lucro cesante, siempre que objetivamente derive del hecho dañoso.

El criterio del apartado primero, número 7, del Anexo se refiere expresamente, como circunstancias que se tienen en cuenta "[p]ara asegurar la total indemnidad de los daños perjudicados", a "las circunstancias económicas, incluidas las que afecten a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado".

La Tabla IV, según las correspondientes reglas explicativas, describe los criterios para ponderar los "restantes daños y perjuicios ocasionados", es decir, los que exceden de la indemnización básica que resulta de la aplicación combinada de las tablas III y VI. Los aumentos resultantes se satisfacen separadamente y con carácter adicional a los que la LRCSCVM llama "gastos correspondientes al daño emergente, esto es, la de asistencia médica y hospitalaria y los de entierro y funeral". Con ello, **a contrario sensu**, parece admitirse que se contemplan criterios para la valoración del lucro cesante, pero parece también tipificarse de forma excluyente el daño emergente. La duda, pues, está planteada.

Para resolver el problema, vamos a fijarnos especialmente en la Tabla IV, cuyos criterios, por referirse a las lesiones permanentes, pueden servir de orientación para resolver el mismo problema en relación con la Tabla II (fallecimiento), la cual, en principio, tiene menor complejidad en este punto. Como es sabido, en relación con la Tabla V el problema ha sido, en cierta medida, resuelto por el Tribunal Constitucional. Por ello, los criterios que sentemos, en la medida en que la solución establecida por éste pueda ser insuficiente, también podrán servir para dicha Tabla.

La Tabla IV, pues, se ajusta a la rúbrica «[f]actores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes», y en ella se incluyen diversos factores o conceptos, algunos de los cuales pueden ponerse en relación con la idea de lucro cesante o de daño emergente distinto del directamente contemplado en el apartado primero, número 6, del Anexo.

Cabe defender una interpretación integradora de las reglas tabulares fundada en la falta de verificación del Sistema y en la posible consideración de determinados factores de corrección como mixtos, es decir, destinados a indemnizar tanto el daño moral como el patrimonial. Dicha interpretación conduce a que procede, aprovechando la regla de compatibilidad de los factores de corrección y la falta de criterios y de reglas explicativas o tabulares que lo impidan, agotar la horquilla legal que la Tabla IV establece para los factores de corrección que lo permiten por su naturaleza, para integrar en ellos el lucro cesante o el daño emergente probado por encima de los límites fijados para el factor de corrección por perjuicio económico.

Parece apuntar en este sentido la STC 42/2003 cuando, entre los diversos argumentos para rechazar el recurso de amparo contra la interpretación judicial que excluía el lucro cesante afirma que los órganos judiciales:

suprimido la regla general de suma aritmética de los puntos por perjuicio estético, que tendría una aplicación restringida a este supuesto. Pero no puede olvidarse que el perjuicio estético constituye una secuela independiente. La fidelidad a este principio podría conducir a entender que, dado que el perjuicio estético se calcula, según expresa previsión legal, sobre base 50 (y no sobre base 100), un perjuicio estético que alcanza los 35,5 puntos es equivalente a una secuela que alcanza los 75 puntos y, por ende, debe dar lugar a la aplicación del expresado factor de corrección como única secuela. No puede, sin embargo, desdeñarse la opinión de quienes consideran que el perjuicio estético en ningún caso debe sumarse al perjuicio fisiológico, sino que debe operar independientemente en el sentido que se acaba de indicar —que está de acuerdo con los principios del sistema, aun cuando no goza del apoyo de la literalidad de sus reglas—, ni tampoco la de quienes, en la actualidad minoritariamente, se inclinan por entender que los puntos estéticos no deben sumarse ni tenerse en cuenta para el cálculo del perjuicio.

2. El lucro cesante¹

A) Planteamiento general

El art. 1.2 LRCSCVM, precepto en el que se funda el Sistema de valoración, se remite, en cuanto a la cuantificación de los daños causados a las personas con motivo de la circulación, a los criterios y límites del Anexo sobre el Sistema de valoración de los daños corporales causados en accidente de circulación. Contiene, sin embargo, un enunciado de estos daños, que se integra con la referencia al "valor de la pérdida sufrida" y al valor "de la ganancia" dejada de obtener. Se señala también que los daños y perjuicios a los que afecta el sistema, con inclusión de los morales, son los "previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador".

La referencia a la "pérdida sufrida" y a la "ganancia" dejada de obtener, está tomada del artículo 1106 CC, en el cual se pacifico que se contiene, respectivamente, una referencia al daño emergente y al lucro cesante.

El artículo 1.2 LRCSCVM no solamente incluye los "daños previstos" y los "daños previsibles" de que responde el deudor de buena fe (artículo 1107 I CC), sino que se extiende a los daños "que conocidamente se deriven del hecho generador", de los que responde el deudor en caso de dolo a tenor del artículo 1107 II CC. En consecuencia, se establece un criterio amplio de imputación objetiva. La imputación objetiva se excluye ordinariamente, en un contexto de responsabilidad por negligencia, por el hecho de que los daños causalmente conectados al hecho dañoso no sean previsibles (a lo que se añade la facultad de moderación de la cuantía de indemnización de que dispone el juez: artículo 1103 CC). El régimen de responsabilidad por daños personales derivados de la circulación (artículo 1.1 II LRCSCVM) solamente excluye la imputación objetiva cuando interfiere en la cadena causal la conducta o la negligencia del perjudicado (cuando los daños se deben únicamente a ellas) o una fuerza mayor extraña a la conducción y al funcionamiento del vehículo, salvo, en el primer caso, que concurra tam-

¹ Las ideas recogidas en este apartado las he desarrollado en el artículo *; Son indemnizables los perjuicios patrimoniales atípicos derivados del daño corporal en el Sistema de valoración en materia de accidentes de circulación? publicado en el núm. 22 de la Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro.

Según esta interpretación, sólo mediante ella la aplicación del Sistema de valoración se acomoda al principio de reparación íntegra, pues, si no se admite, el principio de reparación íntegra aparece enunciado, para, después, resultar negado a través de los límites indemnizatorios.

Para esta posición doctrinal, el artículo 1.2 LRCSCVM es el que delimita los daños resarcibles y su cuantificación. Las limitaciones cuantitativas tabulares solamente afectan a la valoración del daño corporal en sí y de sus inmediatas consecuencias personales (daños morales), sin que afecten a los daños morales que no han sido tipificados en las tablas y, tampoco, a las consecuencias patrimoniales del daño corporal que no aparecen recogidas en los factores de corrección o lo son insuficientemente.

Esta interpretación se apoya no sólo en el valor normativo del principio de la íntegra restitución del daño causado proclamado por el apartado primero, número 7, del Anexo, sino también de la consideración en el mismo de la concurrencia de "circunstancias excepcionales", concepto que por su propia naturaleza implica la imposibilidad de su previsión específica en las tablas.

La SAP Madrid 21 sep. 2002 acoge esta última tesis:

«[...] las circunstancias excepcionales, resarcibles a tenor de lo establecido en el inciso segundo de la Regla General 7ª del Apartado primero del "Sistema", están constituidas por los gastos contingentes o eventualmente necesarios (colaterales), la pérdida o limitación de la capacidad de trabajo y por el lucro cesante, concepto éste ontológicamente diverso al de "perjuicios económicos" tanto desde el punto de vista semántico cuanto material, habida cuenta que su importe se determina por medio de porcentajes que se aplican sobre un valor orientado a resarcir un daño estrictamente extrapatrimonial y las cantidades resultantes no alcanzan a satisfacer las pérdidas concretas de ingresos, cuando existen, por lo que únicamente sirven para compensar un perjuicio patrimonial básico, legalmente presumido y abstractamente tasado, compatible por tanto con la reparación del lucro cesante».

c) Pues bien, esta interpretación resulta muy dudosa a tenor de los criterios clásicos de interpretación. En efecto, los criterios del apartado primero del Anexo pueden ser interpretados, según los casos, como reglas concretas, es decir, como reglas que establecen un campo de aplicación propio para la efectividad de su mandato, o como reglas de principio, es decir, como normas genéricas o categóricas cuya aplicación depende de su objeto o contenido y pueden tener un valor interpretativo o de corrección o de integración de lagunas.

La utilización de presente de indicativo en el apartado primero, número 7, del Anexo, a diferencia de lo que ocurre en relación con los criterios establecidos en los demás apartados, apunta, sin duda, a un carácter interpretativo de las reglas de principio contenidas en él. Y aunque cabe también aducir razones en contra, en principio, el Sistema de valoración se funda en las limitaciones tabulares. Los criterios ordinarios de interpretación permiten una interpretación integradora aplicando la analogía cuando existan lagunas en las propias tablas (cuyas previsiones tienen la condición de normas jurídicas sujetas a lo dispuesto en el artículo 4 CC en materia de interpretación de las leyes) e integrando dentro de sus límites, mediante una interpretación sistemática, conceptos no previstos específicamente en su denominación, en su definición en apartados, en las notas o en las reglas explicativas, pero cuya integración en el marco de la obligación de resarcir resulta coherente con los principios del Sistema proclamados en los criterios del Anexo, apartado primero. En suma, es aceptable reconocer a los criterios del apartado primer, número 7, del Anexo, el valor de reglas de principio interpre-

«[...] no agotaron las posibilidades indemnizatorias que el sistema de baremo ofrece respecto de las lesiones sufridas por el recurrente; indudablemente entendían, con ello, que se producía la reparación íntegra del daño»

En el mismo sentido, la STC 222/2004 declara lo siguiente:

«En primer lugar, si bien es cierto que los recurrentes alegaron en la vía judicial la existencia de un daño basado en la pérdida de ingresos netos, en la situación de incapacidad permanente de D. José María y en la necesidad de ayuda de terceras personas para su cuidado, también lo es que esos tres criterios están expresamente contemplados en la tabla IV para el cálculo de los diferentes conceptos indemnizatorios y han sido apreciados en la resolución impugnada. De este modo la propia configuración legal de su funcionamiento no ha sido un obstáculo para satisfacer las legítimas pretensiones indemnizatorias de los recurrentes, por lo que no existe la alegada identidad de supuestos que permitiría la aplicación de la doctrina fijada en las tantas veces citada STC 181/2000.»

B) La aplicación de los criterios generales del Sistema

a) La remisión que el artículo 1 LRCSCVM contiene a los criterios del Anexo es interpretada por algunos como una remisión a los límites indemnizatorios del Anexo y, en consecuencia, como una forma de destacar su valor vinculante.

Para esta posición doctrinal, el artículo 1.2 LRCSCVM determina que no son resarcibles aquellos daños que no aparecen regulados en el Anexo y los contemplados en él sólo pueden valorarse dentro de los límites cuantitativos fijados en las tablas.

La SAP Asturias 24 oct. 2005 constituye un ejemplo de esta posición:

«Así la actora en los motivos primero y tercero de su recurso en relación a la naturaleza y ámbito de interpretación del sistema de baremación de los daños personales establecido en la citada Ley 30/95, defiende la tesis de que en el mismo no están incluidos los perjuicios económicos o patrimoniales de ahí que a su juicio tanto el daño emergente como el lucro cesante que resulten acreditados, estén o no relacionados con la incapacidad temporal, deben ser abonados al margen del mismo.

»Tal planteamiento no puede ser acogido, al compartir este Tribunal el criterio de la Juzgadora de primera instancia en orden a estimar que, en el sistema legal de baremación vinculante y de obligado cumplimiento, se incluyen tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales o morales de forma que la indemnización correspondiente en cada caso siempre tiene el límite establecido en el citado baremo. En definitiva en este aspecto el baremo que es completo en sí mismo y así resulta de lo dispuesto en la regla 1.7 del mismo.

»La única excepción a ese sistema completo viene representado por el apartado B de la Tabla V, ya razonada, de forma que en supuestos como el de autos de culpa relevante solo los perjuicios patrimoniales relacionados con el período de sanidad o incapacidad temporal pueden ser abonados por encima de las previsiones de aquél, pero ello siempre que exista en autos una cumplida prueba de su existencia por parte del perjudicado».

b) Una segunda interpretación, sin embargo, pone de relieve que el artículo 1.2 LRCSCVM se remite, en primer lugar, a los criterios del Anexo y, en segundo lugar, a los límites indemnizatorios fijados en él. Caben, en consecuencia —se sostiene—, valoraciones efectuadas de acuerdo con los criterios al margen de los límites indemnizatorios de carácter tabular, en la medida en que aquéllas correspondan a daños no contemplados en las tablas, que son los únicos afectados por los expresados límites.

B) La interpretación de esta sentencia del Tribunal Constitucional no es fácil. Cabe notar que ha dado lugar incluso a interpretaciones paradójicas. Por algunos se ha interpretado que la declaración de inconstitucionalidad de la Tabla V, en cuanto al factor de corrección por perjuicios económicos, elimina la posibilidad de aplicar este factor, siempre que exista culpa relevante del conductor, en aquellos casos en los cuales dichos perjuicios no se hayan producido.

Constituye ésta una interpretación que no considero aceptable, puesto que la sentencia del Tribunal Constitucional es una sentencia interpretativa de las llamadas 'interpretativas de inconstitucionalidad' (que tienen un valor similar al de las 'interpretativas de constitucionalidad') y, por ende, presupone que la declaración de inconstitucionalidad del factor de corrección de la Tabla V no tiene carácter absoluto, sino que se extiende solamente a los efectos que el Tribunal contempla expresamente.

Recuérdese el primer pronunciamiento que integra el fallo de la expresada STC 181/2000:

«Declarar que son inconstitucionales y nulos...»

'Nulos' en plural, es decir, tanto el inciso de la regla explicativa, como el contenido del apartado letra B).

«... en los términos expresados en el último fundamento jurídico de esta Sentencia, el inciso final y corregido conforme a los factores que expresa la propia tabla 'del apartado c) del criterio segundo (explicación del sistema), así como el total contenido del apartado letra B) "factores de corrección", de la tabla V, ambos del Anexo que contiene el «Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación», de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor, en la redacción dada a la misma por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995/3046), de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.»

El contenido del referido fundamento jurídico, al que el fallo se remite, tampoco parece dejar duda alguna sobre el carácter interpretativo, y por ende limitado, de la sentencia:

«[...] cuando se trate de resarcir daños ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, la indemnización por "perjuicios económicos", a que se refiere el apartado letra B) de la tabla V del anexo, operará como un auténtico y propio factor de corrección de la denominada "indemnización básica (incluidos daños morales)" del apartado A), conforme a los expresos términos dispuestos en la Ley, puesto que, como ya hemos razonado, en tales supuestos dicha regulación no incurre en arbitrariedad ni ocasiona indefensión.

»Por el contrario, cuando la culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, sea la causa determinante del daño a reparar, los "perjuicios económicos" del mencionado apartado B) de la tabla V del Anexo, se hallan afectados por la inconstitucionalidad apreciada y, por lo tanto, la cuantificación de tales perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener (art. 1.2 de la Ley 30/1995) podrá ser establecida de manera independiente, y fijada con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso».

Es decir, en el supuesto de 'culpa relevante' la cuantificación de los perjuicios económicos o ganancias dejadas de obtener puede ser establecida de manera independiente, pero la declaración de inconstitucionalidad (que sólo persigue evitar el efecto de que no puedan reclamarse daños susceptibles de prueba independiente) no impide que, si no se hace así, se

tativas y de cobertura de lagunas en las Tablas. Pero, por sí mismos, son insuficientes para mantener una interpretación correctora, es decir, una interpretación que lleve el resarcimiento del daño más allá de los límites expresamente previstos en las Tablas.

La interpretación que se propugna por quienes mantienen la tesis que ahora consideramos no es, pues, integradora, sino correctora. Propugna dar valor autónomo a unas reglas formuladas como principios cuya redacción les atribuye un carácter interpretativo. ¿Es esto posible? Resolver esta cuestión implica poner en relación el régimen legal del Sistema con principios de orden superior, es decir, con los principios constitucionales, únicos que pueden justificar, en virtud de la regla que obliga a interpretar las normas conforme a la Constitución, este tipo de interpretación. Comporta, en consecuencia, tener en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sentada por primera vez en la sentencia 181/2000, a la que me refiero seguidamente.

C) La fuerza de los principios constitucionales: la interdicción de la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial: la aplicación de la doctrina de la STC 181/2000

A) La STS 181/2000 declaró la inconstitucionalidad del apartado B) de la tabla V del Anexo de la LRCSCVM (factor de corrección por perjuicios económicos en incapacidades transitorias). Nos interesa destacar las siguientes declaraciones de la sentencia:

a) La LRCSCVM convierte "la culpa en un título de imputación que, paradójicamente, siempre opera en perjuicio de los legítimos derechos de la víctima". "[R]esulta manifiestamente contradictorio con este esquema de imputación que, cuando concurre culpa exclusiva del conductor, la víctima tenga que asumir parte del daño que le ha sido causado por la conducta antijurídica de aquél".

b) "[L]os denominados 'perjuicios económicos' presentan la suficiente entidad e identidad como para integrar y constituir un concepto indemnizatorio propio". "[E]n lugar de asignarle su verdadero carácter de partida o componente autónomo, dotado de propia sustantividad, en tanto que dirigido a enjugar las pérdidas o disminuciones patrimoniales que la víctima del daño haya sufrido y pueda acreditar, el sistema trastoca este concepto indemnizatorio para reducirlo a un simple factor de corrección que se calcula sobre la base de otra partida resarcitoria de diverso contenido y alcance, que obstaculiza la individualización del daño.

c) "[E]l apartado B) de la tabla V del Anexo, en la concreta configuración legal de los 'perjuicios económicos' allí contenida, establece un límite irrazonable y carente de toda justificación al derecho de resarcimiento de la víctima, con un resultado arbitrario y, por lo tanto, contrario al art. 9.3 de la Constitución".

d) "La configuración normativa de la analizada tabla V, referida a la indemnización de las lesiones temporales, determina que la pretensión resarcitoria de las víctimas o perjudicados no pueda ser efectivamente satisfecha en el oportuno proceso, con la consiguiente vulneración de su derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)".

e) "[L]a inconstitucionalidad apreciada, por violación de los arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución, ha de constreñirse a las concretas previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del Anexo, y ello no de forma absoluta o incondicionada, sino únicamente en cuanto tales indemnizaciones tasadas deban ser aplicadas a aquellos supuestos en que el daño a las personas, determinante de 'incapacidad temporal', tenga su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo".

D) Se ha planteado, en este sentido, la duda de si los pronunciamientos de inconstitucionalidad que efectúa el Tribunal Constitucional, los cuales literalmente sólo afectan al apartado B) de la Tabla V del Anexo, pueden aplicarse a los factores de corrección por perjuicios económicos de las tablas II y IV, aparentemente idénticas.

A ello se oponen las siguientes dificultades:

a) La sentencia del Tribunal Constitucional efectúa una conexión entre la exigencia constitucional de integrar la reparación del lucro cesante probado con la imputación de los daños a título de culpa. Para ello se funda en una consideración del sistema de imputación de la LRCSCVM que, a mi juicio, es errónea, puesto que la culpa no opera como criterio de imputación subjetiva para excluir la responsabilidad del conductor (de ahí que se evite la expresión 'culpa exclusiva de la víctima', tradicional en el ámbito del Derecho de la circulación), sino como criterio de ausencia de imputación objetiva cifrado en la interferencia de la conducta de la propia víctima o de circunstancias ajenas al funcionamiento del vehículo en la cadena causal. Este criterio de imputación objetiva es perfectamente acorde con un sistema de imputación basado en la creación del riesgo.

No se advierte con claridad la contradicción que el Tribunal Constitucional cree entender que existe entre la falta de imputación del daño al conductor cuando existe culpa de la víctima y la limitación del daño que supone el Sistema de valoración cuando existe culpa del conductor. En el primer caso, cuando hay culpa de la víctima, se excluye la imputación objetiva por razón de que la víctima debe asumir el riesgo por ella creado con culpa o sin ella, pues basta, como dice expresamente la ley, que el daño derive exclusivamente de su conducta. En el segundo, si la limitación del daño resarcible carece de justificación cuando el conductor que debe responder ha incurrido en culpa, esta ausencia de justificación concurre también cuando no ha incurrido en negligencia alguna, pues ambos supuestos son idénticos a los efectos de la obligación de responder: la responsabilidad no se funda en ningún caso en la culpa, sino en el riesgo creado. Entender otra cosa supone fundar el enjuiciamiento sobre la responsabilidad del conductor, a unos efectos limitados, en un criterio de imputación distinto del previsto en la ley e introducir con ello una duplicidad de objetos y un factor de inseguridad en el proceso.

b) Formalmente los factores de corrección por perjuicios económicos son similares en las Tablas II, IV y V, pero en realidad la forma de probatura del lucro cesante (o daño emergente no tipificado) es muy distinta, pues en la tabla V se trata de un perjuicio ya producido, mientras que en las tablas II y IV se trata de daños futuros que deben ser probados mediante valoraciones de carácter prospectivo y en una tabla el perjudicado no es la víctima, mientras que en las otras sí lo es.

Estas dificultades han determinado, por una parte, que, desde un punto de vista teórico, el carácter confuso del razonamiento de la sentencia del Tribunal Constitucional dificulta su aplicación a supuestos en los que concurre identidad de razón. Por otra parte, la diferencia de naturaleza de los perjuicios económicos por pérdida de ingresos que resulta de una y otras tablas determina que muchos hayan visto dificultades para su extensión más allá del tenor literal de la sentencia, que se refiere exclusivamente a la Tabla V.

En los tribunales ordinarios se ha seguido en ocasiones este criterio restrictivo:

La SAP Asturias 26 jun. 2006 declara, por ejemplo, lo siguiente:

«[...] el actor tanto pide lucro cesante por el tiempo de curación como por aquel futuro derivado de las secuelas y la incapacidad laboral para desarrollar cualquier profesión.

pueda reclamar la aplicación del factor de corrección con el mismo alcance que en el caso de producción de daños sin culpa, es decir, en función de los ingresos correspondientes.

Seguendo esta tesis, la SAP Asturias 26 jun. 2006 declara:

«Ciertamente es también que por algunos tribunales, y entre ellos esta Sala, se entiende la declaración de inconstitucionalidad no en términos absolutos sino relativos, propugnando la **posibilidad de la aplicación del factor de corrección del apartado B de la Tabla V del Baremo para el supuesto de que por el perjudicado se acredite ser receptor de ingresos por trabajo a la fecha del siniestro, pero sin llegar a precisarse ni acreditarse el exacto perjuicio patrimonial sufrido**, y ello con fundamento tanto en la propia razón de la declaración de inconstitucionalidad del dicho apartado como en el conocimiento derivado de la experiencia de que el trabajador, sea asalariado o autónomo, por lo general, durante el tiempo de incapacidad ve mermada su capacidad de trabajo y, por ende, sus ingresos y que, además, como ya se ha apuntado, otros perjuicios económicos o gastos, además de aquél, suelen acompañar dicho estado y así es que (volviendo a la razón de la declaración de inconstitucionalidad), como recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 222/2.004 de 29 de noviembre, la razón fundamental para aquella declaración no fue tanto la imposición de un límite cuantitativo a la indemnización con el establecimiento de unos límites máximos ligados a los ingresos de la víctima, como vincular el perjuicio económico a otra partida resarcitoria, otorgándole un carácter accesorio y no dotándola de una autonomía que permitiese la plena indemnidad de todos los perjuicios efectivamente sufridos. Es decir, que la tacha de inconstitucionalidad radicó, de manera inmediata, en un defecto cualitativo y no tanto en el resultado cuantitativo provocado por su aplicación automática, de suerte que no siendo este último efecto la razón de aquello, puede jugar su aplicación, a modo de presunción del daño y su cuantía, en aquellos casos en que el perjuicio económico se percibe pero no se ha conseguido su exacta concreción».

C) En los votos particulares a esta sentencia se pone de manifiesto el carácter expansivo que tiene la doctrina sentada en la misma y se da por supuesta su aplicabilidad a las tablas de valoración que contienen un factor de corrección análogo por perjuicios económicos.

El voto particular del magistrado Conde dice, entre otros extremos:

«El hecho de que nuestra Sentencia solo introduzca el juego de la culpa como fuente de responsabilidad, para anular los límites cuantitativos del apartado B de la Tabla V del Anexo cuestionado, no implica que esa censura del sistema tenga esa merma de eficacia, pues **las mismas razones utilizadas en relación con ese contenido de la Ley son igualmente referibles a los perjuicios derivados de muerte, incapacidad y lesiones permanentes, regulados en otras tablas**. [...] dado lo dispuesto en el art. 39.1 LOTC, la consecuencia lógica del juego que se atribuye a la culpa en el limitado marco de nuestro análisis, debiera haber sido extenderlo a los otros perjuicios del mismo signo, asimismo limitados en otras tablas, y no crear, como me temo que puede ocurrir, una situación de inseguridad, al resultar los contenidos de la Ley no cuestionados afectos de la misma tacha constitucional que imputamos a los cuestionados».

El voto particular del magistrado Garrido Falla dice, entre otros extremos:

«[...] lo que no se entiende es que el argumento valga para el apartado B) de la Tabla V y no, por ejemplo para la Tabla I donde se barema la indemnización por muerte, o a las Tablas III, IV y VI que contienen los baremos en caso de lesiones permanentes (es decir, las que pueden convertir a la víctima en un invalido permanente impidiendo para realizar su profesión u oficio). ¿Acaso no son estos supuestos -especialmente en caso de muerte- los que pueden determinar la ruina absoluta de la familia de la víctima o de la víctima misma?. ¿Y acaso no puede el TC considerar la constitucionalidad de las dichas Tablas de acuerdo con el art. 39.1 de su Ley Orgánica?»

puestos en la STC 181/2000 respecto de la Tabla V B) a la Tabla II, porque tanto el evento generador de la responsabilidad civil, la muerte de una persona, como el sujeto acreedor al pago, los padres, son distintos a los dispuestos en aquella, donde el evento es la lesión corporal con efectos de incapacidad temporal y el sujeto acreedor el propio accidentado.

E) Sin embargo, a mi juicio resulta evidente que, salvadas las diferencias notables que existen en cuanto a la posibilidad de prueba del lucro cesante en unos y en otros supuestos, y la distinta condición de los perjudicados, el factor de corrección por perjuicios económicos tiene el mismo carácter en todas las tablas, por lo que no cabe duda de que los argumentos que el Tribunal Constitucional utiliza respecto de la Tabla V son aplicables también, lo que aquí interesa, a la Tabla IV. La transposición de los argumentos utilizados por la sentencia al factor de corrección previsto en esta tabla puede hacerse casi automáticamente, mediante el procedimiento de descartar factores irrelevantes, como la relación del perjudicado con la víctima, la naturaleza del hecho dañoso o el carácter actual o futuro de los daños que deben resarcirse. La consecuencia es que una interpretación conforme a la Constitución del factor de corrección por perjuicios económicos de la Tabla IV exige que los perjuicios probados por lucro cesante en los casos de culpa relevante del conductor "en su caso" declarada judicialmente (es decir, en la terminología del Tribunal Constitucional, 'culpa exclusiva' del conductor o 'culpa concurrente' de éste con la víctima) sean considerados como un factor de corrección extratabular o, al menos, determinen el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Pero esta interpretación tiene el grave inconveniente de que propio Tribunal Constitucional la rechaza y de que se funda en una interpretación del criterio de imputación establecido en la LRCSVM para los daños corporales motivados por un accidente de circulación que es muy discutible (a mi juicio, claramente errónea) y resulta de dudoso carácter vinculante, dado que se mueve primordialmente en el ámbito de interpretación de la legalidad ordinaria.

Si se aceptase esta interpretación, sólo podría ser aplicada a los supuestos en que se demostrase la existencia de negligencia por parte del conductor en la producción del accidente en unión de la ausencia de contribución causal de la víctima (es lo que el Tribunal Constitucional llama 'culpa relevante').

D) El carácter ilimitado de la Tabla IV

Probablemente, la solución, en relación con las situaciones de incapacidad permanente, viene facilitada por el tenor literal de las reglas tabulares. La Tabla IV, en efecto, se remite a los "elementos correctores" del apartado primero, número 7, del Anexo y establece un porcentaje de aumento o de reducción que carece de límites. Podría resultar adecuado, con arreglo a una interpretación literal y sistemática del precepto, entender que los elementos correctores a que se refiere el citado apartado son todos los comprendidos en él (por consiguiente, también los fundados en la consideración de perjuicios económicos, circunstancias personales y familiares y circunstancias excepcionales, en tanto no se incluyan en la Tabla) y no sólo los expresamente calificados en el apartado primero, número 7, del Anexo como "elementos correctores de disminución" o "elementos correctores de agravación". Cuando la Ley se ha querido referir a los primeros, lo ha hecho como "elementos correctores de disminución" en la Tabla V.

La singularidad de no establecer limitación cuantitativa alguna, en contraposición al principio seguido con carácter general en todas las tablas, se explica mejor en función del propósito de la ley de hacer posible la indemnidad total de la víctima de secuelas permanentes, espe-

»Cabalmente, este segundo perjuicio debe ser tratado dentro de la Tabla IV del Baremo, en cuanto vinculado a las secuelas, y la primera conclusión que de ello se obtiene es la improcedencia de su petición al margen de la descripción que de los factores de corrección se hacen en la dicha Tabla IV, pues el art. 1.2 de la L.R.C. (antes como ahora) es taxativo al ordenar que todo daño o perjuicio se cuantificará sometiéndose al perjudicado al Baremo, y la Tabla IV de éste no ha sido objeto de corrección por el Tribunal Constitucional, debiendo aplicarse de acuerdo con su configuración.

»Fuera de eso, además, la pretensión indemnizatoria por lucro cesante viene informada en contra por el perito señor Ferrnín, cupiendo reproducir lo ya dicho al tratar de este aspecto con motivo de la incapacidad temporal, y las relativas al fondo de comercio y posible derecho de traspaso están teñidas de tal aleatoriedad y falta de verdadero sustento objetivo al proceder a su cuantificación e, incluso, posible existencia, que tampoco habrían podido superar el criterio de certeza necesario que se exige para la declaración de la existencia de cualquier daño.

El propio Tribunal Constitucional ha seguido en ocasiones la misma interpretación.

En la STC 42/2003, el Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) deniega el amparo contra la denegación de una solicitud fundada en que el apartado primero, número 7, del Anexo de la LRCSVM incluye el daño emergente y el lucro cesante. Declara que la interpretación judicial de la normativa cuestionada, efectuada en el ejercicio de la potestad inherente a los órganos judiciales, no incurre en error patente ni en arbitrariedad.

La STC (Sala 1.ª) 231/2005 deniega el amparo en que se solicitaba el reconocimiento de lucro cesante y daño emergente probados, afirmando que los órganos judiciales no reconocieron dichos conceptos al considerarlos incluidos en la indemnización fijada mediante la aplicación del baremo legal sin incurrir por ello en error patente ni en arbitrariedad. Entre otros extremos, razona lo siguiente:

«Ciertamente en la STC 181/2000, FJ 21, hemos señalado que las previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del anexo (factores de corrección por perjuicios económicos aplicables a la indemnización por incapacidad temporal) resultan contrarias al artículo 24.1 CE en los supuestos en que el daño tenga causa exclusiva en una culpa relevante, y en su caso judicialmente declarada, imputable al agente causante del hecho lesivo, de suerte que en este supuesto la cuantificación del lucro cesante podrá ser determinada de manera independiente y con arreglo a lo que oportunamente se acredite en el correspondiente proceso.

»Pero esta conclusión no puede ser aplicada al presente recurso de amparo, pues la **tabla II del anexo (factores de corrección por perjuicios económicos aplicables a las indemnizaciones básicas por muerte), que es la aplicada en el caso que nos ocupa (junto a la tabla I, que contempla las indemnizaciones básicas por muerte), no resulta afectada por la declaración de inconstitucionalidad de la citada STC 181/2000, ni el demandante de amparo fundamenta su queja en la distinción entre resarcimiento de daños económicos ocasionados sin culpa, es decir, con base en responsabilidad civil objetiva o por riesgo, y daños ocasionados exclusivamente por culpa relevante, y en su caso judicialmente declarada, sino que se limita a sostener, como ya ha quedado señalado, que los perjuicios económicos derivados del lucro cesante y del daño emergente han de abonarse en todo caso sin limitación a las previsiones del baremo legal, por lo que no procede que, de oficio, este Tribunal entre a examinar una cuestión que no se plantea en la demanda de amparo.»**

La STC, Sala 1ª, 258/2005, rechaza el amparo promovido por los padres de dos fallecidos en accidente de circulación contra la sentencia que consideró no susceptibles de indemnización ni los daños morales ni la cancelación que, como fiadores, realizaron de los préstamos personales de sus respectivos hijos afirmando que no cabe extrapolar los argumentos dis-

cialmente en los casos de gran invalidez, dada la gravedad de los supuestos y la dificultad de prever con exactitud todas las circunstancias. Por el contrario, parece carecer de sentido la especificación de que el aumento o la disminución se produce "según circunstancias", es decir, sin límite cuantitativo, si sólo se refiere a los elementos de corrección de disminución o de agravación.

Según esta interpretación, la inclusión del lucro cesante probado no susceptible de ser incluido en los restantes factores de corrección podría llevarse a este factor de corrección sin límite tabular cuantitativo y sin necesidad de limitarlo a los supuestos de prueba de la negligencia "relevante" por parte del conductor. La determinación del porcentaje de aumento o disminución debería hacerse de acuerdo con los principios del Sistema y, por ende, acudiendo a la aplicación proporcional de los criterios fijados por las Tablas para situaciones que puedan ser susceptibles de comparación. Esta apreciación abriría el paso a aplicar los criterios derivados de la prueba del daño emergente o del lucro cesante con arreglo al principio que el Tribunal Constitucional ha considerado constitucionalmente implícito en la Tabla V, pero sin limitarlo al supuesto de 'culpa relevante' del conductor.

La STS Asturias 16 feb. 2006 sigue recientemente esta tesis:

«Disiente de la cantidad concedida por aplicación del factor de corrección de la Tabla IV referido a la regla 7ª del Apartado primero del anexo del sistema. Nada debemos reprochar a su concesión pues tal apartado pretende llegar a la total o máxima indemnidad de los perjuicios padecidos por el perjudicado para contemplar circunstancias no expresamente previstas en las Tablas y de difícil o compleja determinación. Por eso en tal factor de corrección la Tabla no señala su cuantía y deja su fijación a las circunstancias a apreciar por el Tribunal. La fijada en la sentencia es ponderada, razonable y motivada pues utiliza criterios de analogía de otros apartados del sistema como el porcentaje del 10% aplicado a la máxima indemnización por el concepto de gran invalidez por lo que está teniendo en cuenta las circunstancias personales a que se refiere la regla 7ª, así como la económicas por la pérdida de su capacidad de trabajo que efectivamente desarrollaba como albañil empleado por el Ayuntamiento de Arévalo, como resulta del documento obrante al folio 357 de los autos. Se critica que puede haber una duplicidad con la citada indemnización pero es lo cierto que es una duplicidad que el sistema establece y permite pues los factores previstos en la Tabla IV es posible que concurren y no son excluyentes entre sí. Además no se indemnizan conceptos idénticos, pues el factor por perjuicios económicos aparece referido esencialmente al lucro cesante en ocasiones de difícil precisión por lo que el legislador establece tal factor como complemento de la indemnización básica, y el concedido a la pérdida de su capacidad para la actividad laboral que desempeñaba. A mayor abundamiento el actor presenta otras circunstancias que podrían encontrar encaje en este factor especial, como un estado psicológico afectado y alteraciones mentales, tal como resulta del informe psicológico aportado a los autos (folios 379 a 382). Con lo argumentado también damos respuesta al recurso del propio actor que cuestiona la sentencia en este apartado en pretensión de una indemnización mayor en su cuantía.»

sección de derecho de extranjería

I. CONSIDERACIONES EN TORNO AL ESTABLECIMIENTO DE LA ASISTENCIA JURÍDICA PARA LOS EXTRANJEROS EN LA VÍA ADMINISTRATIVA

Como es sabido, la Ley Orgánica 4/2000 introdujo en nuestro derecho un modelo de asistencia jurídica para los procedimientos administrativos que pudieran llevar a la denegación de entrada, devolución o expulsión de cualquier extranjero del territorio nacional que ha de registrarse como un avance cualitativo de la mayor relevancia.

Ciertamente la previsión de la Ley de extranjería no constituía una novedad ni tan siquiera respecto del grupo beneficiario, puesto que en la legislación de asilo ya existía una previsión semejante desde 1994, luego recogida en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y recordada en el artículo 22 de la propia Ley de extranjería. No obstante, siendo equiparables ambas previsiones en su alcance y finalidad, lo cierto es que no pueden serlo en sus implicaciones prácticas y organizativas¹.

La introducción de aquella previsión no se produjo en el vacío. Los letrados, a través de los servicios colegiales y también por medio de las organizaciones no gubernamentales surgidas en apoyo de los inmigrantes, tenían ya contacto con la realidad de los procedimientos de extranjería. Desde luego si un extranjero era detenido por contravención de la Ley de extranjería se le facilitaba abogado de oficio, pero en la práctica totalidad de los casos dicha asistencia se prestaba por los turnos generales —aún hoy no es una práctica totalmente superada—, no especializados en asuntos de extranjería cuyo cometido se agotaba en el propio acto de la comparencia en comisaría y, todo lo más, con la intervención ante el juzgado que debía autorizar el internamiento. Este panorama fragmentario propició, como una necesidad práctica, el desarrollo de servicios de orientación, más o menos articulados, que sólo en pocos casos, y merced a iniciativas muchas veces unilaterales y desinteresadas, incluían también algunas formas de asistencia jurídica.

Es en este panorama cuando la Ley de extranjería opta por establecer un sistema de garantía vinculado a la asistencia letrada en procedimientos tanto en los de naturaleza sancionatoria como en los puramente reactivos². No han faltado quienes consideraron esta previsión

Manual de buenas prácticas en la asistencia letrada al extranjero en aplicación de la Ley de Extranjería

Bartolomé José Martínez García

Asesor Responsable del Área de Inmigración y Asuntos Exteriores del Defensor del Pueblo de España

"Los 'hombres de saber', como algunas fuentes bajomedievales los llaman, o los letrados, son en estos siglos que preparan el advenimiento de la forma política del Estado, especialistas en derecho..."

El estudio y el ejercicio del derecho, su enseñanza en escuela y su aprendizaje profesional, se organizaron muy pronto y se especializaron mucho antes de que sucediera algo parecido con el trabajo de la Administración."
J. A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*.

"Lo que va mal, por lo general, tiene aspecto de funcionar bien."
A. BLOCH, *La Ley de Murphy*.

¹ La prestación de asistencia jurídica a los solicitantes de asilo se encuadra en un contexto de bajo número de solicitudes (en cómputo anual sólo se superaron las 10.000 solicitudes en tres ocasiones [de 1992 a 1994] y que en los últimos años suele situarse alrededor de las 6.000); alta concentración geográfica de las solicitudes en puntos muy concretos (Madrid, Ceuta, Melilla, etc.); y existencia de un órgano especializado encargado de la instrucción (la OAR), de un órgano resolutor (la CIAR) y de un único tribunal competente para supervisar la práctica totalidad de la actuación administrativa (la Audiencia Nacional), todos ellos radicados en la misma ciudad. La situación en materia de extranjería es justamente la contraria: alto número de inmigrante (con incorporaciones interanuales de cientos de miles de personas); altos niveles de irregularidad, tanto inicial como sobrevenida; desconcentración de los órganos instructores, resolutores y de control judicial por todo el territorio nacional, con todo lo que ello implica para el adecuado seguimiento de los casos. A todo esto debe sumarse la generalización de procedimientos de organización policial que conllevan la separación entre el extranjero asistido y su letrado (traslados a centros de internamiento fuera de la demarcación colegial, concentración de extranjeros para proceder a su expulsión, etc.).

² Tradicionalmente se ha venido manteniendo que la devolución no es procedimiento sancionatorio, sino una medida de restitución inmediata del orden jurídico infringido. Sin embargo, tras la reforma operada en el art. 58 de la LO 4/2000, por medio de la LO 14/2003, que estableció una prohibición de entrada de 3 años para todos aquellos que sean sorprendidos pretendiendo entrar ilegalmente en el país, caben serias dudas sobre la naturaleza reactiva o sancionatoria de la devolución. Como esta es una cuestión

asistencia en cada uno de los procedimientos y, junto a esto, era preciso asumir las consecuencias de esa definición, no sólo por el conjunto de los abogados sino también por el resto de los actores de estos procedimientos.

En ese proceso fueron algunos colegios los que primero vieron la necesidad de contar con instrumentos que homologaran el trabajo de extranjería y sirvieran como prontuario para los letrados —unos ya con experiencia de la etapa anterior y otros sin ella— que debían asumir en último término esta asistencia jurídica y concretarla en las actuaciones en cada caso pertinentes. Precisamente a este colegio malagueño le corresponde el honor de haber puesto en marcha la primera de estas iniciativas⁵, a través de dos protocolos, dedicados al turno de extranjería y al servicio de orientación jurídica de extranjeros, al que pronto le siguieron Valencia y Madrid, hasta llegar al Protocolo⁶ aprobado en el XIV Encuentro de Abogados de Extranjería, que se celebró en Córdoba, en mayo de 2004.

Es en el marco de ese proceso en el que el Defensor del Pueblo hizo público, en octubre de 2005, su *Informe sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España*, (en adelante también el *Informe*), en el que apostaba decididamente por los protocolos como instrumentos de homologación y mejora de la calidad de la praxis de la abogacía de extranjería.

II. LA APORTACIÓN DEL DEFENSOR DEL PUEBLO A TRAVÉS DE LAS “REGLAS DE BUENA PRÁCTICA PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL” Y SU INCARDINACIÓN EN LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN PROFESIONAL

Para comprender adecuadamente la actuación y las intenciones del Defensor del Pueblo con esta aportación hay que partir del hecho de cómo concibe la propia Institución sus informes. De hecho estamos ante lo que se conocen como “informes monográficos”, una categoría que no viene aludida en la legislación reguladora de la Institución⁷, pero que se ha consolidado como una actividad habitual que la Defensoría desarrolla con éxito notable, ya que varios de estos informes se han constituido en referentes para el análisis de problemas complejos.

⁵ Es destacable que la formalización de protocolos se generara en colegios con acreditada sensibilidad lo referente a la protección de los derechos de los extranjeros.

⁶ El texto de este protocolo, al que puede accederse a través de la siguiente dirección web: <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/saaj/Protocolo.pdf> me parece tributario en cuanto a su concepción y estructura del aprobado por Ilustre Colegio de Abogados de Málaga.

⁷ Puede consultarse el texto completo de este informe en <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes2.asp>.

⁸ El art. 32 de la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (LODP), contempla dos tipos de informes: el anual, a través del que se da cuenta de la gestión realizada y el extraordinario, que se dirigirá a las Cámaras parlamentarias cuando aprecie hechos de notable urgencia o gravedad que deban ser puestos en conocimiento de estas. Los informes monográficos se desarrollaron más bien como una evolución de la capacidad de la Institución para llevar a cabo investigaciones de oficio, lo que le permitió acometer el estudio de áreas concretas de la actuación administrativa cuyo alcance iba más allá de los hechos o situaciones que sirvieron como identificadores. A pesar de su omisión en la LODP, habitualmente estos informes se envían al Parlamento y se presentan ante la Comisión Mixta Congreso-Senado encargada de relacionarse con la Institución: la única diferencia en la práctica es que estos informes no se publican en el *Boletín Oficial de la Cortes Generales*, aunque la propia Institución los edita en una serie específica que ha superado los 20 títulos.

excesiva y pretendieron argumentarlo basándose en la ausencia de una normativa semejante respecto de los nacionales cuando deben sustanciar procedimientos ante la Administración. Sin embargo, en mi opinión, parece claro que tal decisión legislativa se justifica por la confluencia en los extranjeros de una serie de circunstancias que no se dan en el caso de los nacionales: la brevedad, muchas veces perentoria, de los plazos procedimentales —prácticamente no existe otro ámbito de la actuación administrativa en que existan, por ejemplo, plazos de 48 horas para formular alegaciones— unida a la inmediatez en la ejecución; el desconocimiento del idioma y de las tradiciones jurídicas de nuestro país; y la vulnerabilidad —que incluso podríamos denominar *ex lege*— en la que quedan estas personas en lo tocante al adecuado ejercicio de sus derechos cuando se ven confinadas en un puesto fronterizo o ingresadas en un centro de internamiento.

Así, junto a la inmediata vinculación de la asistencia jurídica con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cabe entender que en este caso también entró el juego la necesidad percibida por el legislador de adoptar una medida positiva que promoviera la efectividad⁹ de la libertad y de igualdad de los individuos y de los grupos en que estos se integran, tarea que la Constitución encomienda a los poderes públicos en su artículo 9.2.

Con la asunción de esta medida la abogacía asumió también varios retos, el primero de ellos articular un sistema de asistencia jurídica en todo el territorio nacional. Pero más allá de eso, tenía también que llenar de contenido y dotar de densidad a este nuevo tipo de asistencia en el que las reglas de actuación no venían determinadas con la precisión característica de las leyes procesales. Pronto se puso de manifiesto la diversidad de visiones, fruto en buena medida de la diversidad de experiencias, que convivían en los distintos colegios⁴. La sensación global fue que, una vez sentada la posibilidad de asistencia jurídica a los extranjeros en los procedimientos de extranjería, restaba sin embargo por definir en qué debía consistir dicha

sometida al pronunciamiento del Tribunal Constitucional parece prudente aguardar hasta que la sentencia zanje el asunto.

³ A este mismo objeto responde, según entiendo, el Acuerdo de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid, de 30 de octubre de 2003, que reconocía con carácter general tal derecho a todos los extranjeros que formulen su solicitud en cualquiera de los procedimientos administrativos o judiciales a que se refiere el art. 22.1 de la vigente Ley de extranjería (es decir los específicamente relacionados con su condición de extranjeros), sin necesidad de que los interesados acrediten documentalmente su insuficiencia de recursos.

⁴ Debe reconocerse que parte del problema estaba en la propia Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, que estaba pensada para la vía jurisdiccional y que, en consecuencia, tenía dificultades para ser aplicada en sus estrictos términos a la asistencia jurídica en vía administrativa, sobre todo bajo condiciones de urgencia. Así lo apreció el Defensor del Pueblo en su Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España, que en su conclusión 1.1.3 señalaba “La ley de asistencia jurídica gratuita está falta de una regulación específica respecto de la vía administrativa, que resulta poco acorde con el desarrollo que la misma ha tenido de un tiempo a esta parte. De hecho sus preceptos y disposiciones están orientados a los diferentes procesos judiciales y la actuación en la vía administrativa se alude en términos poco menos que referenciales. La normativa de desarrollo de carácter general y autonómico no ha colmado esa laguna, en buena medida por la ausencia de previsiones legales que ofrecieran un suficiente fundamento para cualquier intento de regulación reglamentaria.” En consonancia con esta conclusión se hacía una recomendación al Ministerio de Justicia para que modificara la referida ley, señalándose (Rec. 2.1) que la norma debería preocuparse de prever la continuidad de la actuación letrada entre las fases administrativa y judicial, así como regular adecuadamente la suspensión para aquellos supuestos en que la designación no sea automática.

agente de la Administración por el hecho de que perciba una contraprestación con cargo a fondos públicos por el servicio prestado.

La disyuntiva estaba, pues, en cerrar el *informe* con las consabidas recomendaciones a las diversas administraciones y dejar que cada letrado interesado lo leyera y extrajera de él sus propias conclusiones o bien ofrecer una especie de síntesis de prácticas que los letrados deberían observar. Ponderando las diversas alternativas y, en particular, la ya aludida falta de criterios uniformes, la Institución optó por la segunda solución. El resultado se concretó en las llamadas “reglas de buena práctica para el ejercicio profesional”¹¹, que se articulan en 8 apartados (buenas prácticas generales, denegaciones de entrada, devoluciones, expulsiones, autorizaciones judiciales de internamientos y asistencias en centros de internamiento, asilo, actuaciones ante la jurisdicción y asistencia jurídica a los menores extranjeros no acompañados).

Evidentemente estas *reglas* no son un catálogo de actuaciones prescriptivas sobre el fondo de los casos, pues eso hubiera significado desconocer que es al letrado a quien le corresponde decidir cuál es la vía de defensa más adecuada para los derechos e intereses de su patrocinado. No se trata, en consecuencia, de uniformizar la actividad de todos los letrados y sus argumentos de defensa (que por formar parte de un trabajo individualizado no pueden exportarse ni sacarse de él sin incurrir en gruesas simplificaciones) sino de poner el acento en determinados comportamientos de naturaleza extrínseca que aseguren esa necesaria individualización.

Ahora bien, tampoco debe considerarse que el Defensor del Pueblo presente en su *Informe* una especie de protocolo alternativo, más bien concibe las *reglas de buena práctica* como una aportación parcial en una tarea que le corresponde protagonizar a la propia abogacía; de ahí que se evitara cuidadosamente hablar de “protocolo”¹². Las *reglas* que propone el Defensor del Pueblo no tienen vocación totalizadora, sino que buscan más bien completar los protocolos ya existentes, señaladamente el aprobado en el XIV Encuentro de Abogados de Extranjería, para incidir especialmente o elucidar algunas cuestiones que podían haberse pasado por alto¹³.

Esta es la razón de que el Defensor del Pueblo recomiende al Ministerio de Justicia (Rec. 2.15) y a las consejerías autonómicas con competencias en el pago de los servicios de asistencia jurídica gratuita (Rec. 6.6.) que “impulsen” la adopción de protocolos de actuación profesional por parte de los turnos de extranjería y asilo; recomendación que también se hace al Consejo General de la Abogacía Española para que conjuntamente con los colegios de abogados fomente la adopción de estos instrumentos y su difusión entre la profesión. Resulta

¹¹ Se han incluido estas reglas como anexo al presente trabajo.

¹² La Institución define el término protocolo, aplicado a lo que aquí interesa, como “el conjunto de reglas sistematizadas que contemplan una serie de actuaciones profesionales y las ordenas mediante el cumplimiento de unos trámites mínimos de carácter externo con el fin de lograr un resultado determinado.” (Vid. Defensor del Pueblo *Informe*... cit. p. 392) Nótese en la insistencia en el hecho de que los trámites son de carácter “mínimo” y “externo”, esto es, que no deben entrar a concretar una línea de defensa, sino más bien asegurarse de que se han contemplado todas las posibilidades y el asistido ha recibido la atención imprescindible para que su letrado se haga una completa idea de su situación.

¹³ Consciente de que la implantación de los protocolos de actuación está en sus inicios, la Institución ha juzgado conveniente demorar la evaluación del impacto que han tenido sus *reglas de buena práctica* en estos protocolos hasta que su empleo esté más consolidado.

El *Informe* parte de la constatación de esa falta de consenso entre los diferentes colegios sobre qué debe incluir o, dicho de otro modo, hasta dónde deben llegar las obligaciones de los letrados encargados de prestar asistencia jurídica a los extranjeros en trámites administrativos. Esta situación amplifica sus efectos por las resistencias apreciadas en diversos órganos administrativos a reconocer un papel específico al letrado, al que a veces se le ha querido marcar su capacidad de actuación con la lógica de normas ajenas al derecho administrativo, fundamentalmente la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Defensor del Pueblo expresaba el estado de cosas que había podido apreciar en los siguientes términos:

“Da la impresión de que durante años se ha cifrado la garantía máxima en consagrar este derecho [el de asistencia jurídica a los extranjeros] y asegurar el acceso efectivo al mismo, con independencia del nivel de renta, dando por supuesto que existía una idea clara sobre lo que debía ser esta asistencia. Se ha confirmado la impresión de que esto no ha sido así y que, aún hoy, se registran significativas diferencias en función de la parte del territorio nacional en la que se desarrollen los hechos...”

La metodología aplicada en este *Informe* del Defensor del Pueblo se aparta en varios puntos de la que suele emplear la Institución. Así, por ejemplo, se abrió un foro a través de Internet organizado por “salas” temáticas y se convocó en la Institución a una muestra representativa de todos los actores implicados en los procedimientos administrativos y judiciales relacionados con la extranjería y el asilo. Con ello se pretendía identificar adecuadamente los matices procedimentales —a veces antagónicos— que existían en las diversas partes del territorio español, buscando también determinar las mejores prácticas que pudieran estar realizándose en cada situación. Todo ese bagaje, junto con la propia experiencia de la Institución y el análisis crítico de los informes recibidos de los colegios de abogados y los órganos administrativos concernidos forma el cuerpo del informe, en el que se van describiendo los procedimientos con la máxima meticulosidad posible, al tiempo que se van valorando las diversas prácticas administrativas y letradas que fueron identificándose.

La consecuencia de todo ello se establece en las conclusiones y en las recomendaciones a las administraciones y a diversas instituciones¹⁰, pero la Defensoría del Pueblo también se da cuenta que su trabajo quedaría incompleto si se limitara sólo a señalar los problemas, sin ofrecer a los profesionales que, en último término, son los que han de enfrentarse al compromiso diario de hacer realidad esta asistencia unas pautas de actuación. Al actuar así el Defensor del Pueblo innova nuevamente en su tradición, puesto que su marco natural de actuación es la supervisión de todas las administraciones públicas españolas y a sus agentes, y es claro que un abogado es un profesional liberal que no puede asumir la posición de un

⁹ Vid. Defensor del Pueblo *Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España*, Madrid, 2005, p. 30. (Se citan las páginas de la edición íntegra en papel. La paginación puede variar en el formato en PDF incluido en la página web del Defensor del Pueblo aludida en la nota 7.)

¹⁰ Concretamente las Instituciones y órganos administrativos a los que se dirigió recomendaciones fueron los siguientes: Consejo General del Poder Judicial, Ministerios de Justicia, Interior y Trabajo y Asuntos Sociales, Fiscalía General del Estado, Consejerías de los gobiernos autónomos con competencias en el pago de los servicios de asistencia jurídica (Andalucía, Canarias, Cataluña, Galicia, Madrid, Navarra, País Vasco y Generalidad Valenciana), Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Direcciones Generales de la Policía, de Política Interior y de Infraestructuras y Material de seguridad, además de al Consejo General de la Abogacía Española.

entre los distintos colegios, resistencias ante unos instrumentos que se perciben como facilitadores de la supervisión, choque con una concepción individualista a ultranza del ejercicio de la abogacía, etcétera. Todas estas objeciones, y las resistencias que implican, no deben minusvalorarse, sobre porque revelan la necesidad de que cualquier nueva medida, y con mayor razón aquellas que de una u otra forma pretendan modificar la manera en que se hacen determinadas cosas, prevean lo que ha dado en llamarse "gestión del cambio". En lo que aquí se trata, eso implica asumir que los protocolos tienen que ser, antes que nada, un instrumento en beneficio de la propia profesión y de mejora de la calidad del importante servicio que presta. Es posible que su puesta en práctica requiera algo más que una decisión de adopción formal; probablemente debería ir acompañada de una intensa campaña formativa y de un sistema de ayuda a los colegiados, para que aclaren sus dudas y vayan habituándose a los cambios de método que se les proponen.

Creo que, por encima de las medidas concretas que contemplan, los protocolos de extranjería tienen como principal reto concienciar a los letrados —de modo que ellos puedan a su vez defenderlo— sobre la nitida separación que hay que trazar entre esta materia y otras ramas del derecho, con todo lo que ello conlleva en el diseño del campo de juego que ha de ser lealmente asumido por todos los actores del procedimiento.

III. CUESTIONES A CONSIDERAR PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN COMO INSTRUMENTOS DE MEJORA Y EVALUACIÓN DEL SERVICIO

Llegados al punto en que existe ya un protocolo de actuación en materias propia de extranjería y se solicita la preparación de otros en campos conexos, la cuestión fundamental está, según mi opinión, en comprender que estos protocolos sólo son efectivos si se conciben como sistemas activos, cuya principal virtualidad está en favorecer dinámicas de cambio y de responsabilización crecientes, tanto en la esfera meramente individual como entre los grupos e instituciones implicados.

Como primera cuestión, resulta fundamental que el letrado vea en los protocolos un instrumento de ayuda en su labor diaria, una especie de "hoja de ruta", por seguir una expresión al uso, que le permita actuar con la seguridad de que no omite nada sustancial, aun en situaciones complicadas, que es capaz de obtener la máxima información disponible y que ha explorado todas las facetas de un caso antes de tomar una decisión sobre cómo orientar mejor su labor de defensa.

Pero no se trata sólo de dejar que el letrado aplique o no los protocolos, sino que estos instrumentos deben también considerarse como métodos para facilitar la mejora global de la calidad del servicio que presta la abogacía. En la perspectiva colectiva la implantación de protocolos debe llevar aparejada una metodología de trabajo cuyos objetivos principales deben ser: avanzar en la asunción de los protocolos por el conjunto de los colegios; asegurar la función homologadora de estos instrumentos; mantener su vigencia, propiciando las adaptaciones y reformas que resulten necesarias; y objetivar a través de ellos las buenas y las malas praxis, de modo que se facilite la realización de evaluaciones periódicas sobre la calidad de los servicios.

evidente que, en la concepción del Defensor del Pueblo, la formulación de los protocolos corresponde en exclusiva a la abogacía pues sólo desde esa premisa queda salvaguardada su independencia institucional y, de ahí, que a las diversas administraciones sólo se les inste a realizar medidas de fomento¹⁴, mientras que al máximo órgano de representación institucional de la profesión se le recomienda además que contemple "mecanismos de actualización y mejora de dichos instrumentos" (Rec. 11.11).

Las respuestas evacuadas por los diversos órganos a los que se dirigieron recomendaciones parecen asumir como un hecho positivo la existencia de estos protocolos, aunque los consideran únicamente como un instrumento intracollegial, marginando, en mi opinión por inadvertencia, todas las demás potencialidades que puede desarrollar fuera de esa esfera (cuantificación de medios, determinación de ratios letrado/asistidos por guardia, previsión de medios auxiliares, etc.)

Por su parte, el Consejo General de la Abogacía Española asume también la recomendación que se le formuló, pero se manifiesta preocupado por las dificultades que pueden existir para que los protocolos que se han elaborado o puedan elaborarse sean aceptados y aplicados por los diferentes colegios, ya que su rol no le permite imponer determinados criterios a los órganos colegiales, sino que tan sólo puede coordinar sus actuaciones (lo que se concreta en la emisión de directrices) y efectuar recomendaciones, mas no pueden imponerse a las juntas de gobierno que son las que deciden la organización de los servicios que de ellas dependen.

En esta tesitura, la representación institucional de la abogacía, a través de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y de los sucesivos encuentros de abogados sobre derecho de extranjería, ha venido insistiendo en la necesidad tanto de contar con protocolos de actuación profesional, como de mantener estos instrumentos actualizados. Así en las conclusiones de XV Encuentro, celebrado en Zaragoza en el año 2005, se llamó la atención sobre la conveniencia de acometer el desarrollo varios aspectos complementarios, en especial en lo referente a la cooperación y el auxilio intercollegiales. Un año más tarde, en Sevilla, se insta al Consejo General, y particularmente a su Comisión Permanente, a que interese de los decanos la asunción de los protocolos de actuación aprobados en Córdoba de 2004, al tiempo que señala la necesidad de contar también con un protocolo específico en materia de asilo y protección internacional. El recordatorio vuelve aparecer en 2007, donde las conclusiones del encuentro celebrado en Pamplona, señalan, bajo el ilustrativo título de "dilemas actuales", la necesidad de asumir los referidos protocolos de actuación.

A la vista del itinerario recorrido en esta materia parece que, de una parte, existe una clara conciencia por parte de los letrados más implicados en la defensa de los extranjeros sobre la virtualidad de los protocolos como instrumentos de salvaguarda de la calidad en el servicio, pero que, sin embargo, dicha conciencia no ha logrado aún extenderse al conjunto de la organización colegial.

Cabe preguntarse por las razones para que esta realidad sea tal. A falta de estudios más profundos, pueden aventurarse algunas posibilidades: falta de homogeneidad en el colectivo de letrados, diversidad en la apreciación de las implicaciones del fenómeno de la inmigración

¹⁴ De hecho las recomendaciones 2.15 y 6.6 concluyen con una frase de contenido idéntico que señala que adopción de estos protocolos debe perseguir la objetivación de la actuación letrada, pero "sin merma de la independencia técnica de los letrados en el conocimiento de cada uno de los asuntos".

Todo ello no significa que los colegios —o los consejos territoriales en que estos se agrupan— no puedan introducir determinadas indicaciones que incidan especialmente sobre aspectos de mayor relevancia en su territorio (p. ej. particularidades de carácter insular, previsiones extraordinarias ante determinados procedimientos que no sean frecuentes en otras zonas, y que por ello hayan podido quedar menos definidos en los protocolos generales, alusiones específicas sobre direcciones web, centros o dependencias públicas, etc.); pero esto no debiera llevar al establecimiento de protocolos diferenciados, puesto que entonces se perderían parte de su autoridad, de su capacidad de concertación y, con ello, también buena parte de sus efectos positivos.

Por otro lado, y aunque no pueda considerarse una premisa para el establecimiento de sistemas de auxilio colegial, lo cierto es que la utilización de modelos de referencia similares por el conjunto de los colegiados que atienden cuestiones de extranjería facilitaría notablemente los contactos a realizar y el seguimiento de los trámites encomendados.

3. Método de seguimiento y revisión de los protocolos

Para que el sistema que los protocolos establecen pueda ser realmente eficaz deben estar previstas una serie de medidas de acompañamiento que sirvan para evaluar su impacto real en el trabajo de los letrados y en los procedimientos en los que intervienen y, al tiempo, permitan realizar un análisis que identifique las correcciones que deban introducirse para mejorar la acción protectora que los letrados deben desplegar en beneficio de los derechos de sus asistidos.

Todo esto implica el seguimiento de dos líneas de trabajo con carácter paralelo, la primera de ellas dedicada a establecer cómo se están utilizando las previsiones de los protocolos y los resultados que de ello se obtienen en términos de eficiencia y, la segunda, centrada en identificar métodos de trabajo que permitan a los letrados mejorar sus capacidades en la determinación de situaciones de vulnerabilidad¹⁶, así como los sistemas colegiales de reacción frente a "emergencias jurídicas"¹⁷.

La labor de actualización y el mismo seguimiento de los protocolos precisa de una cierta estructura capaz de asegurar un flujo adecuado de la información y preparar los inevitables procesos de revisión. A grandes rasgos el procedimiento podría ser el siguiente:

¹⁶ La experiencia muestra que determinados fenómenos de tráfico, trata, necesidad de protección internacional no son fácilmente apreciables, sobre todo en situaciones de emergencia. Los letrados deberían encontrar en los protocolos elementos que les facilitasen esa labor de determinación, al menos con carácter indicativo. Sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, el libro de reciente aparición titulado *Diagnóstico e intervención con mujeres víctimas de trata y explotación sexual*, editado por la asociación Anzadeia. Otros fenómenos de trata, como el trabajo forzoso, resultan aún menos visibles, aunque en muchos casos la detección precoz de esta problemática abriría vías de defensa todavía poco exploradas. Más allá de la trata existen otras circunstancias relevantes, por ejemplo sobre la situación en el país de origen, tanto de carácter general como particular, que deberían ser objeto de análisis.

¹⁷ En materia de extranjería se presentan con cierta frecuencia situaciones en las que un letrado debe asumir la defensa de un gran número de personas, que requieren un tratamiento individualizado que resulta imposible dispensar en un tiempo habitualmente escaso. La determinación de cuando puede estar en una de estas situaciones y la existencia de medios de reacción extraordinarios por parte de los colegios constituye un importante sistema de salvaguarda que sólo es posible utilizar con efectividad si está adecuadamente planificado y rodado.

1. Medidas de promoción de la adopción de los protocolos de actuación profesional por los diferentes colegios

Cuando el Defensor del Pueblo apostó por la formalización de protocolos de actuación por los letrados era muy consciente de que estos instrumentos nacerían romos si no eran aceptados por el conjunto de los colegios de abogados y adoptados por estos como directrices de actuación para los colegiados de los correspondientes turnos.

Tres años después de la aprobación en Córdoba del primer protocolo general en materia de extranjería, no puede dejar de extrañar que todavía existan colegios que no hayan tomado la decisión de asumirlo¹⁵. Ante esta situación, cabe volver a las recomendaciones que efectuaba el Defensor del Pueblo, tanto a las Administraciones como al Consejo General de la Abogacía Española, para que fomentaran la adopción de protocolos.

Evidentemente la diversas Administraciones pagadoras están en una posición magnífica para demandar de los colegios la asunción de estos sistemas y la evaluación periódica de la calidad de los servicios conforme a los mismos. Además merecería la pena considerar la cuestión en la perspectiva de una reforma de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que se hace necesaria por diversos motivos.

Por su parte el Consejo General de la Abogacía, y con él los diferentes consejos autonómicos, deben reforzar su tradicional, y por lo general exitosa, función de persuasión, a través de la fijación de directrices que, por ejemplo, favorezcan la difusión de estos protocolos en las diversas actuaciones formativas que se programan e incluso asumiendo el contenido de los mismos como criterios de contraste para el ejercicio de sus potestades disciplinarias.

2. Ámbito territorial de vigencia

Ya se ha señalado que la implantación de protocolos se debió, en primer término, a las iniciativas unilaterales de determinados colegios, pero ahora, cuando la abogacía ha sido capaz de establecer un protocolo general, cabe preguntarse si lo más adecuado es asumirlo íntegramente en sus propios términos o sólo como un patrón sobre el que articular un protocolo propio, bien de un colegio concreto o de un consejo autonómico.

En mi opinión ha de perseguirse la máxima homologación de las actuaciones de los letrados en el conjunto del territorio nacional, de modo que estas no queden al albur de prácticas, a veces impuestas por instancias ajenas a la propia abogacía. Para que esa labor de homologación sea efectiva lo más adecuado es que los protocolos sean de alcance general.

Hemos de pensar en que esa homologación de las actuaciones es una fuerza más con la que cuentan los letrados para desarrollar su labor de defensa y no un corsé rígido que les constriña y recorte sus iniciativas. Un protocolo único refuerza, en mi opinión, la posición de los letrados frente al resto de los actores del procedimiento, sobre todo si, como se ha dicho antes, se le tiene por el canon de lo que los órganos corporativos de la abogacía consideran una praxis adecuada.

¹⁵ Según los datos de los que dispongo la práctica totalidad de los colegios andaluces han aprobado la implantación del Protocolo de actuación acordado en Córdoba en 2004. Ocurre también que no todos los colegios tienen turnos específicos de extranjería lo que evidentemente supone una dificultad de principio a la hora de plantear cualquier medida de incremento de la calidad en esta asistencia.

Ciertamente la metodología de trabajo basada en la aplicación sistemática de protocolos de intervención plantea muchas más cuestiones de las que aquí he abordado. Sin embargo, en el momento presente, la prioridad, desde mi punto de vista, está en consolidar el empleo general de estos instrumentos; el resto de las posibilidades que se abran estará en función de cuánto esfuerzo cueste alcanzar dicho objetivo. Pero, a la postre, si hay una rama del derecho que esté habituada a la mudanza de hábitos y costumbres esa es, sin duda, la abogacía de extranjería y, precisamente, de esa capacidad de adaptación depende buena parte de su éxito, que es el del propio Estado de Derecho.

IV. REGLAS DE BUENAPRÁCTICA PARA EL EJERCICIO PROFESIONAL

1. Buenas prácticas generales

- 1.1. La asistencia jurídica constituye una prestación individual que se fundamenta en la confidencialidad. El letrado que actúe en asuntos de extranjería y asilo mantendrá una relación directa y personal con el asistido. La adecuada prestación del servicio es incompatible con la posibilidad de asistencias colectivas, salvo en los casos en que se ofrezca asistencia a un grupo familiar y no se aprecie conflicto entre los intereses de sus miembros.
- 1.2. Cuando un letrado de servicio observe que el número de personas a asistir excede de las posibilidades para prestar una asistencia adecuada de carácter individual debe ponerlo en conocimiento del colegio a fin de que se arbitren los medios personales suplementarios para mantener el nivel de calidad del servicio.
- 1.3. El letrado, en todos los casos deberá cerciorarse de que su asistido conoce el idioma en el que se va a producir la interlocución en grado suficiente para comprender la información que se le va a facilitar o el acto en el que va a tomar parte. En caso contrario exigirá la presencia de un intérprete.
- 1.4. En todas las actuaciones relacionadas con la extranjería y el asilo el letrado deberá identificarse ante la persona a la que asiste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Código Deontológico de la Abogacía Española. Dicha identificación se hará en la primera actuación, en términos que permita que el interesado pueda comunicarse con él, personalmente, telefónicamente o por medios telemáticos.
- 1.5. El letrado deberá recabar del asistido los medios para localizarlo y notificarle el resultado de las actuaciones que lleve a cabo, informándole de la conveniencia de que caso de que cambie de domicilio, número de teléfono, etc. se ponga esta circunstancia en conocimiento del letrado. A este respecto, se recomienda la redacción de una hoja de recogida de datos, en la que se informe al asistido de estas circunstancias y se le dé cuenta de manera sucinta de las previsiones de la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal en cuanto a la modificación, cancelación y cesión de datos.
- 1.6. El letrado preguntará al asistido si autoriza que se facilite información sobre su situación jurídica a terceras personas que entren en contacto con el letrado (familia, ONG, amigos, etc.), y se sujetará a dichas instrucciones.
- 1.7. El letrado, una vez ilustrado sobre las circunstancias de cada caso, informará al asistido de manera directa y personal sobre su situación jurídica, procedimiento

- Al asumir el protocolo cada colegio debería nombrar un responsable de su seguimiento, que se mantuviera en contacto con los letrados y recogiera sus impresiones, las dificultades de todo tipo que ellos advirtieran para su cumplimiento y las carencias que detecten por su práctica profesional. Este trabajo resulta básico, puesto que vincula directamente el protocolo con aquellos que deben emplearlo.
 - En la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía debería formarse un Grupo de Trabajo permanente, con la misión de mantener la vigencia y operatividad del protocolo. Este grupo recibiría la información de los distintos colegios¹⁸, examinaría la eventual incidencia de los cambios normativos y haría las propuestas de modificación pertinentes.
 - Parece muy oportuno que las modificaciones del protocolo, al menos las de carácter sustancial, sean aprobadas en los encuentros de abogados que se realizan anualmente, ya que de este modo se le otorga una especial legitimidad y relevancia que favorece su cumplimiento. También parece conveniente que en todos estos encuentros se haga público un informe sobre la implantación de los mismos y una valoración de los resultados que se están obteniendo.
 - Aprobada una modificación del protocolo o la revisión integral del mismo esta debería ser ratificada por el Consejo General de la Abogacía Española, de acuerdo con sus trámites estatutarios.
 - Una vez lograda la ratificación, el Consejo General lo remitiría a todos los colegios para que acordaran la aplicación en su territorio. No obstante, y luego de la primera aceptación por parte de cada colegio pienso que merecería la pena ofrecer la posibilidad a las juntas de gobierno de que pudieran efectuar esta aceptación en términos que se extendiera tanto al protocolo original como a sus revisiones (o, al menos, prever la posibilidad de esta extensión salvo que se produjera una decisión contraria antes de un plazo dado).
 - Lógicamente toda revisión del protocolo debe ir seguida de un intenso trabajo de divulgación y formación entre el conjunto de los profesionales involucrados y, en la medida en que tenga incidencia en otros actores del procedimiento (jueces, fiscales, miembros de la oficina judicial, policías, funcionarios, etc.), ha de ir acompañada de la oportuna labor institucional con vistas a detectar y reconducir eventuales focos de conflicto.
- Con independencia de todo este sistema, es fácil prever que el uso de un instrumento de esta naturaleza planteará a los letrados dudas en algunas ocasiones. Para ello creo que lo más lógico es que el Grupo de Trabajo que debería formarse en la Subcomisión de Extranjería pudiera responder consultas o publicar aclaraciones sobre el contenido y la correcta interpretación de las previsiones del protocolo o protocolos en vigor.

¹⁸ Cuestión especialmente importante en esta tarea es distinguir lo que podríamos llamar "particularismos locales" de la esencia de la actuación a realizar. La práctica nos muestra que estas distinciones, que en teoría no presentan mayores problemas, suelen acabar siendo complicadas, pues en muchas ocasiones es difícil ver los problemas en abstracto, desprovistos de la carga subjetiva que suelen traer aparejada. Este es, según entiendo, un argumento de peso a favor de la existencia de instrumentos generales para el conjunto de la profesión.

el párrafo 3 del referido artículo, con objeto de que el juez de instrucción pueda mantener la pertinente supervisión sobre la medida de internamiento.

3. Buenas prácticas en el procedimiento de devolución

- 3.1. El letrado que sea convocado a consecuencia de una detención, deberá:
 - Asegurarse de que las manifestaciones que el interesado desea hacer son efectivamente recogidas a los ulteriores efectos de defensa.
 - Requerir explicaciones, y comunicar a los órganos colegiales oportunos, para el adecuado seguimiento de estas situaciones, si la puesta en conocimiento del hecho de la detención y la solicitud de letrado se han dilatado más de lo estrictamente necesario para proceder a la identificación del extranjero.
 - Asegurarse de que en el expediente consta el momento exacto en el que el interesado fue detenido, la fuerza policial que lo detuvo y la causa que motivó la detención. Debe concederse especial importancia a si la detención se produjo en el ejercicio de las competencias del cuerpo actuante.
 - Asegurarse de que la detención cautelar acordada en el momento de la iniciación del expediente tiene en cuenta el momento exacto en que comenzó la privación de libertad y vigilar para que la misma no supere en su conjunto el plazo de setenta y dos horas legalmente previsto.
 - Verificar el lugar y las condiciones materiales de la detención, en especial y, cuando no se impute al extranjero ningún hecho delictivo, advenir que aquélla se ejecuta, en lo posible, con estricta separación de las personas detenidas por asuntos penales.
- 3.2. El letrado debe reclamar acceso pleno a cuantas actuaciones se integren en el expediente.
- 3.3. En la entrevista reservada que el letrado debe mantener con su asistido procurará conocer si concurren algunas de las circunstancias que permitan fundamentar una petición de suspensión del procedimiento o, eventualmente, de la propia resolución de devolución, en los términos previstos en el artículo 58.3 de la Ley de extranjería.
- 3.4. En los procedimientos de devolución por contravención de la prohibición de entrada, el letrado deberá cerciorarse de que se ha efectuado la consulta al Sistema de Información de Schengen (SIS) y que ésta ha arrojado un resultado indubitable en cuanto a la identidad. Deberá verificar asimismo que en el expediente consta el soporte documental de tal identificación indubitada (a través del cotejo de impresiones dactilares), especialmente en aquellos casos en los que la anotación haya sido practicada por otro Estado miembro y no por España.
- 3.5. El letrado deberá solicitar la celebración de una audiencia de su asistido con el instructor del expediente, articulada a través de una comparecencia, en la que éste pueda manifestar lo que considere oportuno.
- 3.6. El letrado, una vez conozca la propuesta de resolución que realiza el funcionario policial competente, deberá valorar la conveniencia de realizar alegaciones a tal propuesta para garantizar en su plenitud el derecho de defensa de su asistido. La formulación de alegaciones y la proposición, en su caso, de medios de prueba no puede ser objeto de un criterio unívoco. El letrado deberá ilustrar a su defendido

que se sigue, recursos administrativos y jurisdiccionales que pueden presentarse, alcance de las eventuales decisiones favorables o desfavorables, así como su criterio jurídico sobre la prosperabilidad de las pretensiones.

- 1.8. Los aspectos fundamentales de la relación letrado-asistido deberían quedar plasmados en una "hoja de encargo". Este documento habría de constituir la referencia básica de dicha relación.
 - 1.9. El letrado, en aquellos casos en que prevea la necesidad de iniciar actuaciones ante la jurisdicción, recabará del asistido el pertinente documento en el que le autorice en su nombre para el ejercicio de tales actuaciones.
 - 1.10. Cualquier letrado que, en el curso de una actuación posterior, llegue a tener conocimiento de que no se facilitó letrado a un extranjero detenido ha de poner este hecho urgentemente en conocimiento del colegio de abogados y del órgano judicial competente, con detallada descripción de las circunstancias que ha conocido a fin de depurar, en su caso, las oportunas responsabilidades.
- ##### 2. Buenas prácticas en el procedimiento de denegación de entrada
- 2.1. El letrado deberá recabar los antecedentes del expediente de su asistido con anterioridad al momento de la celebración de la entrevista, acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 35 a) de la Ley 30/1992.
 - 2.2. El letrado deberá entrevistarse reservadamente con su asistido, preferentemente con anterioridad a la comparecencia ante el instructor del expediente.
 - 2.3. En la entrevista del interesado con el instructor, el letrado desarrollará en su caso las siguientes actuaciones:
 - Formular preguntas que aclaren o completen las hechas por el instructor.
 - Eventualmente, solicitar que se hagan constar sus objeciones a alguna de las preguntas formuladas por el instructor.
 - Aconsejar a su cliente que no responda a determinadas preguntas.
 - Leer la declaración, particularmente si su asistido no sabe leer o no comprende el castellano, y formular las objeciones que estime oportunas, solicitando su incorporación al acta en caso de no ser asumidas.
 - Asegurarse de que en el expediente se ha dejado copia de los documentos que juzgue necesarios para la mejor valoración de la situación del interesado y solicitar la inclusión de aquellos que no figuren en él.
 - Solicitar que se recojan e incorporen al acta sus razonamientos jurídicos sobre lo dicho por su cliente o sobre los documentos aportados al mismo.
 - 2.4. El letrado solicitará que se le dé traslado a su asistido y, en caso de contar con su representación, a él mismo, del contenido del informe propuesta que debe elevar el instructor al jefe de servicio en el puesto fronterizo. En relación con dicho informe propuesta el letrado valorará en cada caso la conveniencia y oportunidad de formular alegaciones.
 - 2.5. Decidida la expulsión y resuelto el retorno el letrado deberá velar por el cumplimiento del plazo de devolución establecido en el artículo 60.1 de la Ley de extranjería. De no procederse el retorno dentro de ese plazo verificará que se ha comunicado al juez de instrucción tal circunstancia y que éste ha señalado el lugar del internamiento. Igualmente deberá velar por el cumplimiento de lo dispuesto en

- 4.3. Resulta recomendable que el letrado se entreviste con el asistido con anterioridad al acto de notificación de la incoación del expediente. En todo caso, el letrado que sea convocado al acto de notificación de un expediente de expulsión deberá, si no lo ha hecho antes, asegurarse con carácter previo al inicio del acto de lo siguiente:
- Cerciorarse de que se ha efectuado a su cliente el oportuno cotejo de huellas de modo que pueda determinarse su identidad, a los efectos de conocer en su integridad el historial del que dispone la policía. El letrado deberá tener acceso pleno a los resultados de esa consulta, debiendo proporcionarse copia de los registros si lo requiere.
 - Verificar si el interesado ha sido sometido con anterioridad a un procedimiento sancionatorio o pende sobre él una resolución de expulsión, requiriendo información sobre la causa de incoación y sobre la situación del mismo. En el caso de que entre los dos expedientes hubiera identidad de causas, de no apreciarse la caducidad o prescripción del primero, el letrado deberá oponerse a la continuación del segundo. Del mismo modo, el letrado debe formular su oposición a que se siga expediente de expulsión por una causa (por ejemplo, estancia irregular) que haya dado lugar con anterioridad a una resolución de expulsión en tanto esta permanezca vigente.
 - Indagar en la entrevista con su asistido sobre la posible existencia de causa de abstención por parte del instructor y del secretario del expediente. En su caso, plantear la recusación de alguno o algunos de estos funcionarios si en su criterio se da causa bastante.
- 4.4. En el acto de notificación de la incoación de expediente de expulsión que se efectúe en presencia letrada, corresponde a éste:
- Velar porque el acto de notificación se atenga a su propia esencia. Esto implica especialmente asegurarse de que el mismo no se convierta en una declaración del extranjero.
 - Controlar que las manifestaciones del interesado respecto del domicilio (o en su caso otro medio de notificación admitido en Derecho, como el telemático) que señala para notificaciones se reflejan adecuadamente en el expediente, a efectos de evitar que en ausencia del mismo se acuda de manera automática a la publicación edictal de acuerdo con el artículo 59.5 de la Ley 30/1992.
 - Requerir al extranjero en ese momento para que, si lo desea y conviene a sus intereses, le confiera representación con arreglo a lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992.
 - En caso de que se le designe representante, el letrado deberá ofrecer los medios para que las notificaciones se le cursen debidamente.
 - A fin de asegurar la efectividad del derecho de defensa deberá solicitarse de la policía acceso a todos los documentos que en ese momento integren el expediente, debiendo asimismo facilitársele copia de aquellos que considere de interés.
- 4.5. En el momento en que el letrado lo considere más oportuno, en función de las circunstancias del procedimiento, el letrado se entrevistará reservadamente con su cliente a fin de:

de la naturaleza y consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la presentación o no de esas alegaciones, haciéndole saber al asistido cuál es su criterio al respecto. En última instancia debe primar el criterio del ciudadano, una vez que haya sido debidamente informado. Si no fuera coincidente el criterio del letrado y el del ciudadano, parece razonable que prevalezca el de este último, sin perjuicio de que el letrado salve su opinión a efectos deontológicos en un documento u "hoja de encargo".

- 3.7. El letrado, una vez resuelto favorablemente para su asistido el recurso administrativo de alzada o, en su caso, jurisdiccional, debe instar la cancelación de las anotaciones informáticas relativas a la devolución y la consiguiente prohibición de entrada o reinicio del cómputo de otra prohibición dictada con anterioridad. A estos efectos, deberá recabar durante su entrevista en el curso del expediente de devolución autorización suficiente del interesado para ejercer en su nombre los derechos de acceso y rectificación a los ficheros correspondientes, según la normativa de protección de datos de carácter personal.

4. Buenas prácticas en el procedimiento de expulsión

- 4.1. El letrado que sea convocado a consecuencia de una detención, deberá:
- Asegurarse de que las manifestaciones que el interesado desea hacer son efectivamente recogidas a los ulteriores efectos de defensa.
 - Requerir explicaciones, y comunicar a los órganos colegiales oportunos, para el adecuado seguimiento de estas situaciones, si la puesta en conocimiento del hecho de la detención y la solicitud de letrado se han dilatado más de lo estrictamente necesario para proceder a la identificación del extranjero.
 - Asegurarse de que en el expediente consta el momento exacto en que el interesado fue detenido, la fuerza policial que lo detuvo y la causa que motivó la detención. Debe concederse especial importancia a si la detención se produjo en el ejercicio de las competencias del cuerpo actuante.
 - Asegurarse de que la detención cautelar acordada en el momento de la iniciación del expediente tiene en cuenta el momento exacto en que comenzó la privación de libertad y vigilar para que la misma no supere en su conjunto el plazo de setenta y dos horas legalmente previsto.
 - Verificar el lugar y las condiciones materiales de la detención, en especial, cuando no se impute al extranjero ningún hecho delictivo, advirer que aquélla se ejecuta, en lo posible, con estricta separación de las personas detenidas por asuntos penales.
- 4.2. Cuando el letrado tenga conocimiento de que la detención de un ciudadano extranjero se ha producido al comparecer en dependencias policiales con el fin de denunciar haber sido víctima, perjudicado o testigo de un delito, se opondrá a esta actuación por todos los medios previstos en Derecho. De forma paralela examinará junto con su asistido las posibilidades existentes para acogerse a lo previsto en los artículos 31.3 y 59 de la Ley de extranjería, así como en el 45.4 de su Reglamento. En caso de que estime pertinente seguir esta vía solicitará la realización de una comparecencia a estos efectos.

- 4.9. Cuando un letrado tenga que actuar en supuestos de ejecución por las autoridades españolas de una orden de expulsión dictada por otro Estado miembro de la Unión Europea, deberá orientar su actuación de manera preferente a los siguientes extremos:
- Asegurarse de que la identificación del interesado ha sido concluyente, requiriendo copia de la documentación que lo acredite y exigiendo en todo caso que se efectúe un cotejo de huellas.
 - El letrado debe exigir que se recojan por escrito en una comparecencia las circunstancias que el interesado pueda alegar, y las pruebas que pueda aportar, que tengan relevancia para poner en cuestión la materialización de la expulsión (arraigo en España, matrimonio posterior con ciudadanos comunitarios, hijos españoles, autorizaciones de residencia vigentes, etcétera).
 - Al darse valor a un expediente instruido con arreglo al Derecho de otro Estado, cobra relevancia la normativa del mismo en orden a conocer las causas y plazos de caducidad y, eventualmente, de prescripción. Por tanto el letrado actuante debe indagar, hasta donde le sea posible, tales datos a fin de hacerlos valer en la fase de ejecución.
- 4.10. En los casos en que se haya hecho uso de la posibilidad prevista en el artículo 141.8 del Reglamento de extranjería y el ciudadano expulsado haya asumido la repatriación de forma voluntaria, el letrado deberá verificar que se produce la cancelación de todos los ficheros de la prohibición de entrada anexa a la resolución de expulsión, una vez que sea sustituida por la orden de salida obligatoria. En su caso, adoptará la precaución de requerir de su cliente que le provea de un documento de representación específico para instar la cancelación correspondiente.

5. Buenas prácticas en el trámite de autorización judicial del internamiento y en la asistencia en centros de internamiento de extranjeros

5.1. Fase de autorización judicial

- 5.1.1. El letrado procurará durante la audiencia judicial del ciudadano extranjero tomar parte activa en la misma, en el ejercicio del derecho de defensa que le es propio. También ofrecerá la colaboración al órgano judicial para facilitar pruebas que haya identificado con su asistido y que puedan resultar relevantes en orden a decidir sobre la procedencia de acceder al internamiento.
- 5.1.2. El letrado que actúe en la fase de autorización judicial de una solicitud de internamiento deberá velar porque se respete la competencia territorial del órgano judicial, que corresponde al juez de instrucción del lugar en que se produjo la detención del extranjero. En caso de que aprecie un incumplimiento de esa norma lo pondrá en conocimiento del juez, requiriéndole su inhibición.

- Requerir los datos en los que pueda cimentar la línea de defensa a seguir, así como las personas o entidades que puedan disponer de los elementos probatorios correspondientes. El encargo mediante nota al letrado debería habilitar para gestionar el acceso a determinados documentos para utilizar en este procedimiento en nombre de su asistido.
 - Explicar al asistido cuál es su situación jurídica y el procedimiento en que está siguiendo.
 - Indagar sobre la situación del asistido, especialmente si se advierten signos de que el interesado pueda formar parte de un grupo especialmente vulnerable o necesitado de algún tipo de protección.
 - Explicar, si resulta procedente, la posibilidad de acogerse a lo previsto en el artículo 141.8 del Reglamento de extranjería, acordando con el asistido el momento más oportuno para plantear esta posibilidad a las autoridades, de modo que no perjudique sus legítimos derechos e intereses.
 - En el supuesto de que se vaya a proceder al internamiento el letrado debe informar también sobre la naturaleza del mismo y sobre los derechos y deberes que en tal condición se reconocen al interesado. De manera particular, deberá comunicarle la forma en la que puede entrar en contacto con él. La realización de la entrevista en este caso cobra especial urgencia.
- 4.6. La formulación de alegaciones y la proposición, en su caso, de medios de prueba no puede ser objeto de un criterio unívoco. El letrado deberá ilustrar a su defendido de la naturaleza y consecuencias jurídicas que pueden derivarse de la presentación o no de esas alegaciones, haciéndole saber al asistido cuál es su criterio al respecto. En última instancia debe primar el criterio del ciudadano, una vez que haya sido debidamente informado. Si no fuera coincidente el criterio del letrado y el del ciudadano, parece razonable que prevalezca el de este último, sin perjuicio de que el letrado salve su opinión a efectos deontológicos en un documento u "hoja de encargo".
- 4.7. Cuando el letrado haya sido designado representante del ciudadano extranjero sujeto a expediente no puede negarse a facilitar los medios para que las notificaciones se lleven a la práctica. Resulta recomendable hacer uso de la posibilidad prevista en el artículo 59.3 de la Ley 30/1992 en cuanto a la notificación por medios telemáticos, que parece una vía más segura que el fax.
- 4.8. Cuando el letrado sea convocado a prestar asistencia a un ciudadano extranjero en la fase de ejecución forzosa de la expulsión, deberá:
- Entrevistarse reservadamente con su asistido. En dicha entrevista efectuará las comprobaciones generales ya referidas y recabará datos que le permitan identificar el procedimiento del que trae causa esta actuación, así como el letrado que le asistió en su día.
 - Entrar en contacto con su compañero para coordinar adecuadamente las actuaciones, al objeto de asegurar la atención al principio de coherencia de la actuación letrada. Esta relación constituye para ambos letrados una obligación de buena praxis profesional.

de adoptar una decisión. Es criterio de esta Institución que al pretenderse la ejecución de un expediente, resulta obligatorio para las autoridades españolas atender a la restricción prevista en el artículo 62.2 de la Ley de extranjería, por lo que no deberá accederse al internamiento hasta tanto no quede acreditado que no se produjo un internamiento previo.

- 5.1.8. El letrado que preste asistencia al extranjero en el expediente de denegación de entrada velará porque se respeten las exigencias que la ley marca para los denominados "lugares de internamiento" (art. 60.2 de la Ley de extranjería). A estos efectos, si a criterio del letrado actuante la dependencia señalada por el juez no reúne las exigencias consagradas en la norma en el referente a la dotación de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, deberá ponerlo en conocimiento del juzgado, especialmente cuando sea previsible que la medida de internamiento prolongue su duración varios días.
- 5.1.9. En el caso de que, por coexistir un procedimiento penal y otro administrativo de extranjería, deban intervenir dos letrados, velarán de manera conjunta para que la audiencia previa al internamiento no quede subsumida en la declaración judicial penal, especialmente cuando no haya sido convocado a la misma el letrado encargado de prestar asistencia en el procedimiento administrativo.

5.2. Actuaciones en los centros

- 5.2.1. Sin perjuicio de la recomendación que esta Institución ha formulado a la Dirección General de la Policía, para que se comunique a los centros de internamiento la identidad de los letrados que asisten jurídicamente a los ciudadanos extranjeros que permanezcan en los mismos, resulta recomendable que el letrado haga llegar al centro sus datos de contacto, para facilitar cualquier comunicación.
- 5.2.2. Habida cuenta del limitado número de centros de internamiento existentes en el territorio español, el control judicial de la medida por parte de los órganos judiciales que la autorizaron se torna en ocasiones muy difícil. Resulta, por ello, especialmente necesario que el letrado se mantenga en contacto con su asistido y, en la medida de lo posible, procure visitarlo en las instalaciones para informarlo de la situación, conocer su estado y advertir las eventuales incidencias que puedan surgir. Igualmente velará para que se dé cumplimiento en sus estrictos términos a lo previsto en el apartado 6 del artículo 153 del Reglamento de extranjería que establece la obligación de la autoridad gubernativa de poner en conocimiento del juez autorizante, "cualquier circunstancia en relación con la situación de dicho extranjero internado".
- 5.2.3. Si para la interlocución con su asistido resulta necesaria la intermediación de un servicio de interpretación, el letrado debe informarse de si dicho servicio es proporcionado por el centro y, en caso contrario, requerir el uso de los servicios que tenga establecidos el colegio en cuya demarcación se encuentre el centro o los de una entidad no gubernamental que actúe

- 5.1.3. El letrado que durante su actuación profesional aprecie que con ocasión de un operativo policial, habiéndose tramitado un relevante número de expedientes, se ha hecho una selección de ciudadanos extranjeros para los que se solicita el internamiento (por ejemplo, por carencia de plazas en los centros), solicitará al juez que tome conocimiento de los criterios objetivos que ha seguido la Administración para decidir sobre qué personas se solicitaría dicha medida cautelar. Si apreciar que el criterio de determinación ha sido aleatorio o falta de justificación razonable lo pondrá en conocimiento del juez a los efectos pertinentes.
- 5.1.4. El letrado pondrá especial interés en asegurar que la solicitud que se presenta al juez no implica una vulneración de las previsiones del artículo 62.2 de la Ley de extranjería, que prohíbe los llamados "internamientos en cadena". A tal fin el letrado deberá indagar sobre la posibilidad de un internamiento previo en un mismo expediente. Velará asimismo para que la solicitud de internamiento vaya acompañada en todos los casos de la reseña de identidad del interesado, debidamente contrastada con la prueba de huellas, y de las anotaciones que sobre el interesado consten en los ficheros policiales de gestión, solicitando al juez que los requiera si no se aportan por la Administración.
- 5.1.5. Si ha existido un internamiento previo en otro expediente, el letrado deberá valorar si hay identidad de causas entre este expediente y el anterior, puesto que de ser así (por ejemplo, reiteración de un expediente por estancia irregular), caben serias dudas sobre la viabilidad de acudir al internamiento como medida cautelar si no se acreditan por la Administración circunstancias nuevas que permitan objetivar un incremento de las posibilidades de materialización de la expulsión.
- 5.1.6. Cuando un letrado deba asistir a un ciudadano extranjero para el que se solicita el internamiento a fin de asegurar la ejecución forzosa de una resolución de expulsión, conforme a las previsiones del artículo 64.1 de la Ley de extranjería, requerirá de los servicios policiales la identidad de su compañero que asistió jurídicamente al interesado durante la tramitación del expediente y procurará entrar en contacto con él con la mayor premura para conocer los antecedentes del caso. En este supuesto el letrado habrá de entrevistarse reservadamente con su asistido con anterioridad a la audiencia judicial, a fin de informarle adecuadamente y recabar de él datos y documentos que puedan resultar relevantes.
- 5.1.7. El letrado que asista a un ciudadano extranjero para el que se solicite el internamiento con vistas a la ejecución forzosa por parte de las autoridades españolas de una expulsión dictada por otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 64.3 de la Ley de extranjería), deberá recabar de su asistido la información precisa sobre las circunstancias en las que se tramitó el expediente sancionador que se pretende ejecutar y, si este manifiesta haber sido internado, deberá solicitar de la policía que compruebe este dato con sus homólogos del país que se trate, poniéndolo igualmente en conocimiento del juez para que éste lo tome en consideración a la hora

- 6.4. El letrado, respecto de la entrevista que se realiza por parte del instructor del expediente al solicitante de asilo, deberá atender a las siguientes cuestiones:
 - Que el estado anímico de su asistido permite la realización de la entrevista, solicitando en caso de que aprecie lo contrario la puesta en práctica de medidas de atención y asistencia. Cuidará de que este hecho tenga fiel reflejo en el expediente.
 - Que la formulación de las preguntas resulte comprensible para el nivel cultural del interesado, solicitando que se aclaren por el instructor aquellas cuestiones sobre las que advierta extrañeza o dudas en su asistido.
 - Realizará preguntas adicionales que puedan completar o aclarar puntos oscuros.
 - Que lo consignado en el formulario se corresponde fielmente con lo indicado por su asistido, leyéndolo antes de su firma.
 - Requerirá que a la finalización del acto se le facilite copia íntegra del formulario cumplimentado por su asistido, debidamente sellado y foliado, así como copia de los restantes documentos aportados en ese acto por el asistido.
- 6.5. El letrado, cuando con ocasión de realizar su labor profesional, tenga noticia de que un ciudadano extranjero privado de libertad pretende solicitar asilo, deberá preocuparse de salvaguardar los intereses de su cliente respecto a:
 - Que la solicitud se presenta, siempre que ello resulte posible, en el plazo máximo de un mes desde la entrada del extranjero a territorio nacional.
 - Que la dirección del centro o lugar de detención tiene conocimiento de la intención de solicitar asilo de su asistido y que está adoptando las medidas oportunas para dar cumplimiento a los trámites preceptivos con diligencia.
 - En caso de que se aprecien deficiencias o retrasos en la presentación de la solicitud, el letrado deberá solicitar de su cliente que le autorice por escrito a presentar su solicitud y recabará certificación de la dirección del centro indicativa de la situación del solicitante, a los efectos de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 8.1 del Reglamento de la Ley de asilo. Corresponde en este último caso al letrado informar a su cliente de la obligación que tiene de ratificar su solicitud si en el momento de su puesta en libertad no ha efectuado aún la comparecencia en la que debe cumplimentarse y firmarse el correspondiente formulario de asilo.
 - Que se adopten medidas para evitar la comunicación de la identidad de una persona que pretenda solicitar asilo a las autoridades consulares de su país de origen, así como que se evite la posibilidad de que éstas puedan mantener contacto con el interesado.
- 6.6. En los casos en que procede el reexamen de la resolución de la inadmisión a trámite, sería conveniente que el letrado, atendidas las circunstancias del caso, entrase en contacto con la Delegación en España del ACNUR para conocer su criterio sobre la solicitud de asilo e identificar los elementos fácticos o de cualquier otro tipo que podrían motivar un cambio de criterio por parte de la mencionada Delegación cuando su informe inicial hubiera sido negativo. Ha de tenerse especialmente en cuenta que un informe positivo de la representación del ACNUR en España abriría la vía del artículo 39.2 del Reglamento de la Ley de asilo y permit-

en este ámbito. Como principio general, y para salvaguardar la confidencialidad, el letrado debe evitar que la interpretación se encomiende a otra persona internada.

- 5.2.4. En el caso de que un letrado estime que debe entrar en comunicación con su asistido fuera del horario habitual, por existir razones de urgencia, debe dirigirse al centro. El letrado deberá velar para que la información que aporta al centro para justificar la necesidad de entrar en comunicación con su asistido no vulnere la obligación de confidencialidad. En último término, y en razón de esa obligación, la determinación de la urgencia le corresponde al propio letrado y en caso de conflicto deberá ser supervisada por los órganos colegiales encargados del control deontológico.
 - 5.2.5. Dada la naturaleza del internamiento, que es una medida cautelar que pretende asegurar la ejecución de una devolución o expulsión, debe ponerse especial celo en efectuar un seguimiento del mismo a fin de instar el levantamiento anticipado de dicha medida si como consecuencia del desarrollo del procedimiento o por vicisitudes ajenas al mismo se tiene conocimiento de que la materialización de la resolución de que se trate no resultará posible. Para este fin será muy conveniente que en el curso de las entrevistas con sus asistidos les ilustren, por ejemplo, sobre el procedimiento que puede emplearse para determinar su nacionalidad y les aconsejen para que reclamen su presencia en el centro o se pongan en contacto telefónico con ellos, una vez que este procedimiento haya tenido lugar, a fin de conocer sus resultados. En el caso de que el letrado aprecie que se producen demoras en la puesta en conocimiento del juzgado que autorizó el internamiento de las circunstancias sobrevenidas que han hecho perder al internamiento su objeto, debe efectuar la oportuna comunicación al juzgado correspondiente para que éste reclame la información oportuna y aice la medida que acordó.
6. Buenas prácticas en los procedimientos de asilo
 - 6.1. El letrado, con carácter previo a la entrevista del solicitante de asilo con la Administración, deberá explicar de manera asequible para el nivel cultural de esa persona, el carácter del procedimiento y el desarrollo del mismo, el papel de cada una de las personas que intervienen en el procedimiento, su independencia y, en su caso, la gratuidad de su actuación como asesor jurídico.
 - 6.2. El letrado deberá procurar, en la medida de lo posible, informarse con carácter previo a la realización de la asistencia sobre la necesidad de tener que utilizar intérprete. Asimismo velará para que en las labores de interpretación no participen personas que por su origen nacional, étnico u otras circunstancias personales puedan inducir a desconfianza al solicitante de asilo.
 - 6.3. En atención a la brevedad de los plazos, particularmente en el procedimiento en frontera, el letrado considerará la asistencia a estas entrevistas como una obligación prioritaria y, en el supuesto de que sea imposible asistir, mantendrá una actitud de máxima colaboración para facilitar la concertación de una nueva cita con la mayor urgencia posible.

- 6.10. En los casos en los que la instrucción mantenga que las alegaciones realizadas por el solicitante son vagas, genéricas o imprecisas, el letrado, con carácter previo a que se eleve el expediente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, procurará en lo posible, ampliar las alegaciones y facilitar las explicaciones y aclaraciones necesarias para evitar que el expediente sea considerado falto de credibilidad.
- 6.11. El letrado acudirá a todas las entrevistas que su asistido deba realizar ante la Oficina de Asilo y Refugio, a fin de adquirir de esa forma un conocimiento completo de todas las manifestaciones efectuadas por su defendido.

7. Buenas prácticas en las actuaciones ante la jurisdicción

- 7.1. En aquellos colegios de abogados en los que se designan abogados diferentes para asistir en el procedimiento administrativo relativo a la Ley de extranjería y en el procedimiento penal, los dos letrados estarán obligados a coordinar su actuación y velarán para que cada uno intervenga dentro de la parcela que le corresponde, procurando dar coherencia y unidad de actuación a la estrategia defensiva del ciudadano al que asisten.
- 7.2. El letrado que asista a un ciudadano extranjero que pueda verse afectado por lo previsto en los artículos 89 y 108 del Código Penal, le informará de manera concreta acerca de las consecuencias jurídicas que produce la denominada "conformidad penal", al tiempo que le advertirá de la previsión contenida en esos artículos respecto a la sustitución de la pena o medida de seguridad por la expulsión. Una vez instruidos de manera suficiente los interesados, el letrado diseñará su estrategia defensiva en función de los intereses de la persona a la que defiende.
- 7.3. El letrado que tenga encomendada la defensa de un menor extranjero sometido a la Ley Orgánica 5/2000, cuando el mismo se encuentre cautelarmente internado en un centro de reforma, procurará visitarlo y preparar la defensa del mismo con anterioridad al día señalado para la vista oral. Igualmente velará para que en el supuesto de recaer una sentencia en la que se imponga una medida de internamiento en un centro de reforma, el menor cuente a lo largo de la duración de esa medida con el debido asesoramiento y asistencia jurídica que le permitan sustituir, modificar o reducir la duración de dicha medida.
- 7.4. En los casos de menores extranjeros no documentados que se encuentren internados en centros de reforma, el letrado encargado de su defensa, sin perjuicio de las obligaciones que afectan a las administraciones en orden a documentar a esa persona, promoverá cuantas acciones sean necesarias para documentar al menor, de conformidad con lo previsto en la normativa de protección de menores.
- 7.5. El letrado que intervenga ante la jurisdicción ejercitando alguna acción derivada de la Ley de asilo, en el caso de que no haya intervenido en la vía administrativa previa, deberá mantener contacto con el letrado que asumió esa función, con objeto de velar por la coherencia global de la actuación letrada.

ría fundar sólidamente una petición de suspensión judicial del acto administrativo denegatorio.

- 6.7. Cuando una solicitud de asilo sea admitida a trámite, el letrado deberá instruir al solicitante sobre las posibilidades que tiene para continuar disponiendo de asistencia jurídica. Esta labor de información, para la que se ha recomendado al Consejo General de la Abogacía que promueva la creación de un dossier único que facilite la labor, deberá comprender los siguientes aspectos:
- Fases que va a seguir el procedimiento, con indicación ilustrativa de los tiempos medios de tramitación que se están produciendo.
 - Explicación sobre la obligación de colaboración que tiene el solicitante para la buena marcha del expediente (notificación de cambios de domicilio, paralización del procedimiento, etc.) y de las consecuencias que puede tener la falta de atención a este deber.
 - En función del modelo de asistencia jurídica que se esté proporcionando, deberá explicarse si la actuación del letrado concluye con esta fase, indicándole en tal caso la forma en que el asistido puede continuar disponiendo de asistencia letrada, señalando las alternativas existentes y facilitando datos y direcciones específicas. Para el supuesto de que en el momento de la entrevista el solicitante no conozca el lugar en el que va a residir, el letrado deberá ofrecerle información general de cómo entrar en contacto con las organizaciones no gubernamentales con implantación en todo el territorio nacional, así como con los colegios de abogados.
 - Indicación clara de que corresponderá al solicitante la decisión de optar por la asistencia jurídica que desea. Para el caso de que la misma se preste por un letrado distinto del que facilita la información, debería proporcionarse un informe técnico de lo actuado por este primer letrado, que contenga sus impresiones preliminares, las fuentes de información que ha manejado, los contactos con el ACNUR o con entidades sociales que ha realizado para la preparación y defensa del caso, así como cualquier otra información que considere relevante para el seguimiento del procedimiento. En el informe deben constar, asimismo, los medios de localización del letrado que realizó la primera asistencia a fin de permitir un posterior contacto entre los letrados, caso de ser necesario.
- 6.8. Resulta recomendable que el letrado que actúe en materia de asilo tenga conocimiento de las fuentes de información disponibles, especialmente sobre las zonas de origen. Habida cuenta de la definición uniforme que hace la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, puede resultar de interés el manejo y la cita de jurisprudencia extranjera.
- 6.9. Cuando se soliciten informes de apoyo por parte del ACNUR o de las asociaciones legalmente reconocidas que tengan entre sus objetivos el asesoramiento y la ayuda a los refugiados, el letrado deberá acompañar a su solicitud sus impresiones sobre la situación del solicitante, el grado de verosimilitud que atribuye a su relato y cuáles son, en su opinión, las cuestiones más necesitadas de explicación suplementaria. Se trata de obtener informes de apoyo con el mayor grado de individualización posible.

los servicios de protección de menores del país de origen. A tal efecto, requerirá a la Administración que instruya el expediente que en el mismo consten informes fundados sobre la familia y, en su defecto, sobre los servicios de protección del país al que podría repatriarse al menor. Si hubo anteriormente una repatriación fallida, el letrado se opondrá a que se lleve a efecto la nueva repatriación, dada su previsible ineficacia, si no han variado las circunstancias.

- 8.10. El letrado procurará mantenerse informado de todas las circunstancias que concurren en la ejecución de la repatriación, en orden a promover lo que más convenga al derecho del menor, en el supuesto de que aparezcan circunstancias nuevas que aconsejen la suspensión o, incluso, la revocación de la repatriación acordada.
- 8.11. El letrado, en orden a facilitar la integración del menor que va a permanecer en España, promoverá el ejercicio de los derechos en materia de residencia y nacionalidad que al mismo otorga la legislación vigente.
- 8.12. El letrado que intervenga asistiendo a un menor extranjero detenido al amparo de la Ley Orgánica 5/2000, velará para que esa detención se comunique a las correspondientes autoridades consulares. Igualmente cuidará de que al ingresar en el centro de reforma se informe al menor, en su idioma y por escrito, sobre sus derechos y obligaciones, régimen de internamiento, cuestiones organizativas generales, normas disciplinarias y los medios que existen para formular peticiones, quejas o recursos.

8. Buenas prácticas en la asistencia jurídica a menores extranjeros

- 8.1. El letrado que defienda los intereses de un adulto que esté acompañado de menores que dependan de él velará para que se respeten también los derechos de los menores, teniendo siempre presente que la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 proclama expresamente que el menor no habrá de ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando tal separación sea necesaria para el superior interés del menor.
- 8.2. El letrado que defienda los intereses del adulto y de un menor o menores acompañados por aquél deberá procurar que la obligación de la Administración de facilitar medidas de protección del menor sea compatible con el derecho del progenitor a conocer la situación de su hijo y el lugar en que se encuentra. Si apreciara la existencia de intereses contrapuestos, deberá ponerlo en conocimiento del colegio de abogados correspondiente para que se designe un nuevo letrado al menor.
- 8.3. El letrado deberá instar, en los supuestos en los que existan dudas razonables sobre la edad del menor, que el Fiscal se pronuncie expresamente sobre dicha edad, una vez practicadas las pruebas necesarias. Asimismo promoverá las acciones oportunas en defensa del menor, cuando no comparta la decisión adoptada.
- 8.4. El letrado utilizará en las entrevistas y demás encuentros con el menor asistido un lenguaje claro y adecuado a las condiciones del menor, procurando generar un clima de confianza que le permita conocer las auténticas circunstancias del mismo.
- 8.5. El letrado tendrá conocimiento en todo momento del lugar en que se encuentra el menor al que asiste, a fin de comunicarse con él y evaluar los deseos de su asistido, tomando en consideración sus condiciones de madurez y la necesidad de atender al interés superior del mismo.
- 8.6. El letrado promoverá la adopción de la medida cautelar de suspensión por la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de que se acuerde la repatriación del menor y no considere ésta conforme al superior interés del mismo.
- 8.7. El letrado, en el expediente de desamparo del menor ante la Administración autonómica competente realizará las siguientes actuaciones:
- Promoverá medidas urgentes de protección, si resulta necesario.
 - Velará para que al menor al que se le hubiera incoado un expediente de repatriación se le inicie, en el caso de que no se hubiera producido ya, un expediente de desamparo.
 - Comprobará que los informes emitidos sobre la situación personal, familiar y social del menor sean multidisciplinarios, como exige la ley.
 - Cuidará de que se respete el derecho del menor a ser oído de manera adecuada para su edad y madurez.
- 8.8. El letrado velará para que la Administración encargada de dictar las medidas de protección, acuerde la más adecuada cuando exista una situación de desamparo y se opondrá a que la Administración General del Estado acuerde la repatriación cuando aprecie riesgo o peligro para la integridad del menor.
- 8.9. El letrado, en su intervención ante la Administración General del Estado, deberá velar para que la repatriación sólo se acuerde si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de

sección de derecho financiero y tributario

LEGISLACIÓN SUSTANTIVA

El Código PENAL (Ley Orgánica 10/1995)

- *Defraudación Tributaria*. (arts. 305 y 306).
- *Fraude de Subvenciones* (arts. 308 y 309).
- *Incumplimiento de Obligaciones Contables* (art.310).
- *Falsedades* (arts. 390, 392 y 395).
- *Blanqueo de Capitales* (art. 301).
- *Faltas contra el patrimonio* (arts. 627 y 628).

La Ley de CONTRABANDO (L.O. 12/1995)

- Conductas típicas (10 casos). (art. 2.1).
- Delito continuado (art. 2.2).
- Delito por el objeto o forma. (art. 2.3.a) y b)).

Aspectos del Código Penal a tener en cuenta en la calificación de las conductas:

- CULPABILIDAD (Arts. 5, 10 y 12).
- FORMAS de EJECUCIÓN: consumación y tentativa (Arts. 15 y 16).
- AUTORÍA (Arts. 27, 28, 29 y 31).
- PRESCRIPCIÓN penal: plazos, cómputo e interrupción (Arts. 33, 131.1, 132.1.1º y 133.1); mod. L.O. 15/2003
- CONCURSO de conductas punibles (Arts. 8, 73, 74 y 77).
- EXCUSA ABSOLUTORIA penal: D. Final quinta

Inicio:

Comisión de la infracción punible o de la comisión de la última infracción en caso de delito continuado.

Plazos:(pena máxima señalada)

20 años.- prisión 15 ó más

15.- inhabilitación 10 ó más prisión 10 ó+ -15

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 5 años y que no exceda de 10. (*Blanqueo de capitales*)

A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de 3 años y que no exceda de 5. (Delito fiscal)

A los tres, los restantes delitos menos graves.(delito de contrabando, contable, de falsedades por particulares).

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

Las faltas prescriben a los seis meses.(faltas contra el patrimonio).

Supremo

Interposición de la denuncia con la identificación de los culpables

Constitucional

Exige un acto de intervención judicial contra el culpable

Hitos procesales en la tramitación
de delitos fiscales desde el ámbito
inspector de los tributos

Javier Vera Martín-Peñasco

Inspector de la Dependencia Regional de Aduanas e IIEE de Andalucía, Ceuta y Melilla

EFFECTOS DE LA DENUNCIA (Arts. 68.1.b), 150.4.b) y 5 L.G.T.)

- *Interrumpe* los plazos de prescripción administrativa.
- *Suspende* el procedimiento aditivo.
- Posibilita la *ampliación del plazo* de duración de las actuaciones inspectoras en caso de reanudación (12 meses más).
- Establece un *mínimo de 6 meses* para terminar las actuaciones inspectoras en caso de reanudación, incluso aunque éstas estén ampliadas a 24 meses.

MEDIDAS CAUTELARES (Art. 81.7 L.G.T.)

- Denuncia o querrela permite acordar la retención del pago de devoluciones tributarias
- Con la finalidad de cubrir la responsabilidad civil (límite de la retención).
- La retención se notifica al interesado, al Ministerio Fiscal y al Órgano Judicial y se mantiene hasta que éste decide.

SUPRESIÓN DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA (Art. 5.10 Ley Prevención Fraude)

- La Ley 58/2003, General Tributaria, en su artículo 180.1, establecía el trámite previo de audiencia al interesado, antes de formular la denuncia de los delitos contra la Hacienda Pública. (cuyo antecedente lo encontramos en el ya derogado Real Decreto 1930/1998, que en su artículo 5.1 preveía la notificación previa al interesado).
- La Ley 36/2006, de Prevención del Fraude Fiscal elimina dicho trámite. La existencia de este trámite suponía la concesión de un privilegio a la delincuencia fiscal respecto de otros tipos de delincuencia, pues en ningún otro delito de carácter público se condiciona la correspondiente denuncia o querrela a un trámite de audiencia previa al interesado.

EJECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN (D. AD. 10ª L.G.T.)

- En los procedimientos de delitos contra la Hacienda Pública la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos los intereses de demora
- *Firme la sentencia*, se remite testimonio a la AEAT para proceder a su exacción. (exigible por el procedimiento de apremio).
- Puede acordarse en el procedimiento penal el *fraccionamiento de pago* de la responsabilidad civil (art. 125 Código Penal), que se comunicará a la AEAT.
- La AEAT *informará al juez* de la tramitación e incidentes de la ejecución encomendada (art. 117.3 Constitución Española).
- Contrabando (art. 4 l.o.12/1995): la responsabilidad civil de los delitos de contrabando comprenderá el importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada.

EL PROCEDIMIENTO DE LAS DENUNCIAS

- Expedientes clásicos de delito
 - Art. 180.1 LGT
 - Arts. 32 y 33 RST

NORMATIVA PROCEDIMENTAL:

Sus fuentes

- Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley General Tributaria 58/2003
- Ley de medidas para la prevención del fraude fiscal 36/2006
- Reglamento sancionador tributario 2063/2004
- Reglamento de aplicación de los tributos 1065/2007 (enero 2008)
- Resoluciones e Instrucciones de la AEAT
- (Ins. 3/2005) (Ins. 3/2007)

OBLIGACIÓN DE DENUNCIA de los delitos públicos y contra la Hacienda Pública (Art. 262.1º L.E.Cr. y Arts. 95.3.3º y 180.1 L.G.T.)

EFFECTOS de la denuncia (Arts. 68.1.b), 150.4.b) y 5 L.G.T.)

MEDIDAS CAUTELARES (Art. 81.7 L.G.T.)

SUPRESIÓN DEL TRÁMITE DE AUDIENCIA (Art. 5.10 Ley Prevención Fraude)

EJECUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL por la propia Administración (Disp. adicional décima L.G.T.)

PROCEDIMIENTO de las denuncias (Arts. 32 y 33 R.S.T., Inst. 3/2005 y 3/2007 AEAT)

OBLIGACIÓN DE DENUNCIA DE LOS DELITOS PÚBLICOS Y CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA (Art. 262.1º L.E.Cr. y Arts 95.3.3º y 180.1 L.G.T.):

- DELITOS PÚBLICOS (Art. 262.1º L.E.Cr. y Art. 95.3.3º L.G.T.)**
- Cuando la inspección tenga conocimiento de la posible existencia de delitos no perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada:
 - Deducir el tanto de culpa al Ministerio Fiscal o
 - Formulará querrela a través del Servicio Jurídico competente

- DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA (Art. 180.1 L.G.T.)**
- Cuando la inspección estime que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la hacienda pública:
 - Pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente o
 - Remite el expediente al Ministerio Fiscal

Los expedientes clásicos:

- Suprimido el trámite de puesta de manifiesto del expediente (art.32.3 R.S.T.).
- Remisión del expediente por el Inspector-jefe al Delegado Especial competente.
- Acuerdo del Delegado Especial de remisión del expediente a la jurisdicción competente o al Ministerio Fiscal. (previa solicitud de informe al Servicio Jurídico regional, salvo caso reiterativo. Instrucción 3/2005) *que se notifica al presunto responsable*
- Devolución del expediente a la vía administrativa o conclusión del proceso penal. Se estará a lo dispuesto en el artículo 180.1 y disposición adicional X de la L.G.T.

Expedientes clásicos: cuestiones que se suscitan

- Concurso del delito de defraudación con otros delitos: contable, blanqueo.....
- Naturaleza de la actuación inspectora en el proceso penal
- Interrupción de la prescripción penal
- Continuación de las actuaciones inspectoras en caso de sobreseimiento provisional por ilocalización del presunto culpable
- Configuración del elemento objetivo en obligados tributarios que no son sujetos pasivos
- Configuración del elemento objetivo en IVA

Los expedientes clásicos: concurso de delitos

Concurso con Delito Contable (art. 310):

- Se procederá de igual manera que en el delito de defraudación.
- No obstante *podrán dictarse los actos de liquidación* que procedan.
- No podrá iniciarse ni continuarse en su caso el *procedimiento sancionador* por los mismos hechos.
- De no apreciarse existencia de delito, *se iniciará o continuará el procedimiento sancionador*.

Concurso con Delito de blanqueo de capitales (art. 301):

- La polémica de delito fiscal como *subyacente necesario* para el delito de blanqueo.
- Necesidad de *condena previa* por delito fiscal
- "Conociendo y sabiendo": el TS admite la *prueba indiciaria*
- Problemas de *legitimación* atendiendo al bien jurídico protegido: el orden socioeconómico.
- El problema: se carece de reflexión jurídica!

Naturaleza de la actuación inspectora: ratificación del informe de delito

- Testigo (art. 410 L.E.CR.)
- Perito (Art. 335 y 336 L.E.CR.)
- Testigo- perito
- Auxilio judicial (Art. 473 L.O.P.J.)

Expedientes investigación

- Origen: Plan de Prevención del Fraude Fiscal

- Inst. 3/2005 AEAT
- Expedientes de investigación
 - Art. 95.1.a) LGT
 - Inst. 3/2007 AEAT

Instrucción 3/2005

Objetivos

- *Coordinar los criterios de las denuncias y prever las actuaciones* o diligencias procesales que deben ser solicitadas.
- Procurar a la AEAT un *conocimiento exacto y actualizado* de la situación procesal.
- Favorecer la *máxima eficacia en la estrategia procesal* de la acusación en dichos procedimientos.
- Alcanzar el *deseable grado de homogeneidad*.
- Crear las condiciones para la *puesta en marcha del Plan de Prevención del Fraude Fiscal* (febrero de 2005)

LOS EXPEDIENTES CLÁSICOS

- Actuación inspectora
- Inicio de actuaciones *notificado* con un objeto y alcance determinado

Apreciación de la conducta delictiva

Distintos momentos de apreciación de la conducta delictiva
 Antes de la propuesta de liquidación: *remisión de actuaciones, diligencias e informe preceptivo al jefe del órgano administrativo competente (Inspector-jefe)*.
 Después de la propuesta de liquidación: *el órgano competente para liquidar será quien impulse el procedimiento de la denuncia (Inspector-jefe)*.

Después de dictar los actos de liquidación, durante la tramitación del procedimiento sancionador: *suspensión del procedimiento sancionador y remisión de actuaciones, diligencias e informe preceptivo al Inspector-jefe. Igualmente se suspende la ejecución de la liquidación hasta resolución judicial.*

El informe de delito

I - IDENTIFICACIÓN del presunto responsable y ANTECEDENTES

II - HECHOS

III - ANÁLISIS TRIBUTARIO

- Irregularidades tributarias cometidas
- Responsabilidad tributaria
- Cuantificación de las cuotas tributarias

IV - ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS PRESUNTOS DELI-

TOS

- Definición de los tipos penales subsumibles
- Elementos objetivos de los tipos penales
- Elementos Intencionales del tipo penal

V - CONCLUSIÓN Y ASPECTOS PROCESALES

- Registro de domicilios y locales
- Retención de devoluciones tributarias
- Bloqueo de cuentas corrientes
- Requerimientos de información a terceros
- Interrogatorios

Expedientes investigación: la Inspección en su ejecución

- Auxilio en los registros
- Elaboración de los requerimientos de información
- Elaboración de cuestionarios para interrogatorios
- Retención de devoluciones
- Análisis de información y elaboración de informes de alcance para el Juez

Expedientes investigación: cuestiones procesales que se suscitan

- Naturaleza de la actuación de la Inspección
- Efectos sobre la prescripción penal
- Delimitación de la denuncia desde el punto de vista temporal y personal
- Concurso de delitos

JURISPRUDENCIA INVOCABLE

ARTÍCULO 305 CÓDIGO PENAL: Defraudación Tributaria

STS 05-12-2002 (RJ 2003/546), 16-05-2002 (RJ 2002/6386), 26-12-2001 (RJ 2002/2033).

21-12-2001(RJ 2002/1213), 10-10-2001 (RJ 2001/8554), 28-03-2001 /RJ 2001/751), 16-02-2001 (RJ 2001/1261), 28-12-2000 (RJ 2000/10475), 18-12-2000 (RJ 2000/6219), 26-07-1999 (RJ 1999/6685), 20-05-1999 (RJ 1999/3555), 30-04-1999 (RJ 1999/3338), 05-12-1999 (RJ 1997/8881), 26-11-1997 (RJ 1997/8891), 07-12-1996 (RJ 1996/8925).

ARTÍCULO 305.1 CÓDIGO PENAL:

STS 29-09-2000 (RJ 2000/9251).

ARTÍCULO 305.4 CÓDIGO PENAL: Excusa Absolutoria Penal.

STS 30-04-2003 (RJ 2003/3085), 15-07-2002 (RJ 2002/8709), 29-09-2000 (RJ 2000/9251), 28-10-1997 (RJ 1997/7842).

ARTÍCULO 306 CÓDIGO PENAL.

AZUCARERA EBRO S.L. liquidación de la cotización por compensación de los gastos de almacenamiento de azúcar y la exacción reguladora sobre el azúcar C. STS 15-12-2006 (RJ 2006/1220).

ARTÍCULO 310 CÓDIGO PENAL: Delito Contable.

STS 29-06-2002 (RJ 2002/8619), 16-02-2001 (RJ 2001/1261), 10-10-2001 (RJ 2001/8554), 28-12-2000 (RJ 2000/10475), 13-01-2000 (RJ 2000/155).

- Línea prioritaria: el refuerzo de la investigación ("tramas de IVA")
- Se impulsa la ONIF y se crean Unidades de Investigación.
- Se impulsa la colaboración de las Unidades Operativas del SVA (Inst.3/2007)

Expediente sin investigación: origen

- No parten de una actuación inspectora
- Actuaciones de investigación: *Apreciación de la conducta delictiva*
- A partir de aquí, si se tienen los *elementos de prueba necesarios* para sustentar la denuncia o querrela el procedimiento se redirecciona hacia un *expediente normal*.
- Casos (TRAMAS IVA, sectores SUMERGIDOS) en los que el esquema tradicional *no es operativo*
- Se "*judicializa*" el expediente para dar cobertura a la obtención de pruebas

Expediente sin investigación: estrategia procesal

- *Enfoque unitario*: denunciar a todos los eslabones para depurar responsabilidades ante la imposibilidad de fijar de manera objetiva la responsabilidad en un eslabón de la trama.
- Adoptar *medidas cautelares* de aseguramiento de la responsabilidad penal y civil
- *Investigar en tiempo real*
- *Auxiliar al Juez* en la instrucción

Expedientes investigación: fases del procedimiento

- *Apreciación de la conducta delictiva*
- Informe de delito (indicios)
- Remisión al Delegado Especial
- Colaboración del Servicio Jurídico potestativa
- Denuncia a la jurisdicción competente
- Apertura de diligencias previas
- Instrucción judicial con el auxilio de la Inspección

Expedientes investigación: el papel de la Inspección de los tributos

- Elaboración del informe de delito
- Presentación y explicación al Juez
- Propuesta de actuaciones procesales que se consideran necesarias en la instrucción para
- Acreditar los hechos y su autoría
- Asegurar las responsabilidades penales y civiles. En particular: Otorgar el *auxilio judicial* a la Inspección de los tributos Otorgar la encomienda al SVA de actuar como *Policía Judicial* Declarar el *secreto de las actuaciones*

Expedientes investigación: actuaciones que se proponen

- Intervención de comunicaciones
- Vigilancia de movimientos
- Comisiones rogatorias

AUXILIO JUDICIAL Y PERITAJE:

STS 28-10-1997 (caso Filesa) y STS 29-07-2002 (caso Banesto):

El Tribunal Supremo se pronuncia acerca de la admisibilidad de la labor de auxilio de los peritos públicos, siendo "pacífica" en la jurisprudencia la consideración como imparciales de los funcionarios públicos que emiten pericias.

ESTIMACIÓN INDIRECTA:

STS 26-04-1993, STS 26-12-2001 y STS 21-02-2003.

INTERRUCCIÓN Y COMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN PENAL:

STS 19-05-2005 y STS 14-03-2005.

ADMINISTRADORES DE HECHO, PERSONAS INTERPUESTAS, TESTAFERROS:

STS 20-01-2006 (enumera 10 relaciones fácticas para considerar administrador de hecho).

STS 17-06-2005, STS 28-11-2003 (el testafarro como cómplice y no como cooperador necesario), STS 30-04-1999, STS 20-05-1996.

FALTA DE PRESENTACIÓN DE DECLARACIONES-AUTOLIQUIDACIONES

STS 02-03-1988: El Código Penal exige para la apreciación del delito una conducta de carácter dolosa, consistente en la defraudación a la Hacienda Pública.

"Falta al deber de verdad o de manifestar la realidad no solo quien tergiversa o manipula los datos que configuran las bases impositivas para pagar insuficientemente, sino quienes sabedores del deber de declarar, omiten la declaración, porque la Hacienda puede tomarse este hecho facta concludentia como afirmación de que el sujeto obligado no tenía nada que declarar".

STS 29-06-1985: Actitud engañosa.

"...la ausencia de declaración fiscal devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el Erario Público y es patente que quien omite la declaración exigida con la intención de eludir el impuesto totalmente no debe ser de mejor condición de quien en su declaración, desfigura o manipula las bases tributarias para pagar menor de lo debido, en ambos casos, se advierte una falta de verdad o actitud engañosa [...].

En el mismo sentido de lo anterior, se pronuncia el Tribunal Supremo en las Sentencias de 27 de diciembre de 1990, de 31 de octubre de 1992 y de 26 de abril de 1993.

MEDIDAS OPERATIVAS DE LA INSPECCIÓN. AEAT

El fraude en el sector inmobiliario

CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS DEL FRAUDE EN EL SECTOR INMOBILIARIO:

- Utilización de sociedades para ostentar la titularidad del inmueble, en ocasiones con el objeto de eludir la tributación correspondiente a la titularidad directa.
- Opacidad fiscal en el desarrollo de operaciones inmobiliarias (en cuanto a la titularidad de los bienes o en cuanto a los medios de pago).
- Existencia de rentas no declaradas (como en arrendamientos en los que arrendador y arrendatario son particulares).

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE LA LEY 36/2006 EN ESTE SECTOR:

- Asegurar la obtención de información y potenciar las facultades de actuación de los órganos de control
- Realizar un mejor seguimiento de las transmisiones y del empleo efectivo que se haga de los bienes inmuebles.

El plan de prevención

Impulso de la comprobación inmobiliaria

- Planificación integral
- Equipos especializados
- Método de comprobación específica
- Mejora coordinación
- Guías sectoriales
- Bases criterios jurídicos

Etc

El plan de prevención

Reforma de información: (inmueble como centro)

- Inclusión del NRC en modelos
- Nuevas fuentes de información
- Coordinación con CC.AA.

El plan de prevención del fraude fiscal

Nuevas actuaciones inspectoras

- Impulso de actuaciones verticales
- Seguimiento de promoción inmobiliaria
- Nuevos requerimientos estructurados de información (art. 93 LGT)
- Desarrollos urbanísticos
- Ventas de promotores
- Ventas sobre plano
- Reacción frente cambios de localización
- Uso de estimación directa

Nuevo marco legal de Inspecciones

Novedades en el artículo 108 LMV

Objetivo y naturaleza del 108 LMV 2.

OBJETIVO: evitar el uso de sociedades para enmascarar tráfico inmobiliario

Novedades en la Inspección Tributaria de operaciones inmobiliarias tras la Ley de Prevención del Fraude Fiscal

Miguel Cremades Schulz

- Transmisión de valores recibidos por aportaciones de bienes inmuebles cuando entre la fecha de aportación y la de transmisión no hayan transcurrido tres años

Artículo 108 LMV. Supuesto primero 2.3

Adquisición de valores que supongan la obtención del control sociedades inmobiliarias

1. DETERMINACIÓN DEL PORCENTAJE DE INMUEBLES EN EL ACTIVO (I)

- Valoración de TODOS los bienes en balance por su valor real à doctrina TEAC positivizada.
 - Balance "ad hoc"
 - No se tiene en cuenta los inmuebles, salvo terrenos y solares, que formen parte del activo circulante de la empresas constructoras o inmobiliarias
- Cómputo y valoración a fecha de adquisición. Obligación de elaborar inventario y facilitar a la Administración, previo requerimiento.
- Minoración en el importe de la financiación ajena a corto plazo (12 meses) siempre que se hubiera obtenido en los 12 meses anteriores.
 - Regla anti dilución de activos inmobiliarios

Artículo 108 LMV. Supuesto primero

2. DETERMINACIÓN DEL PORCENTAJE DE INMUEBLES EN EL ACTIVO (II)

- Regla anti-dilución de activos inmobiliarios
- Préstamo C/P
- 3^{os}
- Sociedad adquirente
- Sociedad Transmitedora
- Sociedad inmobiliaria

Artículo 108 LMV. Supuesto primero

3. ADQUISICIÓN DEL CONTROL (I)

Control directo à part. capital > 50%

Control indirecto: en cuyo activo se incluyan valores que permitan de control en sociedades inmobiliarias

Adquisición progresiva: cuando el adquirente adquiera o aumente el control sobre estas sociedades inmobiliarias

Compra conjunta: computan los valores que sean titularidad de entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades que el adquirente

Transmisión de valores a la propia sociedad tenedora de los inmuebles para su posterior amortización por ella

Artículo 108 LMV. Supuesto primero

4. SUPUESTOS INCLUIDOS. ADQUISICIÓN INDIRECTA

Adquisición control (participación superior 50%) de sociedades en cuyo activo se incluyan valores que le permitan ejercer el control en una sociedad con inmuebles. Se incluyen las participaciones de las sociedades del grupo.

Ejemplo A):

TRANSMISIÓN DE INMUEBLES

Si el transmitente no es empresario: TPO del ITP y AJD

Si el transmitente es empresario:

- sujeta y no exenta de IVA: IVA + AJD
- sujeta y exenta de IVA:
 - si renuncia a la exención: IVA+AJD
 - si no renuncia a la exención: TPO

TRANSMISIÓN DE VALORES

Regla general (Art. 108.1 LMV): Exención tanto del ITP y AJD como del IVA

Regla especial (Art. 108.2 LMV): Excepción a la exención: tributación por TPO de ciertas transmisiones de valores que presuntamente enmascaran transmisiones de inmuebles

NATURALEZA: NORMA ANTI-ABUSO DE CARÁCTER ESPECIAL

- Supuesto que no requiere ánimo fraudulento
- Aplicación de la norma supuestamente defraudada
- Tributación por TPO

El artículo 108 LMV. Estructura. 2.1

PRIMER SUPUESTO DE HECHO

1. Transmisión de valores
2. en una sociedad inmobiliaria (inmuebles = o > 50% de su activo)
3. que supongan la obtención del control (participación directa o indirecta > 50%).

SEGUNDO SUPUESTO DE HECHO

1. Transmisión de valores recibidos en aportaciones de inmuebles
2. cuando no hayan transcurrido tres años desde la aportación

CONSECUENCIA JURÍDICA

TRIBUTACIÓN POR TPO

El artículo 108 LMV. Estructura 2.2

ESTRUCTURAS ACTUALES: Ineficacia

Supuesto de hecho Primero.

(i) Transmisión o adquisición ("por cualquier otra forma") de valores
(ii) que representen el capital o patrimonio de sociedades inmobiliarias o en cuyo activo se incluyan valores que permitan de control en sociedades inmobiliarias [control indirecto],
(iii) cuando el adquirente adquiera o aumente el control sobre estas sociedades inmobiliarias [adquisición progresiva].

- Se aclara: que el cómputo se debe realizar a valor real en la fecha de transmisión; se excluye del activo la financiación ajena con vencimiento igual o inferior a 12 meses obtenida en los 12 meses anteriores a la transmisión [dilución transitoria del activo]; se computan en el grado de control las participaciones del grupo [adquisición conjunta].

- La norma sólo se aplica a la primera transmisión
- 2. Transcurso de menos de un año entre aportación y transmisión
 - Ampliación del plazo a tres años

Artículo 108 LMV. Base imponible

BASE IMPONIBLE

- i. **Toma de control:** % que se pase a tener sobre el valor real de los inmuebles
- ii. **Aumento del % de participación:** % en que se aumente sobre valor real inmuebles
- iii. **Transmisiones indirectas:** sólo se tienen en cuenta el valor real de los inmuebles de la sociedades inmobiliarias y no el de otros inmuebles
- iv. **Transmisión de valores recibidos en aportaciones no dinerarias:** % correspondiente a los valores transmitidos sobre el total recibido en la aportación sobre el valor real de los inmuebles aportados.

Artículo 108 LMV.6

SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL 108 LMV

- Transmisiones de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial **No aplica 108 LMV**
 - **Requisito:** que la transmisión se produzca transcurrido un año desde la admisión a negociación
 - **No computan periodos de suspensión de la cotización**
 - **No se aplica el plazo de un año en OPVs/OPAs**

Medidas generales de prevención

Uso de entidades no residentes: medidas 3.1

1. Presunción de residencia fiscal en España:

Modificación del art. 8 del TRLIS

- **Entidad domiciliada en paraíso fiscal o país o territorio de nula tributación**
- **Activos principales consistan, directa o indirectamente, en bienes situados o derechos que se ejerciten en España**
- **Salvo que se acredite que la localización responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas, distintas a la simple gestión de valores o activos**

Uso de entidades no residentes: medidas

2. Cómputo de las ganancias patrimoniales referidas en el artículo 13.1.i) 3º del TRLIRNR (sociedades con inmuebles en España) cuando la entidad esté domiciliada en territorio con los que no exista intercambio efectivo de información.

Modificación del art. 24.4 del TRLIRNR

Renta: valor transmisión-valor adquisición de la participación transmitida;

Valor transmisiónà % valor de mercado de los inmuebles situados en España en el momento de la transmisión

3. Afectación de los bienes transmitidos al pago del IRNR devengado en las ganancias patrimoniales referidas en el artículo 13.1.i) 3º del TRLIRNR cuando la entidad esté domiciliada en territorio con los que no exista intercambio efectivo de información.

Sociedad Transmitedora
Sociedad adquirente
Sociedad intermedia
Sociedad inmobiliaria
El artículo 108 LMV. Supuesto primero

5. SUPUESTOS INCLUIDOS. ADQUISICIÓN INDIRECTA (II)

Ejemplo B):

Sociedad Transmitedora
Sociedad Objetivo
100%
Sociedad adquirente
Filial Operativa
Filial Inmobiliaria
Activo
Operativa 100
Inmobiliaria 10
Valor real activos: 100
Valor real Inmueble: 10

El artículo 108 LMV. Supuesto 2.3

6. SUPUESTOS INCLUIDOS. TRANSMISIÓN DE VALORES A LA TENEDORA DE LOS INMUEBLES Y POSTERIOR AMORTIZACIÓN

Sociedad Transmitedora
Sociedad adquirente (*)
Sociedad inmobiliaria
Inicial
Final
Sociedad adquirente (*)
Sociedad inmobiliaria
Sujeto pasivo: el accionista que obtenga el control de la sociedad
El artículo 108 LMV. Supuesto primero 2.3

7. SUPUESTOS INCLUIDOS. COMPRA CONJUNTA

Sociedad Transmitedora
Sociedad adquirente directa
Sociedad adquirente directa
Sociedad inmobiliaria
Sociedad Holding
Artículo 108 LMV. Supuesto segundo
Transmisión de valores adquiridos en aportaciones no dinerarias de inmuebles

1. Identidad entre las acciones recibidas en la aportación no dineraria de inmuebles y las transmitidas

Introducción de un nuevo párrafo (el 3) al art. 25 del TRLIRNR
En general, los bienes inmuebles situados en territorio español.
Cuando el titular de los inmuebles sea una sociedad residente en España, los derechos o participaciones en la entidad correspondientes al contribuyente por el IRNR

Obtención de información 3.2

1. Requisitos de las escrituras públicas sobre bienes inmuebles
NECESIDAD DE ACREDITACIÓN DEL NIF (Modificación del art. 23 de la Ley del Notariado)

- **Del compareciente y de las personas o entidades en cuya representación actúen los comparecientes**
- **En escrituras relativas al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o a cualesquiera otros con trascendencia tributaria.**

NECESIDAD DE ACREDITAR LOS MEDIOS DE PAGO (Modificación del art. 24 de la Ley del Notariado y del art. 21 de la Ley Hipotecaria)

- **Medios de pago empleados**
- **Momento en que se paga el precio**

CIERRE REGISTRAL EN CASO DE INCUMPLIMIENTO (modificación del artículo 254 de la Ley Hipotecaria)

Obtención de información 3.2

2. Obligación de acreditar la referencia catastral

Redacción antigua del art. 38 del TR de la LCI

La referencia catastral debe figurar en:

- instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas y documentos,
- donde consten hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales, contratos de arrendamiento, proyectos técnicos o cualesquiera otros relativos a inmuebles

Modificación

Art. 38 TRLCI: También debe incluirse en los contratos de cesión por cualquier título del uso del inmueble y en los contratos de suministro de energía eléctrica.

DT 1º: plazo de 6 meses. Obligado: quien contrate el suministro / el arrendador o ceden-te.

**La Ley de prevención del fraude
MEDIDAS NO INCORPORADAS**

- **Reforma gravamen especial**
- **Consignación socios**
- **Imputación de rentas de sociedades patrimoniales**

sección de derecho urbanístico



Resumen: El presente trabajo tiene por objeto preciso analizar las reglas y principios centrales de la nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo. A tal efecto se destaca, por de pronto, el cabal cumplimiento que hace el reciente texto legal de la función que corresponde al legislador general de sentar sobre fundamento constitucional sólido las bases mínimas indispensables para el saneamiento y la eficacia de la política de políticas que debe asegurar la utilización del suelo conforme al interés general y la subordinación a éste de toda la riqueza, en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad. Y, de otra parte, se incide igualmente en las acertadas fórmulas empleadas por la nueva Ley para acometer los muy graves problemas del urbanismo actual, pues huyendo de la dinámica meramente reactiva que ha caracterizado al legislador durante más de década y media, aspira a estabilizar el marco legal sin significativa perturbación de la legislación autonómica.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROCEDENCIA DE UNA NUEVA LEY GENERAL

Los graves casos de corrupción y arbitrio urbanísticos que han venido y continúan conmoviendo a la opinión pública ponen de manifiesto la severidad del deterioro de nuestra política de ordenación territorial y urbanística, de cuyo mal la evolución del mercado inmobiliario venía advirtiendo infructuosamente, al embotar el simplista "mercadismo" reinante toda energía eficazmente reactiva. La enfermedad tiene múltiples causas y su curso es complejo, por lo que la sanación no puede esperarse sin más del entre nosotros tan socorrido recurso a la reforma legal concreta. Tanto más, si, como consecuencia de nuestra cada vez más intrincada distribución territorial de competencias, exige un complejo concurso de legisladores nada facilitador de la tarea del estatal, sujeto como queda a serias limitaciones por razón competencial. Pero aún siendo insuficiente, el remedio legal es presupuesto imprescindible. El texto legal que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2007² persigue, cumpliendo la función que corresponde al legislador general, sentar sobre fundamento constitucional sólido las bases mínimas indispensables para el saneamiento y la eficacia de la "política de políticas" que debe asegurar la utilización del suelo conforme al interés general³ y la subordinación a éste⁴ de toda la riqueza, en sus distintas formas y sea cual sea su titularidad. Y lo hace, centrándose en el diagnóstico de los graves problemas existentes y huyendo de la dinámica meramente reactiva de que ha estado preso dicho legislador durante más de década y media, es decir, aspirando a estabilizar el marco legal sin significativa perturbación de la legislación autonómica. Aunque ello no suponga, como es lógico, renuncia a que las soluciones arbitradas traduzcan las opciones legítimas plasmadas en el proyecto elaborado por el Gobierno y aprobado —sin modificación sustancial de su planteamiento— por las Cortes Generales.

Y de verdadero saneamiento se trata, pues la situación actual se resume en un serio trastocamiento del orden constitucional y un lacerante contraste entre la realidad que éste promete y la que ha de padecer diariamente el ciudadano sin horizonte plausible de cambio a mejor. El urbanismo real actual ha dejado de garantizar la definición y realización correctas del interés

El nuevo marco general que para la
ordenación territorial y urbanística define
la Ley 8/2007 de suelo¹

Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

² Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo.

³ Conforme ordena el artículo 47 CE y como parte de la utilización racional del territorio que, conforme al artículo 45.2 CE, es presupuesto del medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona del que habla el número 1 de este último precepto constitucional.

⁴ Como ordena el artículo 128.1 CE.

¹ Se reproduce, por petición —que agradezco— de la Revista de Derecho urbanístico y de medio ambiente, el trabajo previamente publicado en la Revista electrónica Iustel.

1º. La “resintonización” constitucional

O lo que es lo mismo: la colocación del ordenamiento determinante para la ordenación territorial y urbanística sobre cimientos bien ajustados al orden constitucional cuya realización debe asegurarse, orden hoy complejo, por incorporar —junto a nuestra Constitución— el Derecho originario de la Unión Europea.

En este punto, es clave la resituación del interés general en su contexto constitucional obligado. El interés general que el constituyente ordena perseguir en la regulación del suelo y la acción urbanística de los entes públicos procuradora de la calidad de vida, no es otro que la utilización racional de los recursos naturales en tanto que, como ya se ha avanzado, presu- puesto de un medio ambiente —natural y urbano— adecuado al desarrollo de la persona. De donde se sigue que aún siendo la ordenación territorial y, en particular, el urbanismo, al igual que, por ejemplo, la protección de la naturaleza, materia con perfil propio, está integrada en la del medio ambiente. Sólo desde esta óptica, es decir, dotado de su carga valorativa constitucional, deja el interés general de ser, una cláusula en blanco abierta a derivas urbanísticas múltiples, incluso arbitrarias, en un Estado democrático y social de Derecho caracterizado por el mandato de promoción de las condiciones de integración en libertad e igualdad. En la sociedad actual es clara la vulnerabilidad de la situación del individuo y su reciedad dependencia de condiciones de solidaridad para la igualdad propiciadora del libre desarrollo de la personalidad.

El valor-guía último de la ordenación del territorio y el urbanismo es, por todo ello, el que otorga fundamento al entero orden constitucional: la libertad; libertad que, requiriendo la optimización del conjunto de derechos y deberes de todos (y no sólo de los llamados fundamen- tales), al propio tiempo que remite al estatuto del ciudadano impone, por ello mismo, la perspectiva armonizadora del órdenes económico-social y medioambiental. La ordenación territorial y urbanística debe estar, pues, al servicio de la persona en su doble e inescindible dimensión individual y social y de modo directo, no intermediado y postergado por el sistema económico.

Es éste un objetivo que involucra, como es obvio, la doble dimensión sustantiva y compe- tencial del orden constitucional. Su procedencia deriva de la limitación hasta ahora del debate territorial-urbanístico de porte constitucional a la clarificación de competencias puestas pre- viamente en juego para sostener normas legales ya dictadas. Y lo cierto es que la ausencia de contradicción frontal con la Constitución ha venido permitiendo la supervivencia de un sistema legal preconstitucional con marcada tendencia a la autosuficiencia, cuyas reformas a escala nacional y modulaciones a escala autonómica han podido realizarse —legitimando la relativa independencia de las técnicas urbanísticas empleadas— al margen de la cuestión decisiva de la idoneidad para el desarrollo constitucional.

Se entiende así el objeto de la Ley, en el que luce el cambio de perspectiva y su pleno ajuste competencial⁵. El fin tradicional de la ordenación territorial y urbanística —el bienestar de la población— debe descansar en la optimización, en la dimensión espacial, del estatuto

⁵ En función de ese objeto están los títulos competenciales invocados: los consignados en el artículo 149.1 CE, en sus puntos 1º (condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y del cumpli- miento de los correspondientes deberes constitucionales), 8º (legislación civil), 13º (bases de la plani- ficación general de la actividad económica), 18º (bases del régimen de las Administraciones públicas; expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas) y 23º (bases del

general desde la idónea ponderación de los intereses públicos y privados que es inexcusable para la utilización racional de los recursos naturales y, en particular, del suelo al servicio de los valores constitucionales. La causa, no única, pero sí más eficiente, de tal situación radica en la mutación que en el urbanismo ha inducido, operando sobre defectos congénitos de su acta de nacimiento de 1956, la consagración por la sedicente liberalización del suelo del “derecho [del propietario] a la transformación” del mismo. Pues la fórmula “liberalizadora” empleada ha generado en la práctica un fenómeno de singular, generalizada y extemporánea accesión invertida: la compleja y proteica riqueza colectiva que representa el hecho urbano (basada en el llamado “aprovechamiento urbanístico” asignado por el plan) sigue, ya desde el momento de su simple previsión objetiva, la suerte de los derechos sobre el suelo, patrimonializándose y, por tanto, “privatizándose” sin otro título que su mera previsión, pero —eso sí— como virtualidad generadora de claros efectos actuales (como acredita el precio del suelo simple- mente clasificado, pero aún no transformado, sea mediante la urbanización, sea mediante la edificación). El resultado: la pérdida por la ordenación territorial y urbanística de su función estructurante y equilibradora de valores y bienes constitucionales en favor de un papel sectorial económico, centrado en el ciclo urbanización-edificación y al servicio de la explotación de la aludida riqueza bajo criterios mercantil-financieros, para fabricar y comercializar una ciudad entendida como suma y combinación de ofertas inmobiliarias. Y ello conforme a la lógica general del mercado, que, al encontrar únicamente límites externos y éstos cada vez más burocráticos y de menor entidad valorativa, la insensibilizan para las exigentes características específicas del fenómeno urbano, de la ciudad. El ejemplo comparado e, incluso, comunita- rio-europeo, y las consecuencias empíricas, ya suficientes, de nuestra fórmula liberalizadora, acreditan de forma abrumadora que la tarea de que aquí se trata no puede encomendarse sin más, “desregulando”, al mercado. El mercado es ciertamente un instrumento indispensable en la satisfacción de las necesidades sociales, pero, como todo instrumento, por muy idóneo, eficaz e importante que sea, tiene sus limitaciones y no sirve tampoco, al menos no de igual manera, para todo. Y su empleo en modo alguno legítima un desarrollo que prima unos valo- res y bienes constitucionales —los del orden económico— respecto de otros —los del orden medioambiental— en términos difícilmente justificables desde el orden constitucional como un todo. Sencillamente porque las esenciales dimensiones valorativas del urbanismo, que son de porte constitucional, y las características del suelo, impiden confiar la definición de la convivencia sobre el territorio al mero resultado del libre juego de las fuerzas que operan en el mercado y desde luego prescindir de la regulación precisa para corregir las disfunciones que surfe en su aplicación al suelo y que se manifiestan fundamentalmente en la internalización indebida de plusvalías y la externalización no menos indebida de consecuencias negativas graves, con frecuencia difícilmente reversibles.

II. LOS OBJETIVOS DE LA LEY

Lo dicho permite comprender mejor los objetivos últimos que animan el texto legal e in- forman su contenido:

1ª. La exigencia de motivación del ejercicio de la potestad de planeamiento, con expresión del interés general al que sirve (art. 3.1, párr. 2º). 2ª. La equiparación de las previsiones referi- das, de un lado, a la atribución al suelo de un destino que posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, y, de otro lado, a la preservación de la urbanización que esté en la situación de suelo rural (art. 10, a).

3ª. La obligada atención, en la ordenación de los usos, al principio —entre otros— de la garantía del suministro de agua (art. 10, c).

4ª. El establecimiento de un límite determinado por remisión al régimen de protección o policía del dominio público: la preceptividad de la inclusión de los terrenos sujetos a dicho régimen en la situación de suelo rural (art. 12.2, a).

5ª. El sometimiento de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística no sólo a informe de sostenibilidad ambiental (sin perjuicio de la evaluación de los proyectos de ejecu- ción), sino —en la fase procedimental de consultas— a informe de la Administración del agua sobre la existencia de los recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y la protección del dominio público hidráulico (art. 15.3).

6ª. La introducción de un informe de seguimiento de las actividades de ejecución urbanística, que ha de considerar, como mínimo y además de la económica, la sostenibilidad ambiental; informe, que se contempla como obligatorio en los Municipios que deban contar con Junta de Gobierno y en los demás que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística.

7ª. La preceptividad de la fijación por la legislación urbanística del umbral en el que el impacto de una actuación urbanizadora obliga al ejercicio de forma plena de la potestad de ordenación del Municipio o del ámbito superior en el que se integre la actuación por trascender los efectos generados en el medio ambiente el ámbito propio de la misma (art. 15.6ª)

8ª. La inclusión de las obras de potabilización, suministro y depuración de agua requeri- das por la legislación pertinente entre las obras de urbanización y las infraestructuras de costeamiento y ejecución obligatorias en las actuaciones urbanizadoras (art. 16.1, c).

9ª. El traslado de la competencia para la aprobación inicial del planeamiento general y la aprobación final de todos los planes y demás instrumentos urbanísticos al Pleno municipal (disp. ad. 9ª, que modifica el art. 22.2 de la Ley básica de régimen local).

i) Comporta también la vinculación de que se viene hablando el deber de los poderes públicos de promover la realidad y efectividad del estatuto ciudadano enunciado en sus con- diciones básicas mediante medidas de ordenación territorial y urbanística que aseguren un resultado equilibrado en la ocupación y la transformación del suelo (favoreciendo o conteniendo, según proceda, los correspondientes procesos).

ii) No obsta, por tanto, al establecimiento de modelos territoriales diferenciados por las instancias territoriales competentes. b) La reafirmación indispensable de la ordenación terri- torial y la urbanística como funciones públicas, como segundo pilar del marco legal; reafirma- ción, que se hace, asegurando su alcance mínimo (la dirección y el control por las Administra-

⁸ La disposición transitoria cuarta (relativa a “criterios mínimos de sostenibilidad”) determina que, si trans- currido un año desde la entrada en vigor del nuevo texto legal, la legislación sobre ordenación territorial y urbanística no hubiera fijado el umbral a que se ha hecho alusión en el texto, toda innovación de la ordenación establecida deberá realizarse en ejercicio pleno de la potestad de planeamiento cuando la actuación conlleva, por sí misma o en unión de las aprobadas en los dos últimos años, un incremento superior al veinte por ciento de la población o de la superficie del suelo urbanizado del Municipio o ámbito territorial.

constitucional de derechos y deberes de todos a partir del soporte mínimo común integrado por las condiciones básicas garantes de la igualdad en el ejercicio y el cumplimiento de unos y otros garantizado por el legislador general. Y para ello, éste ha de fijar, además y como efectivamente hace, el correspondiente régimen jurídico básico —armonizador de los requeri- mientos de la economía y el medio ambiente— del recurso natural suelo, junto con las reglas de la valoración de los derechos sobre éste y las de la responsabilidad patrimonial que pueda resultar de la acción urbanística de los entes públicos.

2º. La consecutiva “reorientación” de la política pública “territorial”

O, en otros términos, la definición del marco sustantivo y organizativo del desarrollo con- stitucional estrictamente preciso para asegurar la correcta integración del interés general en la materia, la coherencia de las diversas políticas públicas y la transparencia y el carácter participativo de la ordenación territorial y urbanística; marco, que se articula sobre:

a) La vinculación de todas las políticas públicas territoriales o con repercusión o relevancia territorial⁶ a un fin común —justamente el de la utilización del suelo conforme al interés general— capaz de dotarles de coherencia no obstante su servicialidad a fines propios específicos (los precisados, de cada vez, por la correspondiente legislación sectorial).

Lo decisivo es que tal vinculación:

i) Obliga a la concreción del interés general según el principio de desarrollo sostenible, en virtud del cual las referidas políticas públicas deben propiciar el uso racional de los recursos naturales:

- En primer lugar, armonizando los requerimientos, entre otros, de la economía, el em- pleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hom- bres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente.
- En segundo lugar, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación.
- Y, en tercer lugar, procurando, en particular, la eficacia de la protección de la natu- raleza (flora y fauna), el paisaje y el patrimonio cultural; la protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística; y un medio urbano con ocupación eficiente del suelo, suficiente dotación con las infraestructuras y los servicios que le son propios y con funcional combinación de los usos efectivamente implantados (cuando cumplan una función social).

Debe destacarse que, desde la decisiva perspectiva —en un país de las características del nuestro— de la gestión del recurso natural “agua”, la vinculación al expresado fin común y su concreción ulterior en las directrices expuestas comentada comporta, en particular, las siguientes medidas derechamente dirigidas a asegurar la plena corrección del ejercicio de la potestad de planeamiento territorial y urbanístico:

medio ambiente), así como también, marginalmente, 4º (defensa). Véanse el artículo 1 y la disposición final primera de la Ley.

⁶ Las que el artículo 2.1 de la Ley identifica como “políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo”.

⁷ Las prescripciones directivas subsiguientes se entienden sin perjuicio de la adaptación de su persecución a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística.

III. EL NUEVO Y DOBLE ENFOQUE: ESTATUTO DEL CIUDADANO Y ACCIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

El destinatario de la ordenación territorial y urbanística es el ciudadano, cualificado, en su caso, como propietario de suelo y eventualmente como empresario. En el novedoso estatuto de derechos y deberes del ciudadano¹⁰ que, en términos de condiciones básicas, determina el texto legal en su título I puede quizás sorprender, por razones evidentes, la ausencia, junto al derecho al disfrute de vivienda adecuada, de referencia al derecho de acceso a tal vivienda. La norma legal está aquí muy lejos de desfallecer frente a la dificultad que, por sus características, presenta este último derecho, que, siendo un verdadero derecho constitucional, precisa empero la intermediación del legislador ordinario para ser efectivo (como resulta, sin más, del art. 53.3 CE). Atendiendo al problema social existente, el legislador general cumple aquí su función imponiendo también una condición básica: la reserva para viviendas con finalidad social, pero que, por su objeto, forzosamente ha de ser dirigida al legislador autonómico para que éste opere a partir de ella a la hora de configurar sus políticas urbanística y de vivienda. La condición básica de garantía de la igualdad en el ejercicio efectivo del derecho sólo puede formularse así, en sede del ordenamiento general, en términos de deber de los poderes públicos competentes para establecer la ordenación territorial y urbanística de forma que, aun respondiendo a sus propias opciones, respete el principio común de reserva de una parte proporcionada (con un mínimo flexible en todo caso) a vivienda sujeta a algún régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda (como el derecho de superficie o la concesión administrativa)¹¹. El principio se acompaña de medidas importantes: i) la vinculación básica

¹⁰ El estatuto se compone de los siguientes derechos y deberes:
1. Derechos: i) disfrute de una vivienda digna y adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, constitutiva de domicilio libre de ruido u otras imisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados; ii) acceso, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público; iii) acceso a la información (incluso obteniendo copia o certificación) de que dispongan las Administraciones públicas sobre ordenación del territorio, urbanismo y su evaluación ambiental; iv) información por la Administración pública, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, sobre el régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada; v) participación efectiva (con respuesta motivada) en los procedimientos de elaboración y aprobación de los instrumentos de ordenación, ejecución y evaluación ambiental; y vi) ejercicio de la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, de las decisiones de evaluación ambiental y de los proyectos de ejecución.
2. Deberes: i) de respeto y contribución a la preservación del medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano, con abstención de cualquier acto o actividad no permitidos; ii) de respeto y uso racional y adecuado —según, en todo caso— las características, función y capacidad de servicio— de los bienes de dominio público y de las infraestructuras y los servicios urbanos; iii) de abstención de cualesquiera actos o actividades que comporten riesgo de perturbación o lesión de los bienes públicos o de terceros con infracción de la legislación; y iv) de cumplimiento de los requisitos y las condiciones legales de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y de empleo en ellas en cada momento de las mejores técnicas disponibles conforme a la normativa aplicable.
¹¹ De acuerdo con el artículo 10, b) la determinación de la reserva de suelo para vivienda de este tipo corresponde en principio a la legislación de ordenación territorial y urbanística autonómica o, de conformidad con ella, a los instrumentos de ordenación. Pero tiene un mínimo: los terrenos precisos para

ciones públicas competentes del proceso urbanístico⁹ y la garantía tanto de la recuperación por la comunidad de las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos, como de los derechos a la información y la participación de la ciudadanía) y precisando —lo que es destacable— que son insusceptibles de transacción. Se trata de determinaciones impecables. Sin función pública no hay regulación posible, pues tal carácter es condición de la realización del interés general y de su ponderación con el privado, así como de la articulación de la ordenación territorial y urbanística con las restantes políticas públicas relevantes. Del mismo modo, la interdicción de la transacción, que no impide el recurso a la técnica convencional, pero le impone límites, se justifica en la utilización práctica del convenio urbanístico para revestir como general cualquier interés, por desviado o espurio que sea.

3º. La “restitución a su ser” de la ordenación territorial y urbanística

Lo que vale decir: la recuperación de la economía prevista por el orden constitucional para dicha ordenación, hoy alterada por un pronunciado y desnaturalizador escoramiento del lado del proceso de transformación urbanística mediante la urbanización. Aquella ordenación es ante todo, por mandato constitucional, intervención o policía administrativa específica del uso del suelo, cumplida sobre la ponderación del interés general y de los intereses privados. Su objeto principal es la regulación de la utilización, es decir, el uso, disfrute y disposición del suelo por quien esté legitimado para ello y según el destino que se le atribuya. Por ello mismo se traduce en la delimitación del contenido en facultades y deberes de la propiedad del suelo conforme a la organización jurídico-privada de su apropiación privada en términos ya de fincas o parcelas, es decir, terrenos concretos; delimitación que, por ser tal, es decir, por diferencia de la expropiación, no origina derecho a indemnización alguna. Sólo cuando la efectividad de esa regulación dependa de la transformación previa del suelo (con inevitable incidencia, en términos de sacrificio o ablación, de los derechos referidos a fincas o parcelas, es decir, terrenos concretos) para convertirlo en soporte idóneo de los destinos previstos comprende, además, el necesario proceso de urbanización. Pero fácilmente se comprende la radical diferencia de lo uno y lo otro: la utilización de bien real propio conforme a su destino urbanístico —que encuentra sus límites, ya por razón física, en el bien o cosa mismos— es cuestión atinente al régimen de la propiedad, mientras que la urbanización es ajena a esa lógica, al ser una empresa que desborda cada una de las situaciones jurídico-privadas constituidas y, por tanto, el régimen de la propiedad, por tratarse de un fenómeno de alcance colectivo referido a las condiciones técnicas, jurídicas y económico-financieras de la producción del tejido urbano cuya creación es presupuesto de la aplicación de la regulación de usos prevista y que, por ello, sólo se desencadena en los casos en que tal producción sea necesaria y durante el periodo de tiempo en que tenga lugar. La diferencia es en todo comparable a la que media, en la edificación, entre la construcción (el proceso edificatorio) y el uso de la edificación terminada (el edificio). Así pues, en la Ley una cosa es el régimen urbanístico de la propiedad del suelo, consistente en una regulación estatutaria, es decir, objetiva, y otra diferente el régimen de la transformación, en su caso urbanización, del suelo.

⁹ En todas sus fases: ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos públicos o privados.

pública conforme a garantías mínimas de publicidad y plazo¹⁷ y potenciando este trámite esencial mediante la promoción de la publicidad telemática¹⁸ y la facilitación del conocimiento de la documentación (exigencia de la exposición de un resumen ejecutivo suficientemente expresivo¹⁹); ii) asegurando la debida orientación valorativa mediante la exigencia general de evaluación ambiental²⁰ y, cuando el objeto sea una actuación de urbanización, además: informes de sostenibilidad ambiental²¹ y también económica (en particular sobre las Haciendas públicas)²²; existencia de recursos hídricos suficientes para las nuevas demandas, protección del dominio hidráulico y marítimo-terrestre, la afección de las infraestructuras y el impacto sobre su capacidad de servicio²³; y iii) procurando la seriedad en la tramitación y resolución del procedimiento mediante la determinación del incumplimiento del plazo máximo para resolver como causa bien de responsabilidad patrimonial de la Administración competente, si es de iniciativa privada, bien de aprobación *ex lege*, si es de iniciativa pública e involucra a dos Administraciones, en principio la local y la autonómica (prescripción ésta, que sirve, además, de garantía de la autonomía local)²⁴. A estas reglas se añade la nada despreciable, cara a la

¹⁷ Publicación en la forma y con el contenido que determinen las Leyes y duración mínima idéntica a la requerida en la legislación sobre procedimiento administrativo común (art. 11.1).
¹⁸ El artículo 11.3 determina que las Administraciones públicas competentes deben impulsar la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, así como del anuncio de su sometimiento a información pública.
¹⁹ El artículo 11.2 establece que en los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística, la documentación expuesta al público deberá incluir un resumen ejecutivo expresivo de los siguientes extremos: a) delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración; y b) en su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión.
²⁰ Conforme al artículo 15.1, los instrumentos de ordenación territorial y urbanística quedan sometidos a evaluación ambiental, así como también los proyectos de ejecución cuando así lo prevea la correspondiente legislación.
²¹ Según el artículo 15.2, el informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización debe incluir un mapa de riesgos naturales.
²² A tenor del artículo 15.4, los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización deben incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que ha de ponderarse, en particular, el impacto de la actuación en las Haciendas públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.
²³ En el procedimiento de aprobación de instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización y, en todo caso, en la fase de consultas sobre tales instrumentos, han de recabarse, como mínimo, los siguientes informes, a los que se califica de determinantes para el contenido de la memoria ambiental (la cual sólo puede disintir de ellos de forma expresamente motivada): a) de la Administración del agua sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico; b) de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre; c) los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afección y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio.
²⁴ El artículo 11.4 y 5 determina:
– El deber de indemnizar a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes (salvo en los casos en que deban entenderse aprobadas o resueltas favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable), cuando la le-

de los patrimonios públicos de suelo obtenidos en virtud de la recuperación de plusvalías a la regulación del precio del suelo, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública y facilitar la ejecución de la ordenación territorial y urbanística, debiendo destinarse los bienes que los integren a la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública, así como, en su caso, a otros usos de interés social²⁵; ii) la introducción de las técnicas de la venta y la sustitución forzosas del propietario para hacer efectivo el destino de suelo urbanizado, conforme a su función social (con la garantía al propietario del mínimo del 50% del valor de su suelo)²⁶; y iii) finalmente, pero no en último lugar, la regulación completa y en términos atractivos del derecho de superficie (con un periodo de vida de hasta 99 años)²⁷. A lo que debe sumarse, en el contexto del estatuto del ciudadano cualificado propietario, la clarificación y actualización de las garantías de la reversión y la retasación²⁸.

La efectividad del estatuto de la ciudadanía depende de la acción de los poderes públicos y la anterior es sólo una de las manifestaciones de tal imbricación. De ahí la fijación, desde la óptica del régimen del suelo, de criterios básicos de la referida acción, articulados como deberes de las instancias competentes²⁹:

1º. La atribución en la ordenación territorial y urbanística de un destino que, o bien comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impidiendo la especulación con él; o bien implique (en el caso del resto del suelo rural) la preservación del proceso de urbanización.

Lo que significa: la vinculación del suelo a su transformación urbanística únicamente para satisfacer necesidades reales, preservando el resto de la urbanización.

2º. El destino de suelo adecuado y suficiente a los usos pertinentes (productivos y residenciales, en especial y en la proporción debida de la vivienda sujeto a régimen adecuado para hacer efectivo el derecho a ella), ordenando tales usos con arreglo a los principios de accesibilidad universal, igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, movilidad, eficiencia energética, garantía de suministro de agua, prevención de riesgos naturales y accidentes graves, prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente. Pero igualmente el acompañamiento de estos criterios con reglas dirigidas a garantizar el recto ejercicio (participado por la ciudadanía) de las potestades de planeamiento o planificación y ejecución, especialmente en su función de ordenación y arreglo del desarrollo urbano, i) asegurando la celebración de la información

realizar el 30% de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización. Este mínimo puede, sin embargo, ser excepcionado —a la baja— por la legislación de ordenación territorial y urbanística para determinados Municipios o actuaciones de nueva urbanización, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.

²⁵ Artículos 33 y 34.
²⁶ Artículos 31 y 32.
²⁷ Artículos 35 y 36.
²⁸ Artículo 29.
²⁹ Artículo 10.

nación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, la cual debe incluir obligatoriamente, a su vez, i) los excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural; ii) los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística o por los valores en ellos concurrentes (incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos); iii) los que padezcan riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves; y iv) cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.

Aunque como es lógico la determinación del destino urbanístico de los terrenos es cuestión de la ordenación territorial y urbanística, la diferenciación de las apuntadas situaciones permite:

a) Sentar el principio de que las determinaciones de edificabilidad de los instrumentos de la ordenación territorial y urbanística pertenecen al Derecho objetivo (expresan lo que éste simplemente permite, prohíbe u ordena), de modo que, por sí misma, la mera previsión de la edificabilidad no integra ésta en el contenido de las concretas situaciones subjetivas dominicales²⁸. De este principio deriva la consecuencia decisiva de que la integración de tal contenido requiere la conversión de lo ordenado o permitido en elemento patrimonializado de las referidas situaciones, con cumplimiento de los deberes y levantamiento de las cargas correspondientes. O dicho de otro modo: exige la transformación de la edificabilidad en edificación (en su caso, previa urbanización). Pues sólo lo real (por realizado), en modo alguno lo meramente virtual (aunque previsto y ordenado) o posible (por permitido), última una situación subjetiva perfecta²⁹. b) Articular las condiciones básicas de igualdad del estatuto de la propiedad de todo el suelo con las bases del régimen objetivo del suelo que esté en la única situación —la rural— en la que son precisas por imperativo medioambiental; bases, que no van más allá de las ya tradicionales, pero aseguran en todo caso el sometimiento de la utilización del suelo con valores objeto de protección a la preservación de éstos³⁰. En todo caso

pendiente actuación de urbanización y cualquier otro que no reúna los requisitos para ser subsumido en la situación de suelo urbanizado.

²⁸ Artículo 7.2.

²⁹ De ahí que el inciso final del artículo 7.2 disponga que la patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de las cargas propias del régimen que corresponda.

³⁰ Conforme al artículo 13, en efecto, el régimen de la utilización del suelo rural, es el siguiente:

a) Deben usarse y disfrutarse de conformidad con su naturaleza y dedicarse, dentro de los límites que dispongan las Leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales. Sin embargo, con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, pueden legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural. b) Se prohíben las parcelaciones urbanísticas de los terrenos, salvo los terrenos que hayan sido incluidos en el ámbito de una actuación de urbanización en la forma que determine la legislación de ordenación territorial y urbanística. No obstante, desde la inclusión en el ámbito de una actuación de urbanización, únicamente pueden realizarse: i) con carácter excepcional, usos y obras de carácter provisional que se autoricen por no estar expresamente prohibidos por la legislación territorial y urbanística o la sectorial; usos y obras que deben cesar y, en todo caso, ser demolidas las obras, sin derecho a indemnización alguna, cuando así lo acuerde la Administración urbanística (la eficacia de las autorizaciones correspondientes, bajo las indicadas condiciones —expresamente aceptadas por sus destinatarios— han de

transparencia y, por tanto, a la lucha contra la corrupción, de obligar a las Administraciones competentes a elaborar y debatir y aprobar por el órgano colegiado de gobierno que corresponda, con la periodicidad que al efecto se fije y para su puesta a disposición del público, de un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia²⁵.

IV. LA DIFERENCIACIÓN DEL RÉGIMEN BÁSICO DEL SUELO Y DE LAS ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN

La interrelación entre estatuto de la ciudadanía y criterios-deberes de la acción de los poderes públicos sólo puede tener lugar en el contexto de un determinado régimen del suelo, que es abordado con el obligado carácter básico. Tal régimen se construye por entero, al efecto de la función ordinal básica que ha de cumplir la Ley, sobre la novedosa distinción a-urbanística (al no prejuzgar la política urbanística, ni, por tanto, la clasificación del suelo, caso de que exista) de dos situaciones objetivas en las que se entiende que se encuentra todo el suelo (se insiste: antes, al margen y en todo caso con independencia o sin perjuicio de su clasificación urbanística): la de suelo rural y la de suelo urbanizado. Esta última deriva de un dato de la realidad: la integración de los terrenos de que se trate, de forma legal y efectiva, en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población²⁶. Por ello, la de suelo rural comprende: primero y en negativo, todos los terrenos en los que no se cumpla aquel dato, incluso si está prevista o permitida su transformación y mientras ésta no concluya colocando los terrenos en la anterior situación en la de suelo urbanizado (esto último es la lógica consecuencia de la diferenciación entre ordenación-policía y ordenación-actuación-urbanizadora, pues ésta no altera por sí misma el régimen urbanístico objetivo de la propiedad del suelo)²⁷; y segundo, como mínimo y en positivo, los que estén preservados por la orde-

glación abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística.

— El efecto legal (en el plazo que determine la legislación urbanística) de aprobación definitiva de los instrumentos de ordenación urbanística y cuando el correspondiente procedimiento se haya iniciado de oficio por la Administración competente y sea a un órgano de otra Administración al que corresponda pronunciarse sobre aquella aprobación definitiva.

²⁵ De acuerdo con el artículo 15.5, las Administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución deben elevar al órgano que corresponda de entre sus órganos colegiados de gobierno, con la periodicidad mínima que fije la legislación en la materia, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia, que ha de considerar al menos la sostenibilidad ambiental y económica. Este informe es obligatorio, cuando los Municipios deban contar con Junta de Gobierno Local y también cuando así lo disponga la legislación en la materia. Cuando cumpla los requisitos para ello, el informe puede surtir los efectos propios del seguimiento de los efectos ambientales de los planes y programas.

²⁶ Se encuentra legalmente en esta situación, en efecto, el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población, entendiéndose que así ocurre cuando las parcelas —estén o no edificadas— cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellas sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento. Al establecer las dotaciones y los servicios pertinentes, la legislación urbanística puede considerar las peculiaridades de los núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural (art. 12.3).

²⁷ En los términos del artículo 12.2, b): el suelo para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, hasta que termine la corres-

Las anteriores facultades incluyen las siguientes: 1ª) la de realizar instalaciones y construcciones necesarias para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza que, estando expresamente permitidas, no tengan el carácter legal de edificación (hay aquí una remisión implícita al artículo 2.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación³³); 2ª) la de edificar sobre unidad apta para ello³⁴ y en el tiempo y las condiciones requeridas por la ordenación aplicable³⁵, cuando ésta atribuya a la referida unidad edificabilidad para uso o usos determinados y se cumplan los demás requisitos legalmente establecidos; y 3ª) la de participar en la ejecución de actuaciones de urbanización en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados³⁶. En caso de que la Administración pública impida el ejercicio de esta última facultad o altere sus condiciones debe indemnizar al propietario por el importe de su valor³⁷, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

- Los terrenos correspondientes hayan sido incluidos en una actuación de urbanización y se den los requisitos exigidos para iniciar ésta o para expropiar el suelo correspondiente, de conformidad con la legislación en la materia.
- La disposición, el acto o el hecho administrativos de que se trate impida el ejercicio de la facultad o altere las condiciones de su ejercicio modificando los usos del suelo o reduciendo su edificabilidad.
- No exista incumplimiento de los deberes inherentes al ejercicio de la facultad.

En el expresado supuesto, el valor de la facultad se cifra en el resultado de aplicar el mismo porcentaje que fije la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para la participación de la comunidad en las plusvalías.

c) Efectuar un tratamiento independiente del régimen básico de las actuaciones de transformación urbanística, sin perjuicio de su conexión con las condiciones básicas del estatuto de la propiedad a través del reconocimiento a los propietarios (en tanto que titulares, también,

³³ Conforme a este precepto legal:

“Tendrán la consideración de edificación a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, y requerirán un proyecto según lo establecido en el artículo 4, las siguientes obras:

- a) Obras de edificación de nueva construcción, excepto aquellas construcciones de escasa entidad constructiva y sencillez técnica que no tengan, de forma eventual o permanente, carácter residencial ni público y se desarrollen en una sola planta.
- b) Obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que alteren la configuración arquitectónica de los edificios, entendiéndose por tales las que tengan carácter de intervención total o las parciales que produzcan una variación esencial de la composición general exterior, la volumetría, o el conjunto del sistema estructural, o tengan por objeto cambiar los usos característicos del edificio.
- c) Obras que tengan el carácter de intervención total en edificaciones catalogadas o que dispongan de algún tipo de protección de carácter ambiental o histórico-artístico, regulada a través de norma legal o documento urbanístico y aquellas otras de carácter parcial que afecten a los elementos o partes objeto de protección”.

³⁴ De acuerdo con el artículo 6, c), se entiende por unidad apta para la edificación aquella que reúne las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente.

³⁵ Esto último, en virtud de la remisión a lo dispuesto en el artículo 6, c).

³⁶ Para ejercer esta facultad o para ratificarse en ella, de haberla ya ejercido antes, el propietario debe disponer de un plazo —nunca menor de un mes, ni contado desde momento anterior a aquél en que pueda conocer las cargas de la actuación y los criterios de su distribución— que ha de fijar la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

³⁷ Artículo 24.

las referidas condiciones básicas comportan que, dejando ahora de lado los deberes³¹, las facultades del propietario sean con carácter general las de:³² i) uso, disfrute y explotación del suelo conforme a su estado, clasificación, características objetivas y destino en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien; y ii) disposición, siempre que el ejercicio de esta facultad no infrinja el régimen de formación de fincas y parcelas y de relación entre ellas establecido en el artículo 17.

quedar supeditadas a su constancia en el Registro de la Propiedad de conformidad con la legislación hipotecaria); y ii) obras de urbanización, cuando concurren los requisitos para ello exigidos en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, así como las de construcción o edificación que ésta permita realizar simultáneamente a la urbanización.

c) No obstante lo dicho en las letras a) y b) anteriores, la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, queda siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprende únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice. Sólo puede alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada (la alteración debe someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 ha de ser previa a la remisión de la propuesta de descalificación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descalificación). Es esta última una prescripción novedosa e importante. El cumplimiento de las reglas anteriores no exime en ningún caso de las normas adicionales de protección que establezca la legislación aplicable.

³¹ Conforme al artículo 9, los deberes y las cargas (generales, cualquiera que sea la situación del suelo) son los siguientes: i) de dedicación del suelo a usos no incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; ii) de conservación del suelo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legales; y iii) de realización de los trabajos de mejora y rehabilitación hasta el límite del deber de conservación.

En el suelo urbanizado, el deber de uso supone el de edificar en plazo. En el suelo rural o vacante de edificación, el deber de conservación supone el mantenimiento (comprendida la masa vegetal que pueda existir) en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud pública, daño o perjuicio a terceros o al interés general (incluido el ambiental), así como tanto prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las emisiones contaminantes inadecuadas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas, como mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo.

El ejercicio (en suelo rural no sujeto a actuación de urbanización) de las facultades de realización de instalaciones y construcciones precisas para el uso y disfrute del suelo conforme a su naturaleza, así como, en su caso, de la de edificación sobre unidad apta para ello comporta, además, los deberes siguientes: i) el costeamiento y la ejecución de las obras y los trabajos de conservación o restauración del estado exigible del suelo y su masa vegetal; ii) la satisfacción de la prestación patrimonial que esté establecida para la legitimación de los usos privados no ligados a la explotación primaria; y iii) el costeamiento y, en su caso, la ejecución y entrega (para su incorporación, cuando proceda, al dominio público) de las infraestructuras de conexión la instalación, la construcción o la edificación a con las redes generales de servicios.

El ejercicio, a su vez de la facultad de participación en actuaciones de urbanización comporta: i) la asunción, como carga real, de la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas y en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística; y ii) la permisón de la ocupación de los bienes necesarios para la realización de las correspondientes obras al responsable de la ejecución de la actuación.

³² Artículo 8.

2. Las actuaciones de dotación: las que tienen por objeto incrementar las dotaciones públicas de un ámbito de suelo urbanizado para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito y no requieren la reforma o renovación integral de la urbanización de éste.

Las actuaciones de transformación urbanística comportan, en todo caso y según su naturaleza y alcance, los deberes legales siguientes⁴¹:

a) Entrega a la Administración competente, además del suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención⁴²; del suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística (con destino a patrimonio público de suelo)⁴³.

b) Costeamiento y, en su caso, ejecución de todas las obras de urbanización previstas en la actuación correspondiente, así como de las infraestructuras de conexión con las redes generales de servicios y las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación que ésta demande por su dimensión y características específicas, sin perjuicio del derecho al reintegro de los gastos de instalación de las redes de servicios con cargo a sus empresas prestadoras, en los términos establecidos en la legislación aplicable⁴⁴.

c) Entrega a la Administración competente, junto con el suelo correspondiente, las obras e infraestructuras a que acaba de hacerse alusión y que deban formar parte del dominio público como soporte inmueble de las instalaciones propias de cualesquiera redes de dotaciones y servicios, así como también dichas instalaciones cuando estén destinadas a la prestación de servicios de titularidad pública.

d) Garantía del realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación aplicable.

⁴¹ Artículo 16.

⁴² En las actuaciones de dotación, la entrega del suelo puede ser sustituida por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

⁴³ En las actuaciones de dotación, este porcentaje (que, con carácter general, no puede ser inferior al 5% ni superior al 15%) se entiende referido al incremento de la edificabilidad media ponderada atribuida a los terrenos incluidos en la actuación.

La legislación sobre ordenación territorial y urbanística puede: i) permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20% en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior, respectivamente, al medio en los restantes de su misma categoría de suelo; y ii) determinar los casos y condiciones en que quepa sustituir la entrega del suelo por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda cumplirse con suelo destinado a vivienda sometida a algún régimen de protección pública en virtud de la reserva prevista en el artículo 10.

⁴⁴ Entre las obras e infraestructuras a que se alude en el texto, se entienden incluidas las de potabilización, suministro y depuración de agua que se requieran conforme a su legislación reguladora, pudiendo la legislación sobre ordenación territorial y urbanística incluir asimismo las infraestructuras de transporte público que se requieran para una movilidad sostenible.

de la libertad de empresa) de la aludida facultad de participar en tales actuaciones. Lo que lleva al giro decisivo de que los derechos y deberes hasta ahora erróneamente conceptualizados de la propiedad del suelo pasan a ser los básicos del régimen de las actuaciones de urbanización.

Desde la condición básica del estatuto del ciudadano se impone así a la legislación sobre ordenación territorial y urbanística³⁸ la regulación del derecho de iniciativa para la actividad de ejecución de la urbanización, en ejercicio del derecho de libre empresa y para la habilitación pertinente —cuando la actividad no deba o vaya a ser realizada por la Administración— mediante procedimiento con publicidad y concurrencia y con criterios que salvaguarden una adecuada participación de la comunidad en las plusvalías derivadas de las actuaciones urbanísticas en las condiciones dispuestas por la legislación aplicable (sin perjuicio de las peculiaridades o excepciones que la legislación autonómica prevea a favor de la iniciativa de los propietarios)³⁹.

Se entiende en todo caso por actuaciones de transformación urbanística⁴⁰:

1. Las actuaciones de urbanización, que incluyen:

1.1. Las de nueva urbanización: las que conducen al paso de un ámbito de suelo de la situación de suelo rural a la de urbanizado para crear, junto con las correspondientes infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de los servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística.

1.2. Las que tienen por objeto reformar o renovar la urbanización de un ámbito de suelo urbanizado.

³⁸ Artículo 6, a).

³⁹ Al titular del derecho de iniciativa comentado en el texto se le atribuye, además y conforme al artículo 6, c), el derecho de consulta a las Administraciones competentes sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras a realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística debe fijar el plazo máximo de contestación de la consulta, que no puede exceder de tres meses, salvo que una norma con rango de Ley establezca uno mayor, así como los efectos que se sigan de ella. En todo caso, la alteración de los criterios y las previsiones facilitados en la contestación, dentro del plazo en el que ésta surta efectos, puede llegar a dar derecho a la indemnización de los gastos en que se haya incurrido por la elaboración de proyectos necesarios que resulten inútiles, en los términos del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

⁴⁰ Artículo 14.

Como precisa el número 2 de este artículo (a los solos efectos de lo dispuesto en el marco legal estatal), las actuaciones de urbanización se entienden iniciadas en el momento en que, una vez aprobados y eficaces todos los instrumentos de ordenación y ejecución que requiera la legislación sobre ordenación territorial y urbanística para legitimar las obras de urbanización, empiece la ejecución material de éstas. La iniciación se presume de existir acta administrativa o notarial dando fe del comienzo de las obras. La caducidad de cualquiera de los instrumentos mencionados restituye, a los efectos siempre de la legislación estatal, el suelo a la situación en que se hallaba al inicio de la actuación. La terminación de las actuaciones de urbanización se produce en el momento de conclusión de las obras urbanizadoras de conformidad con los instrumentos que las legitiman, habiéndose cumplido los deberes y levantado las cargas correspondientes. La terminación se presume a la recepción de las obras por la Administración o, en su defecto, al término del plazo en que hubiera debido haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras.

de la asignación de edificabilidades y usos por la ordenación territorial o urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados.

En la situación de suelo urbanizado, se distingue entre⁴⁵:

- Suelo que no está edificado o en el que la edificación existente o en curso de ejecución es ilegal o se encuentra en situación de ruina física. En este caso, i) ha de tomarse como referencia el uso y la edificabilidad atribuidos a la parcela por la ordenación urbanística (incluido en su caso el de vivienda sujeta a algún régimen de protección que permita tasar su precio máximo en venta o alquiler⁴⁶; ii) aplicar a dicha edificabilidad el valor de repercusión del suelo según el uso correspondiente (determinado por el método residual estático); y iii) descontar de la cantidad resultante, en su caso, el valor de los deberes y cargas pendientes para poder realizar la edificabilidad prevista.

– Suelo edificado o en curso de edificación.

En este caso el valor de la tasación es el superior de los siguientes: a) el determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente (que se ajuste a la legalidad), por el método de comparación y aplicado exclusivamente a los usos de la edificación existente o la construcción ya realizada; o b) el determinado por el método residual estático, aplicado exclusivamente al suelo, sin consideración de la edificación existente o la construcción ya realizada.

- Suelo urbanizado sometido a actuaciones de reforma o renovación de la urbanización:

En este supuesto, la aplicación del método residual estático debe considerar los usos y edificabilidades atribuidos por la ordenación en su situación de origen.

3°. El establecimiento de un régimen de valoración propio para la incidencia (por expropiación o por ejercicio de la potestad de planeamiento) en actuaciones de urbanización o edificación⁴⁶, con diferenciación de las situaciones siguientes:

a) Actuaciones de iniciativa y promoción particulares (cualquiera que sea su estado, aún si no han sido iniciadas).

Cuando, en esta situación, devengan inútiles por efecto de una disposición, un acto o un hecho administrativos, los correspondientes gastos y costes en que se haya incurrido deben ser indemnizados por su importe incrementado por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo: Se trata de los gastos siguientes:

- Los de elaboración del proyecto o proyectos técnicos de los instrumentos de ordenación y ejecución necesarios, conforme a la legislación de la ordenación territorial y urbanística, para legitimar una actuación de urbanización, de edificación, o de conservación o rehabilitación de la edificación.
- Los de las obras acometidas y los de financiación, gestión y promoción precisos para la ejecución de la actuación.
- Las indemnizaciones pagadas.

deración ha de ser justificada en el correspondiente expediente de valoración, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente se establezcan.

⁴⁵ Artículo 23.

⁴⁶ Si los terrenos no tienen asignada edificabilidad o uso privado, se les ha de atribuir la edificabilidad media y el uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo en que por usos y tipologías los haya incluido la ordenación urbanística.

⁵⁰ Artículo 25.

e) Indemnización de los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban ser demolidas y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

Los terrenos incluidos en el ámbito de estas actuaciones y los adscritos a ellas quedan afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes que acaban de ser enumerados, los cuales se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización o, en su defecto, al término del plazo en que hubiera debido haberse producido la recepción desde la solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras, sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de la liquidación de las cuentas definitivas de la actuación.

Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de una actuación celebre con la Administración correspondiente, no pueden establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas es nula de pleno Derecho.

V. LA “TRADUCCIÓN” EN UN NUEVO SISTEMA DE VALORACIÓN

Toda la anterior construcción permite afrontar de manera novedosa y consecuente, pero prudente y ponderada, la capital cuestión de la valoración de los derechos e intereses legítimos en cada momento existentes en caso de expropiación o de incidencia del poder público determinante de responsabilidad patrimonial. Pues la combinación de la doble diferenciación de las situaciones del suelo y de los regímenes de la propiedad y de las actuaciones de transformación urbanística, sumada al principio clave de la no patrimonialización *ex ante* de la edificabilidad, conduce a:

1°. La reafirmación de la universalidad del régimen de valoraciones, que pasa a regir ahora por igual no ya, como siempre, en la expropiación, sino también en la venta o sustitución forzosa y, sobre todo, en los procesos de equitativa distribución de beneficios y cargas en el curso de la ejecución de los planes y en la responsabilidad patrimonial⁴⁷. Se consigue así la plena efectividad del sistema constitucional de garantía de la integridad patrimonial de los ciudadanos.

2°. El ajuste de los criterios de valoración del suelo al régimen básico de la propiedad. En la situación de suelo rural⁴⁸, suelo y edificación se tasan en principio por separado y mediante la capitalización de la renta anual real o potencial (la que sea superior) de la explotación según su estado⁴⁹ o aplicando el método de coste de reposición (considerando el estado y la antigüedad), respectivamente. En ninguno caso pueden considerarse expectativas derivadas

⁴⁵ Artículo 20.

⁴⁶ Artículo 22.

⁴⁷ La renta potencial se calcula atendiendo al rendimiento del uso, disfrute o explotación de que sean susceptibles los terrenos conforme a la legislación que les sea aplicable, utilizando los medios técnicos normales para su producción. Incluye, en su caso, como ingresos las subvenciones que, con carácter estable, se otorguen a los cultivos y aprovechamientos considerados para su cálculo y de ella se descuentan los costes necesarios para la explotación considerada.

El valor del suelo rural obtenido puede ser corregido al alza hasta un máximo del doble en función de factores objetivos de localización, como la accesibilidad a núcleos de población o a centros de actividad económica o la ubicación en entornos de singular valor ambiental o paisajístico, cuya aplicación y pon-

b) Actuaciones de urbanización en curso de ejecución. Una vez iniciadas, las actuaciones de urbanización deben valorarse bien conforme al criterio anterior, bien en proporción al grado alcanzado en su ejecución (lo que resulte superior), siempre que ésta se desarrolle de conformidad con los instrumentos que la legitimen y no se hayan incumplido los plazos en ellos establecidos.

Para la valoración por el grado de ejecución, debe asignarse a éste un valor entre 0 y 1 y multiplicarlo:

- Por la diferencia entre el valor del suelo en su situación de origen y el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, cuando la disposición, el acto o hecho que motiva la valoración impida su terminación.
- Por la merma provocada en el valor que correspondería al suelo si estuviera terminada la actuación, cuando sólo se alteren las condiciones de su ejecución, sin impedir su terminación.

La indemnización así obtenida nunca puede ser inferior a la establecida conforme a la letra anterior y ha de distribuirse proporcionalmente entre los adjudicatarios de parcelas resultantes de la actuación. De no retribuirse al promotor de la actuación mediante adjudicación de parcelas resultantes, su indemnización debe descontarse de la de los propietarios y calcularse aplicando la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo a la parte dejada de percibir de la retribución establecida. Los propietarios del suelo que no estuvieran al día en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, únicamente pueden ser indemnizados por los gastos y costes habidos y en el importe efectivamente incurrido.

INTRODUCCIÓN

Hablar de desarrollo urbanístico e impacto ambiental supone que hemos asumido la influencia del primero sobre el segundo. También indica que el primero puede estar condicionado por el segundo. Incluso podemos pensar que se oponen dos concepciones sobre el modo de entender nuestra presencia sobre el planeta: los desarrollistas y los conservacionistas. En este último aspecto, como no podía ser menos tratándose de actitudes humanas, existen radicales en ambos bandos.

Pero también podemos hacer un análisis jurídico distinto del título de esta reflexión. Análisis jurídico que pasa por el estudio de las leyes aplicables a la materia esencial para que se produzca el desarrollo urbanístico y sobre la que versa el estudio sobre los impactos ambientales. Me estoy refiriendo al suelo, territorio, paisaje, en definitiva nuestro hábitat.

El escenario físico donde convergen las iniciativas económicas que permiten el desarrollo humano, entre las que se encuentran las urbanísticas, y los estudios que quieren que el escenario siga sirviendo como soporte de nuestra actividad humana, empezando por la más básica que es la supervivencia, es el territorio físico.

Sobre el territorio físico ha aparecido una ley esencial en nuestro sistema jurídico, la Ley 8/2007, que aunque pretende ser una ley de suelo tiene calado mucho más profundo. Esta ley sirve de tronco del que salen ramas legales, unas estatales, otras derivadas de la actividad legislativa a las Comunidades Autónomas, pero que en el fondo tienen la misma fuente de alimentación o raíz: determinar el uso racional del suelo estableciendo una regulación de la propiedad inmobiliaria. Regulación que alcanza aspectos que se vinculan a la propiedad del suelo, y aspectos que se vinculan al derecho de no propietario a disfrutar de ese suelo también. Los segundos derivados de los derechos a participar en el desarrollo urbanístico, a estar informados del mismo, y a controlar, en último caso, su finalidad.

Empecemos por el tronco común de este conjunto de normas, el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria.

I. PUNTO DE PARTIDA: EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

1. Configuración constitucional del derecho de propiedad

La Constitución, tras enunciar y reconocer "el derecho a la propiedad privada y a la herencia" en el apartado 1.º del art. 33, establece, en el apartado 2.º, que "la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes", y garantiza, en el 3.º, que "nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes".

A partir de esta definición el Tribunal Constitucional afirma que este derecho es "reconocido desde la vertiente institucional y desde la vertiente individual, siendo, desde este último punto de vista, un derecho subjetivo que cede para convertirse en un equivalente económico, cuando el bien de la comunidad... legitima la expropiación" (STC 111/1983, FJ 8.º).

Con otras palabras, no se recoge en la Constitución de 1978 aquella concepción decimonónica de la propiedad (plasmada, entre nosotros, por los arts. 348 y 350 del Código Civil), sino otra conformada "como un haz de facultades sobre las cosas, pero también, y al mismo

Urbanismo y ordenación del territorio. La nueva Ley Estatal del Suelo y su influencia en la actividad de planificación

Joaquín García Bernaldo de Quirós
Magistrado Especialista.

Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Málaga, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho"; y, en el caso de la propiedad del suelo, en que las vinculaciones que eventualmente se imponga a los propietarios "no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios" (STC 170/1989, FJ 8.º).

El corolario de esta construcción doctrinal está representado por la STS de 20 de enero de 1999, relativa a la declaración de determinados terrenos como comprendidos en el Parque Natural de Monfragüe y, por tanto, sujetos a su régimen específico de protección, del que se sigue la restricción de derechos de caza tradicionalmente consolidados en aquéllos. El juzgador estima que se ha rebasado el límite entre la privación de derechos patrimoniales y la simple incidencia o delimitación legal de los mismos —recordando la antecitada doctrina constitucional— y reconoce a los propietarios de los terrenos afectados por la declaración el derecho a ser indemnizados por el menoscabo patrimonial acreditado.

En este momento debemos recordar que el modelo sustancial o material de estatuto jurídico de la propiedad del suelo diseñado en la legislación estatal de 1990-1992 enjuiciada por la STC 61/1997, de 20 de marzo, como tal, ni ha sido cuestionado ni tampoco objeto de reproches, ni siquiera velados, por el Tribunal Constitucional. Es decir, éste ni plantea la duda acerca de la validez de un modelo "intervencionista", por así decir, en los términos culminados con la LRRU y el TRLS-1992. Incluso, hay momentos en que desvela una cierta actitud de expreso respaldo hacia el mismo al considerarlo derivado de las exigencias ex art. 47 CE para todos los poderes públicos, y congruente con ellas [FF JJ 14.º c), 17.º f), etc.].

Pero el problema es que el competente para diseñar ese modelo "acabado" no es el legislador estatal sino el autonómico y por eso pueden surgir modelos autonómicos "divergentes" e incluso "desproporcionados" (sic) que la STC 61/1997 [FJ 7.º a)] admite que se desarrollen en el marco de la legislación estatal.

Todo ello es relevante porque la inequívoca configuración estatutaria presente en la legislación autonómica preexistente o sobrevenida, no ya sólo con establecimiento de deberes sobre los propietarios, sino con la exigencia de cumplirlos en determinados plazos y el riesgo de padecer después diversas medidas de reacción ante el incumplimiento, resulta, así, de entrada, perfectamente respaldada, en su concepción global misma, por esta doctrina constitucional.

3. El estatuto de la propiedad en la jurisprudencia

Los principales pronunciamientos jurisprudenciales se pueden resumir en los siguientes:

1. Los Planes urbanísticos establecen una determinada ordenación en atención a lo que el interés público reclama, pero a la vez esta ordenación delimita el contenido normal del derecho de propiedad —arts. 76 y 87.1—. La clasificación y la calificación de los terrenos implican la atribución de una determinada calidad del suelo que opera como presupuesto desencadenante de la aplicación del estatuto jurídico correspondiente. Este carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, y siendo plenamente lícita la modificación del planeamiento, tal modificación no debe dar lugar por regla general a indemnización, dado que las facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación urbanística vigente (S.TS. 16 noviembre 1987) (S.TS. 27 noviembre 1987).

tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir" (STC 37/1987, FJ 2.º). Ello es así porque "la propiedad privada, en su doble dimensión como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el art. 348 del Código Civil... Por el contrario, la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación y como institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos..., flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae".

2. Proyección del concepto constitucional de propiedad sobre la propiedad inmobiliaria

La propiedad inmobiliaria en particular, se ha visto afectada con la mayor intensidad por esa transformación "en lo que concierne a la restricción o modalización de las facultades dominicales e imposición de deberes positivos al titular tanto respecto de la propiedad que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como (respecto) de la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas" (STC 37/1987, FJ 2.º).

Aparece, en consecuencia, la fundamentación jurídico-constitucional por la cual es hoy posible que, a través de la ordenación urbanística, se delimite, en ocasiones de forma esencial, el ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad sobre las diferentes clases en que se divide el suelo de un Municipio.

Sin embargo, otra cuestión queda pendiente, la de cómo compaginar esa posibilidad de proceder a tal delimitación mediante las Ordenanzas y Normas urbanísticas integradas en los correspondientes Planes, al ser éstas de naturaleza puramente reglamentaria, no legal.

Pues bien, el propio art. 33.2 CE flexibiliza la reserva de ley en lo que concierne a la delimitación del contenido de la propiedad privada en virtud de su función social, "que debe ciertamente regularse por la ley, pero también por la Administración de acuerdo con las leyes cuando éstas recaben la colaboración reglamentaria de aquélla... para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es el caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hacen susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que, como regla general, sólo por vía reglamentaria pueden establecerse" (STC 37/1987, FJ 3.º).

Naturalmente, existen límites para no anular la utilidad meramente individual del derecho de propiedad; se concretan "en no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulten reconocibles en cada

9. Como ya dijo este Tribunal Supremo (SS. 23 mayo 1989, 9 julio y 23 octubre 1991) son precisamente los Planes los que configuran el derecho de propiedad sobre el suelo, y en contra de la potestad planificadora de la Administración, no vinculada por ordenamientos anteriores, no cabe esgrimir un derecho al mantenimiento de una situación precedente, sin perjuicio de que en ciertos casos puedan esgrimirse determinadas indemnizaciones, tal como se desprende de la interrelación existente entre los arts. 58, 76 y 87 de la LS. (S. TS. 7 noviembre 1991).
10. El art. 87.1 LS. sienta un principio general de no indemnización por la ordenación del uso de los terrenos, por implicar ello meras limitaciones y deberes que definen y configuran el contenido normal del derecho de propiedad según su calificación urbanística. En el suelo urbano y en el urbanizable se incorporan al derecho de propiedad contenidos urbanísticos artificiales que no están en la naturaleza y que son producto de la ordenación urbanística. Este derecho derivado del destino urbanístico del suelo, previsto en el Plan, sólo se patrimonializa cuando el propietario, cumpliendo sus deberes, ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio. Por ello sólo cuando el Plan ha llegado a la fase final de realización se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos previstos en la ordenación y sólo, por tanto, entonces la modificación del planeamiento implica lesión de un derecho adquirido, procediendo la indemnización prevista en el art. 87.2 LS., cuyo contenido debe fijarse en congruencia con los contenidos de los derechos de que se ha visto privado el propietario (S. TS. 5 febrero 1992).

Como vemos la figura del Plan urbanístico se configura como la pieza esencial en la construcción jurídica del estatuto de la propiedad inmobiliaria. Por eso debemos dedicar unas líneas a su importancia y a su expansión normativa.

II. INTENTO ESTATAL DE HOMOGENEIZACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: LA LEY 8/2007

El legislador estatal ha creído necesario establecer las bases comunes que deben regir el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria en todo el territorio nacional. Para ello no sólo regula en materia de su competencia, sino que describe las influencias de otras normas, no necesariamente de origen estatal, con incidencia en este estatuto.

Veamos su intención de acuerdo con lo descrito en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007 y su articulado.

1. Marco Competencial

Para la Exposición de Motivos de la Ley, la Constitución de 1978 establece un nuevo marco de referencia para la materia, tanto en lo dogmático como en lo organizativo. La Constitución se ocupa de la regulación de los usos del suelo en su artículo 47, a propósito de la efectividad del derecho a la vivienda y dentro del bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47, de donde cabe inferir que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario necesario de aquéllas al servicio de la calidad de vida.

2. El planeamiento viene a delimitar el contenido del derecho de propiedad; quiere decirse que el contenido concreto respecto de cada parcela no queda definido de una vez para siempre, sino que está sujeto al "ius variandi" propio del planeamiento (S.TS. 23 Septiembre 1988).
3. La clasificación y la calificación del suelo implican la atribución de una determinada calidad que opera como presupuesto desencadenante de la aplicación del estatuto jurídico correspondiente. Este carácter estatutario del derecho de propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, siendo así, lícita la modificación de ésta, pues las facultades propias del dominio, en cuanto creación del ordenamiento, serán las concretadas en la ordenación vigente en cada momento (S. TS. 7 noviembre de 1988).
4. La concepción del derecho de propiedad que refleja la Constitución implica que el interés social ha de delimitar o definir su contenido; los Planes son el instrumento técnico material para ello y han de regular el uso del suelo en coherencia con lo que exija el interés general (S.TS. 20 febrero 1989).
5. El carácter estatutario de la propiedad inmobiliaria significa que su contenido será en cada momento el que derive de la ordenación urbanística, sin que, por tanto, tal ordenación confiera a los propietarios un derecho de indemnización. Esta regla encuentra excepción en los supuestos de vinculaciones o limitaciones singulares que llevan consigo una restricción del aprovechamiento que no pueda ser objeto de distribución entre los interesados. Se trata de una modalidad de responsabilidad que se configura por dos elementos: una restricción singular del aprovechamiento y una imposibilidad de su distribución equitativa (S.TS. 20 marzo 1989).
6. La reserva de ley en materia de propiedad ha sido flexibilizada por el art. 33.2 de la Constitución; no sólo la Ley sino también los productos normativos de la Administración y más concretamente los Planes pueden contribuir a determinar el contenido del derecho de propiedad y las facultades urbanísticas que lo integran. Resulta clara la constitucionalidad de que el planeamiento venga a trazar el contenido último del derecho de propiedad en virtud de la remisión del art. 76 LS (art. 2 Ley 8/1990). La ley ha de establecer los criterios básicos y después el planeamiento ha de especificar, con referencia a espacios territoriales concretos, las consecuencias que deriven de aquellos criterios generales (S. TS. 28 noviembre de 1990).
7. El derecho del propietario ante la modificación del planeamiento sólo se patrimonializa cuando el propietario ha cumplido sus deberes y ha contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio; sólo cuando un plan ha llegado a la fase final de realización se adquiere el derecho a los aprovechamientos urbanísticos y por ello la alteración del plan implica lesión y crea indemnización (S.TS. 27 marzo 1991).
8. El art. 87.1 del Texto Refundido de la LS. antigua —la de 1976— ya sienta un principio general de no indemnización por la ordenación del uso de los terrenos, por implicar ello meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal del derecho de propiedad, según su calificación urbanística. El art. 87.3 de la LS. exige dos requisitos para que tenga lugar la indemnización: que la ordenación imponga una vinculación o limitación que sea singular y que no haya posibilidad alguna de distribución equitativa de las cargas entre los afectados (S. TS. 26 junio 1991).

provocado la simplista identificación de tales derechos y deberes con los de la propiedad. Pero los derechos constitucionales afectados son también otros, como el de participación ciudadana en los asuntos públicos, el de libre empresa, el derecho a un medio ambiente adecuado y, sobre todo, el derecho a una vivienda digna y asimismo adecuada, al que la propia Constitución vincula directamente con la regulación de los usos del suelo en su artículo 47. Luego, más allá de regular las condiciones básicas de la igualdad de la propiedad de los terrenos, hay que tener presente que la ciudad es el medio en el que se desenvuelve la vida cívica, y por ende que deben reconocerse asimismo los derechos mínimos de libertad, de participación y de prestación de los ciudadanos en relación con el urbanismo y con su medio tanto rural como urbano. En suma, la Ley se propone garantizar en estas materias las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales de los ciudadanos. "

Esta nueva visión del régimen jurídico de los usos del suelo en relación a la realidad fáctica que es una ciudad, aunque sería más preciso decir la comunidad, hace que aparezcan en la regulación del estatuto jurídico de la propia inmobiliaria los no propietarios de suelo pero usuarios del mismo. Más adelante recuerda la exposición de motivos donde se encuentra este conjunto de derechos y deberes de los ciudadanos no propietarios.

Por último la exposición de motivos renuncia a identificar urbanismo y desarrollo. En efecto afirma que " **la del urbanismo español contemporáneo es una historia desarrollista, volcada sobre todo en la creación de nueva ciudad. Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimizando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, supuesta una clasificación responsable del suelo urbanizable necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente. Y el suelo urbano —la ciudad ya hecha— tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso.**

Esta idea final, resumen de la filosofía de la nueva ley, nos coloca en lo que puede ser la realidad sociológica más reciente sobre el debate acerca del uso del suelo. Se considera sólo como fungible, se habla de recurso natural escaso y no renovable. Se reconoce el valor ambiental del suelo rural, abandonándose felizmente la definición, en negativo, del suelo como no urbanizable. Casi como un suelo residual. Al contrario, se reconoce su valor intrínseco

Pero además, del nuevo orden competencial instaurado por el bloque de la constitucionalidad, según ha sido interpretado por la doctrina del Tribunal Constitucional, resulta que a las Comunidades Autónomas les corresponde diseñar y desarrollar sus propias políticas en materia urbanística. Al Estado le corresponde a su vez ejercer ciertas competencias que incidan sobre la materia, pero debiendo evitar condicionarla en lo posible.

Como vemos la competencia estatal que se invoca para regular el suelo tiene más que ver con el llamado "bloque normativo ambiental" que con el derecho a la propiedad regulado en el artículo 33 el texto constitucional. Es más, considera agotado el ciclo legislativo estatal que se basa en contemplar el suelo y la ordenación urbana como elemento legitimador de la actuación del poder legislativo. Así lo sigue diciendo en la exposición de motivos cuando afirma: "Aunque el legislador estatal se ha adaptado a este orden, no puede decirse todavía que lo haya asumido o interiorizado plenamente. En los últimos años, el Estado ha legislado de una manera un tanto accidentada, en parte forzado por las circunstancias, pues lo ha hecho a caballo de sucesivos fallos constitucionales. Así, desde que en 1992 se promulgara el último Texto Refundido Estatal de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana, se han sucedido seis reformas o innovaciones de diverso calado, además de las dos operaciones de "legislación negativa" en sendas Sentencias Constitucionales, las número 61/1997 y 164/2001. No puede decirse que tan atropellada evolución —ocho innovaciones en doce años— constituya el marco idóneo en el que las Comunidades Autónomas han de ejercer sus propias competencias legislativas sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

Esta situación no puede superarse añadiendo nuevos retoques y correcciones, sino mediante una renovación más profunda plenamente inspirada en los valores y principios constitucionales antes aludidos, sobre los que sienten unas bases comunes en las que la autonomía pueda coexistir con la igualdad. Para ello, se prescinde por primera vez de regular técnicas específicamente urbanísticas, tales como los tipos de planes o las clases de suelo, y se evita el uso de los tecnicismos propios de ellas para no prefigurar, siquiera sea indirectamente, un concreto modelo urbanístico y para facilitar a los ciudadanos la comprensión de este marco común. No es ésta una Ley urbanística, sino una Ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado. Una Ley, por tanto, concebida a partir del deslinde competencial establecido en estas materias por el bloque de la constitucionalidad y que podrá y deberá aplicarse respetando las competencias exclusivas atribuidas a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda y, en particular, sobre patrimonios públicos de suelo. "

Afirma categóricamente que no estamos ante una ley urbanística sino ante una ley que pretende regular el suelo y la igualdad en el ejercicio de derechos constitucionales asociados a él, invocando para este estatuto las competencias de las Comunidades Autónomas.

Para conseguir la primera misión, en palabras del legislador " esta Ley abandona el sesgo con el que, hasta ahora, el legislador estatal venía abordando el estatuto de los derechos subjetivos afectados por el urbanismo. Este reduccionismo es otra de las peculiaridades históricas del urbanismo español que, por razones que no es preciso aquí desarrollar, reservó a la propiedad del suelo el derecho exclusivo de iniciativa privada en la actividad de urbanización. Una tradición que ha pesado sin duda, desde que el bloque de constitucionalidad reserva al Estado el importante título competencial para regular las condiciones básicas de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, pues ha

de evaluación y seguimiento, con el objeto de integrar en él la consideración de los recursos e infraestructuras más importantes. Esta integración favorecerá, a un tiempo, la utilidad de los procesos de que se trata y la celeridad de los procedimientos en los que se insertan.

Mención aparte merece la reserva de suelo residencial para la vivienda protegida porque, como ya se ha recordado, es la propia Constitución la que vincula la ordenación de los usos del suelo con la efectividad del derecho a la vivienda. A la vista de la senda extraordinariamente prolongada e intensa de expansión de nuestros mercados inmobiliarios, y en particular del residencial, parece hoy razonable encajar en el concepto material de las bases de la ordenación de la economía la garantía de una oferta mínima de suelo para vivienda asequible, por su incidencia directa sobre dichos mercados y su relevancia para las políticas de suelo y vivienda, sin que ello obste para que pueda ser adaptada por la legislación de las Comunidades Autónomas a su modelo urbanístico y sus diversas necesidades.

En lo que se refiere al régimen urbanístico del suelo, la Ley opta por diferenciar situación y actividad, estado y proceso. En cuanto a lo primero, define los dos estados básicos en que puede encontrarse el suelo según sea su situación actual —rural o urbana—, estados que agotan el objeto de la ordenación del uso asimismo actual del suelo y son por ello los determinantes para el contenido del derecho de propiedad, otorgando así carácter estatutario al régimen de éste. En cuanto a lo segundo, sienta el régimen de las actuaciones urbanísticas de transformación del suelo, que son las que generan las plusvalías en las que debe participar la comunidad por exigencia de la Constitución. La Ley establece, conforme a la doctrina constitucional, la horquilla en la que puede moverse la fijación de dicha participación. Lo hace posibilitando una mayor y más flexible adecuación a la realidad y, en particular, al rendimiento neto de la actuación de que se trate o del ámbito de referencia en que se inserte, aspecto éste que hasta ahora no era tenido en cuenta.

4. Preceptos esenciales de la Ley de Suelo que configuran el nuevo estatuto de la propiedad inmobiliaria

En estos tres preceptos se configura el estatuto jurídico de la propia inmobiliaria. El artículo primero lo define. Se vincula por primera vez este estatuto jurídico a "bases medioambientales". La vinculación entre propiedad inmobiliaria y medio ambiente se realiza en el artículo segundo cuando se cita el desarrollo sostenible. Y para cerrar el régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, unido indisolublemente a bases medioambientales, se invocan las competencias sobre ordenación del territorio. Vinculando estas últimas a la satisfacción del interés general y haciendo, como más adelante veremos, una auténtica "publicatio" de la propiedad inmobiliaria.

Artículo 1. Objeto de esta ley.

Esta Ley regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal. Asimismo, establece las bases económicas y medioambientales de su régimen jurídico, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia.

Artículo 2. Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible.

1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes.

digno de conservar como un elemento esencial en el paisaje. También se vincula el urbanismo al desarrollo sostenible y a las directrices que provengan de la Unión Europea.

2. Estatutos Jurídicos Relacionados con el Suelo. Sistemática legal

Por razones tanto conceptuales como competenciales, la primera materia específica de que se ocupa la Ley es la del estatuto de derechos y deberes de los sujetos afectados, a los que dedica su Título primero, y que inspiran directa o indirectamente todo el resto del articulado.

Con este objeto, se definen **tres estatutos subjetivos básicos que cabe percibir como tres círculos concéntricos:**

Primero, el de la ciudadanía en general en relación con el suelo y la vivienda, que incluye derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental de toda persona con independencia de cuáles sean su actividad o su patrimonio, es decir, en el entendimiento de la ciudadanía como un estatuto de la persona que asegure su disfrute en libertad del medio en el que vive, su participación en la organización de dicho medio y su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y cohesión del mismo.

Segundo, el régimen de la iniciativa privada para la actividad urbanística, que —en los términos en que la configure la legislación urbanística en el marco de esta Ley— es una actividad económica de interés general que afecta tanto al derecho de la propiedad como a la libertad de empresa. En este sentido, si bien la edificación tiene lugar sobre una finca y accede a su propiedad —de acuerdo con nuestra concepción histórica de este instituto—, por lo que puede asimismo ser considerada como una facultad del correspondiente derecho, *la urbanización es un servicio público, cuya gestión puede reservarse la Administración o encomendarse a privados, y que suele afectar a una pluralidad de fincas, por lo que excede tanto lógica como físicamente de los límites propios de la propiedad. Luego, allí donde se confíe su ejecución a la iniciativa privada, ha de poder ser abierta a la competencia de terceros, lo que está llamado además a redundar en la agilidad y eficiencia de la actuación.*

Tercero, el estatuto de la propiedad del suelo, definido —como es tradicional entre nosotros— como una combinación de facultades y deberes, entre los que ya no se cuenta el de urbanizar por las razones expuestas en el párrafo anterior, aunque sí el de participar en la actuación urbanizadora de iniciativa privada en un régimen de distribución equitativa de beneficios y cargas, con las debidas garantías de que su participación se basa en el consentimiento informado, sin que se le puedan imponer más cargas que las legales, y sin perjuicio de que el legislador urbanístico opte por seguir reservando a la propiedad la iniciativa de la urbanización en determinados casos de acuerdo con esta Ley, que persigue el progreso pero no la ruptura.

3. Régimen Jurídico Derivado de los Estatutos

Correlativos de los derechos de las personas son los deberes básicos de las Administraciones con que la Ley abre su Título II.

Los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación y de ejecución urbanísticas tienen una trascendencia capital, que desborda con mucho el plano estrictamente sectorial, por su incidencia en el crecimiento económico, en la protección del medio ambiente y en la calidad de vida. Por ello, la Ley asegura unos estándares mínimos de transparencia, de participación ciudadana real y no meramente formal, y de evaluación y seguimiento de los efectos que tienen los planes sobre la economía y el medio ambiente. La efectividad de estos estándares exige que las actuaciones urbanizadoras de mayor envergadura e impacto, que producen una mutación radical del modelo territorial, se sometan a un nuevo ejercicio pleno de potestad de ordenación. Además, la Ley hace un tratamiento innovador de este proceso

- a) Disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido u otras imisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados.
- b) Acceder, en condiciones no discriminatorias y de accesibilidad universal, a la utilización de las dotaciones públicas y los equipamientos colectivos abiertos al uso público, de acuerdo con la legislación reguladora de la actividad de que se trate.
- c) Acceder a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre la ordenación del territorio, la ordenación urbanística y su evaluación ambiental, así como obtener copia o certificación de las disposiciones o actos administrativos adoptados, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.
- d) Ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.
- e) Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate.
- f) Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, así como las decisiones resultantes de los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

Como vemos forma parte esencial del contenido, en el apartado de derechos, el de ser informado sobre las condiciones urbanísticas aplicables a un determinado terreno, participar en la elaboración del planeamiento y en la ejecución del mismo, participar en la evaluación del impacto ambiental que pueda tener este planeamiento y hacer las observaciones que esas etc. que se consideren conveniente. Estos derechos de información y participación no están vinculados a la condición de propietario. Son derechos de todos los ciudadanos.

Respecto del estatuto jurídico del propietario del suelo tenemos los siguientes artículos:

Artículo 7. Régimen urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

2. La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada en todo caso al cumplimiento de los deberes y el levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

Artículo 9. Contenido del derecho de propiedad del suelo: deberes y cargas.

1. El derecho de propiedad del suelo comprende, cualquiera que sea la situación en que éste se encuentre y sin perjuicio del régimen al que esté sometido por razón de su clasificación, los deberes de dedicarlo a usos que no sean incompatibles con la ordenación territorial y urbanística; conservarlo en las condiciones legales para servir de soporte a dicho uso y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; así como realizar los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación. En el suelo urbanizado a los efectos de esta Ley que tenga atribuida edificabilidad, el deber de uso supone el de edificar en los plazos establecidos en la normativa aplicable.

- 2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación, y procurando en particular:
 - a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje.
 - b) La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o innidneo para atender las necesidades de transformación urbanística.
 - c) Un medio urbano en el que la ocupación del suelo sea eficiente, que esté suficientemente dotado por las infraestructuras y los servicios que le son propios y en el que los usos se combinen de forma funcional y se implanten efectivamente, cuando cumplan una función social.
- La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística.

3. Los poderes públicos promoverán las condiciones para que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos en los artículos siguientes sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo.

El suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística está al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, en los términos que disponga la legislación en la materia.

Artículo 3. Ordenación del territorio y ordenación urbanística.

1. La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de éste. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes.

El ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses generales a que sirve.

2. La legislación sobre la ordenación territorial y urbanística garantizará:

- a) La dirección y el control por las Administraciones Públicas competentes del proceso urbanístico en sus fases de ocupación, urbanización, construcción o edificación y utilización del suelo por cualesquiera sujetos, públicos y privados.
- b) La participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción de los entes públicos en los términos previstos por esta Ley y las demás que sean de aplicación.
- c) El derecho a la información de los ciudadanos y de las entidades representativas de los intereses afectados por los procesos urbanísticos, así como la participación ciudadana en la ordenación y gestión urbanísticas.
- 3. La gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada.

Considerar que a partir de estos tres artículos las referencias al medio ambiente son un "derecho hueco" es desconocer la realidad de la nueva ley. Las bases medioambientales justifican y condicionan ciertos aspectos del estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria.

Todo régimen estatutario significa que las normas, incluidas las reglamentarias obviamente, lo configuran como un sumatorio de facultades más un sumatorio de deberes. El núcleo esencial básico del régimen estatutario de la propia inmobiliaria se fija en la ley 8/2007 de la siguiente forma:

Artículo 4. Derechos del ciudadano.

Todos los ciudadanos tienen derecho a:

energética, de garantía de suministro de agua, de prevención de riesgos naturales y de accidentes graves, de prevención y protección contra la contaminación y limitación de sus consecuencias para la salud o el medio ambiente.

Artículo 11. Publicidad y eficacia en la gestión pública urbanística.

1. Todos los instrumentos de ordenación territorial y de ordenación y ejecución urbanísticas, incluidos los de distribución de beneficios y cargas, así como los convenios que con dicho objeto vayan a ser suscritos por la Administración competente, deben ser sometidos al trámite de información pública en los términos y por el plazo que establezca la legislación en la materia, que nunca podrá ser inferior al mínimo exigido en la legislación sobre procedimiento administrativo común, y deben publicarse en la forma y con el contenido que determinen las leyes.

2. En los procedimientos de aprobación o de alteración de instrumentos de ordenación urbanística, la documentación expuesta al público deberá incluir un resumen ejecutivo expresivo de los siguientes extremos:

- a) Delimitación de los ámbitos en los que la ordenación proyectada altera la vigente, con un plano de su situación, y alcance de dicha alteración.
- b) En su caso, los ámbitos en los que se suspendan la ordenación o los procedimientos de ejecución o de intervención urbanística y la duración de dicha suspensión.
- 3. Las Administraciones Públicas competentes impulsarán la publicidad telemática del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en vigor, así como del anuncio de su sometimiento a información pública.

4. Cuando la legislación urbanística abra a los particulares la iniciativa de los procedimientos de aprobación de instrumentos de ordenación o de ejecución urbanística, el incumplimiento del deber de resolver dentro del plazo máximo establecido dará lugar a indemnización a los interesados por el importe de los gastos en que hayan incurrido para la presentación de sus solicitudes, salvo en los casos en que deban entenderse aprobados o resueltos favorablemente por silencio administrativo de conformidad con la legislación aplicable.

5. Los instrumentos de ordenación urbanística cuyo procedimiento de aprobación se inicie de oficio por la Administración competente para su instrucción, pero cuya aprobación definitiva compete a un órgano de otra Administración, se entenderán definitivamente aprobados en el plazo que señale la legislación urbanística.

Pero es cuando al regula la utilización del suelo rural cuando aparece la conexión con la normativa comunitaria europea y el respeto a la variable ambiental, que de esta forma según en el articulado legal

Artículo 13. Utilización del suelo rural.

(...)

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice.

Sólo podrá alterarse la delimitación de los espacios naturales protegidos o de los espacios incluidos en la Red Natura 2000, reduciendo su superficie total o excluyendo terrenos de los mismos, cuando así lo justifiquen los cambios provocados en ellos por su evolución natural, científicamente demostrada. La alteración deberá someterse a información pública, que en el caso de la Red Natura 2000 se hará de forma previa a la remisión de la propuesta de descatalogación a la Comisión Europea y la aceptación por ésta de tal descatalogación.

El cumplimiento de lo previsto en los párrafos anteriores no eximirá de las normas adicionales de protección que establezca la legislación aplicable.

Artículo 15. Evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano.

En el suelo que sea rural a los efectos de esta Ley, o esté vacante de edificación, el deber de conservarlo supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud públicas, daño o perjuicio a terceros o al interés general, incluido el ambiental; prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las imisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas; y mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo.

2. El ejercicio de las facultades previstas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior, en terrenos que se encuentren en el suelo rural a los efectos de esta Ley y no estén sometidos al régimen de una actuación de urbanización, comporta para el propietario, en la forma que determine la legislación sobre ordenación territorial y urbanística:

- a) Costear y ejecutar las obras y los trabajos necesarios para conservar el suelo y su masa vegetal en el estado legalmente exigible o para restaurar dicho estado, en los términos previstos en la normativa que sea de aplicación.
- b) Satisfacer las prestaciones patrimoniales que se establezcan, en su caso, para legitimar usos privados del suelo no vinculados a su explotación primaria.
- c) Costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión de la instalación, la construcción o la edificación con las redes generales de servicios y entregarlas a la Administración competente para su incorporación al dominio público cuando deban formar parte del mismo.

3. El ejercicio de la facultad prevista en la letra c) del apartado primero del artículo anterior, conlleva asumir como carga real la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas y en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, así como permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras al responsable de ejecutar la actuación.

El fundamento de la intervención pública en el régimen del suelo se encuentra en los artículos siguientes:

Artículo 10. Criterios básicos de utilización del suelo.

Para hacer efectivos los principios y los derechos y deberes enunciados en el Título I, las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, deberán:

- a) Atribuir en la ordenación territorial y urbanística un destino que comporte o posibilite el paso de la situación de suelo rural a la de suelo urbanizado, mediante la urbanización, al suelo preciso para satisfacer las necesidades que lo justifiquen, impedir la especulación con él y preservar de la urbanización al resto del suelo rural.
- b) Destinar suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo en venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie o la concesión administrativa.

Esta reserva será determinada por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, de conformidad con ella, por los instrumentos de ordenación y, como mínimo, comprenderá los terrenos necesarios para realizar el 30 por ciento de la edificabilidad residencial prevista por la ordenación urbanística en el suelo que vaya a ser incluido en actuaciones de urbanización.

No obstante, dicha legislación podrá también fijar o permitir excepcionalmente una reserva inferior para determinados Municipios o actuaciones, siempre que, cuando se trate de actuaciones de nueva urbanización, se garantice en el instrumento de ordenación el cumplimiento íntegro de la reserva dentro de su ámbito territorial de aplicación y una distribución de su localización respetuosa con el principio de cohesión social.

c) Atender, en la ordenación que hagan de los usos del suelo, a los principios de accesibilidad universal, de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, de movilidad, de eficiencia

aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario, así como en las obligaciones por éste asumidas frente a la Administración competente y que hayan sido objeto de inscripción registral, siempre que tales obligaciones se refieran a un posible efecto de mutación jurídico-real.

2. En las enajenaciones de terrenos, debe hacerse constar en el correspondiente título:
 - a) La situación urbanística de los terrenos, cuando no sean susceptibles de uso privado o edificación, cuenten con edificaciones fuera de ordenación o estén destinados a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública que permita tasar su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda.
 - b) Los deberes legales y las obligaciones pendientes de cumplir, cuando los terrenos estén sujetos a una de las actuaciones a que se refiere el apartado 1 del artículo 14.
3. La infracción de cualquiera de las disposiciones del apartado anterior faculta al adquirente para rescindir el contrato en el plazo de cuatro años y exigir la indemnización que proceda conforme a la legislación civil.
4. Con ocasión de la autorización de escrituras públicas que afecten a la propiedad de fincas o parcelas, los notarios podrán solicitar de la Administración Pública competente información telemática o, en su defecto, cédula o informe escrito expresivo de su situación urbanística y los deberes y obligaciones a cuyo cumplimiento estén afectas. Los notarios remitirán a la Administración competente, para su debido conocimiento, copia simple en papel o en soporte digital de las escrituras para las que hubieran solicitado y obtenido información urbanística, dentro de los diez días siguientes a su otorgamiento. Esta copia no devengará aranceles.
5. En los títulos por los que se transmitan terrenos a la Administración deberá especificarse, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, el carácter demanial o patrimonial de los bienes y, en su caso, su incorporación al patrimonio público de suelo.

Del contenido de la regulación legal se desprenden muchas cosas interesantes, pero en lo que ahora importa, interesa destacar, en primer lugar la importancia de la planificación, tanto territorial como urbanística como medio ambiental, para la completa descripción del contenido del estatuto de la propiedad inmobiliaria. En segundo lugar la importancia que tiene la evaluación estratégica de los planes y programas para cumplir con las exigencias de sostenibilidad que se hacen en la Ley, así como en la motivación de la planificación. Y, en tercer lugar, la importancia de la participación ciudadana en la elaboración, control y aplicación de los planes, lo cual es consecuencia de la atribución de derechos a los no propietarios que se desprende de la regulación del estatuto de la propiedad inmobiliaria.

III. LA ACTIVIDAD DE PLANIFICACIÓN COMO PARTE ESENCIAL EN LA CONFIGURACIÓN DEL ESTATUTO JURÍDICO DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

Sobre el espacio físico territorio, y en virtud del ejercicio de las competencias atribuidas a distintas Administraciones con incidencia en el mismo, se han venido desarrollando tres cuerpos normativos cuya regulación se ha hecho en leyes separadas. Por orden de aparición en nuestro ordenamiento jurídico tenemos, en primer lugar, el Derecho Urbanístico, nacido y criado por las sucesivas legislaciones sobre el suelo y las técnicas de la planificación. En segundo lugar el Derecho Ambiental, sin apoyatura legal única, pero cuyo conjunto de normas tienen orígenes en los estudios científicos, la sensibilidad frente a las catástrofes ambientales y, últimamente, en la necesidad de preservar nuestro futuro como especie. Y por último, aunque sólo sea nuestro país, el Derecho de la Ordenación del Territorio diseminado en leyes autonómicas sobre la base de conceptos generales plasmados en un marco competencial

1. Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental de conformidad con lo previsto en la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y en este artículo, sin perjuicio de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que se requieran para su ejecución, en su caso.
2. El informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización deberá incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación.
3. En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora:
 - a) El de la Administración Hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico.
 - b) El de la Administración de costas sobre el deslinde y la protección del dominio público marítimo-terrestre, en su caso.
 - c) Los de las Administraciones competentes en materia de carreteras y demás infraestructuras afectadas, acerca de dicha afectación y del impacto de la actuación sobre la capacidad de servicio de tales infraestructuras.

Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá discurrir de ellos de forma expresamente motivada.

4. La documentación de los instrumentos de ordenación de las actuaciones de urbanización debe incluir un informe o memoria de sostenibilidad económica, en el que se ponderará en particular el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y la prestación de los servicios resultantes, así como la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.
5. Las Administraciones competentes en materia de ordenación y ejecución urbanísticas deberán elevar al órgano que corresponda de entre sus órganos colegiados de gobierno, con la periodicidad mínima que fije la legislación en la materia, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución urbanística de su competencia, que deberá considerar al menos la sostenibilidad ambiental y económica a que se refiere este artículo.

Los Municipios estarán obligados al informe a que se refiere el párrafo anterior cuando lo disponga la legislación en la materia y, al menos, cuando deban tener una Junta de Gobierno Local.

El informe a que se refieren los párrafos anteriores podrá surtir los efectos propios del seguimiento a que se refiere la legislación de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, cuando cumpla todos los requisitos en ella exigidos.

6. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística establecerá en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga a ejercer de forma plena la potestad de ordenación del municipio o del ámbito territorial superior en que se integre, por trascender del concreto ámbito de la actuación los efectos significativos que genera la misma en el medio ambiente.

Este último precepto no sitúa directamente en el necesario complemento de la Ley de Suelo con la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, transposición, al fin, de la Directiva 2001/42/CE de 27 de junio. Cuyo comentario haremos después.

Forma parte de la concepción estatutaria de un derecho, en este caso de la propiedad, que el cambio de titularidad del mismo no comporte un cambio de régimen jurídico. Por eso la Ley 8/2007 nos recuerda lo siguiente.

Artículo 18. Transmisión de fincas y deberes urbanísticos.

1. La transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta Ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística

urbanísticas y de Ordenación del Territorio. Por tanto éstas directrices ambientales acaban siendo parte del contenido normativo de la planificación territorial y urbanística.

En conclusión, sobre el territorio inciden tres disciplinas jurídicas cuya expresión normativa básica es el Plan. El Plan es, en consecuencia, el instrumento normativo que expresa al ejercicio de las competencias sobre territorio por parte de los poderes públicos que las tengan específicamente atribuidas. Pero como hemos visto antes, son competencias concurrentes y por tanto, como no puede ser de otra forma, sobre el mismo espacio físico donde confluyen competencias y planes. Esto exige que el responsable de elaborar el plan contemple todas las variables normativas y competenciales que inciden sobre territorio. Lo ideal será una correcta coordinación en ejercicio de las competencias concurrentes.

1. La actividad de planificación y su regulación constitucional

Independientemente del reparto competencial por materias, respecto de la competencia para la planificación tenemos los siguientes preceptos constitucionales. De una parte (art. 149.1, 13.º y 23.º), se atribuye al Estado la planificación general de la economía, las bases de la protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias. De otra parte, el art. 148.1, 3.º y 9.º, atribuye a las Comunidades Autónomas la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y la gestión de la protección del medio ambiente.

Por tanto son esencialmente el Estado y las Comunidades Autónomas los autores de la planificación con incidencia territorial. El Estado tendrá la exclusividad en la planificación general de la economía, pero la comunidad autónoma también tiene competencias de planificación económica bajo el título competencial Ordenación del territorio. El Estado no ha dictado normas sobre Ordenación del territorio con carácter general. Si lo ha hecho materia ambiental. Ley estatal 4/89, de 27 de marzo de 1989, de Conservación de los Espacios Naturales Protegidos y de la Fauna y Flora Silvestre, que pretendía ser el desarrollo del art. 45 de la Constitución, y reguló como ley básica los planes de ordenación de los recursos naturales. Pero la legislación autonómica se desarrolló ampliamente llegando alguna Comunidad, como Andalucía, a crear directamente en su Ley de inventario de espacios naturales (1989) un gran número de parques naturales con la sola intervención del Parlamento. También en muchas Comunidades Autónomas se han promulgado leyes de Protección Ambiental. La cuestión legislativa sobre urbanismo se resolvió en la Sentencia 61/1997 del Tribunal Constitucional. A partir de entonces se han promulgado numerosas leyes autonómicas del suelo además de la Ley estatal 6/1998.

2. Consecuencias de la diversidad de potestades de planificación

Este reparto competencial en materia de planificación con incidencia territorial ha ocasionado una primera imagen, que podríamos llamar de trazo grueso, y que puede resumirse en la constatada dispersión normativa. Para muchos sectores doctrinales esta dispersión normativa en materia de urbanismo, medio ambiente, u Ordenación del territorio, es un defecto que hay que remediar. Desde una perspectiva jerárquica del Derecho es lógico que haya resistencias ante el fenómeno de la diversidad legislativa. Pero tampoco debemos olvidar que nuestra Constitución apostó junto con el principio de jerarquía normativa de las leyes, por

territorial limitado. El punto en común, tanto del Derecho ambiental como del Derecho que regula la ordenación del territorio, está en su origen y, lo que podríamos llamar, sus creadores. En efecto tanto el Derecho Ambiental como el de la Ordenación del Territorio deben mucho a ecólogos, biólogos, y geógrafos.

Pero realmente lo que une a las tres disciplinas jurídicas que estamos comentando es el valor vinculante que en las tres se da a la planificación. Planes urbanísticos, Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) y los Planes de Ordenación del Territorio (POT). Son, pues, tres planificaciones distintas cuyo efecto común es incidir sobre la actividad humana en el territorio. Su importancia común es tan esencial que hoy en día es difícil entender el Derecho de la propiedad inmobiliaria sin contemplar los límites que al ejercicio de este Derecho se introducen en los planes citados. Además, la planificación medioambiental y la planificación territorial se vienen imponiendo, legal y socialmente, sobre la planificación urbanística. Ese deseo de una mayor utilización del territorio ha hecho que se encuentre justificado por la sociedad el mayor rango jerárquico de los planes de ordenación del territorio sobre la actividad planificadora urbanística. O dicho de otra forma, la planificación urbanística se ha limitado al diseño de lo edificable, lo que tenga que ver con el modelo de ciudad. Los espacios territoriales entre poblaciones se planifican desde la ordenación del territorio y bajo, en ocasiones, directrices ambientales. El suelo no urbanizable ya no es un suelo residual, que se define en negativo. Empieza a ser considerado por la planificación territorial, influida por la normativa ambiental, como un suelo con contenido normativo positivo. Ya no es el suelo no apto para urbanizar. Por ello se analiza el valor intrínseco del suelo no urbanizable, se planifican sus usos permitidos, en algunos casos con fuerte intervención en el contenido del Derecho de la propiedad. La preservación del suelo no urbanizable y los valores ambientales insitos en el mismo, por una parte, y la necesidad de regular la utilización de este tipo de suelo como elemento vertebrador en el desarrollo territorial, por otra, ha originado que se desapodere a la planificación urbanística de la regulación integral de este tipo de suelo. Acudir a la necesaria planificación de los espacios que existen entre las ciudades por la Administración supralocal ha sido la justificación, entre otras, para establecer la mayor jerarquía de los planes de ordenación territorial sobre la planificación urbanística. Esta mayor jerarquía de la planificación territorial se puede contemplar en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía 7/2002, donde los Planes de Ordenación del Territorio vinculan radicalmente a los Planes Generales de Ordenación Urbanística.

Y es precisamente en el espacio territorial que podemos llamar suelo no urbanizable donde también aparece la influencia vinculante de la tercera actividad de planificación. En efecto, sin que se pueda identificar medio ambiente con espacios territorialmente libre de edificación, pues es notorio que existe un medio ambiente urbano y un Derecho ambiental que regula la actividad humana en las ciudades, lo cierto es que la mayor influencia que este Derecho medioambiental ejerce sobre el territorio se produce en el suelo no urbanizable. En este tipo de suelo podemos encontrar áreas protegidas y áreas de influencia sobre las áreas protegidas. Estas delimitaciones territoriales están influidas por los estudios científicos que se hacen sobre los hábitat de las especies a conservar, sobre la huella ecológica del terreno como consecuencia de la actividad humana, y sobre la viabilidad de los recursos territoriales destinados al desarrollo económico. Estas directrices ambientales de origen científico se plasman en la planificación medioambiental y acaban incidiendo en el ejercicio de las competencias

vinculaciones sobre el planeamiento urbanístico municipal) junto a la progresiva delegación de la competencia estrictamente urbanística en las instancias locales, por otra.

IV. EL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y SU INFLUENCIA EN LAS ACTIVIDADES DE PLANIFICACIÓN

El anterior marco normativo competencial descrito, con su consecuencia interna de dispersión normativa, puede verse afectado por la entrada en escena de un tercer actor ejerciendo competencias que puede influir en la actividad de planificación. En efecto, el Derecho Comunitario Europeo a través de su legislación medioambiental, por una parte, y a través de la nueva Política Agraria Común, por otra va a tener un mayor protagonismo en la elaboración de los planes de ordenación del territorio y urbanísticos. Recordemos someramente las fuentes normativas de este Derecho con incidencia en la planificación.

1. El derecho ambiental europeo

a) Los Tratados constitutivos

Aun siendo relevantes los elementos ambientales introducidos por el Acta única, todo el sistema comunitario ambiental se verá consolidado con la entrada en vigor del Tratado de la Unión europea (en adelante, TUE). En éste las referencias a la protección ambiental constituyen una piedra angular de todo el sistema normativo.

En concreto, y en la versión consolidada tras la modificación del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, el art. 2 establece de forma expresa que *la Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los arts. 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.*

Las innovaciones que se producen a través de este art. 2 son significativas. Destaca, inicialmente, la afirmación de que el **“crecimiento económico de la Unión europea deber ser sostenible”**, admitiéndose, de esta forma, un concepto que había sido empleado de forma implícita, pero que nunca había contado con un reflejo normativo expreso. Este crecimiento sostenible debe respetar, además, el medio ambiente, los recursos naturales y la salud de los ciudadanos, convirtiéndose en uno de los objetivos prioritarios de la Comunidad europea. Se introduce, asimismo, el concepto de calidad de vida (en concreto, su elevación de nivel), que tanta relación tiene con el control de la contaminación acústica y el ruido.

En esta misma línea innovadora, el art. 6 del mismo cuerpo normativo considera que la **variable ambiental tiene que tener un reflejo expreso en todas las políticas comunitarias (infraestructuras, agricultura, industria, turismo...)**. El Tratado reafirma especialmente este principio, desde el momento en que indica que las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las demás políticas de la Comunidad.

el principio de competencia, para orientar al intérprete sobre cual Ley es la adecuada según la competencia ejercida a través de ella. Criterio de interpretación utilizado por el Tribunal Constitucional para enjuiciar la constitucionalidad tanto de leyes estatales como de leyes de parlamentos autonómicos. Criterio interpretativo que no está vedado utilizar en materia reglamentaria cuando se interpreten planes que inciden sobre territorio y cuya legitimación venga por legislación estatal o de Comunidad Autónoma.

Por otra parte, independientemente de los esfuerzos internos para aplicar e interpretar la diversidad normativa con incidencia territorial, podemos encontrar el obligado elemento de cohesión interpretativa en nuestra integración normativa en el prevalente Derecho Comunitario. En materia medioambiental ya se está produciendo, como veremos más adelante.

En cambio, en la materia de la ordenación del territorio, queda pendiente una obligada corrección integradora de planes generales y sectoriales y de criterios de atribución de competencias especialmente analizada en el libro del Prof. Pérez Andrés *La Ordenación del Territorio en el Estado de las Autonomías* (Marcial Pons, Madrid, 1998.)

Respecto de la planificación urbanística la entrada de las legislaciones autonómicas en la materia no ha supuesto un apartamiento sustancial del sistema de planeamiento establecido por la Ley de Suelo de 1976. Se sigue reproduciendo un esquema en virtud del cual existiría un planeamiento general de carácter integral (Plan General, Normas Subsidiarias y, en algunos casos, los nuevos Planes de Sectorización) y un planeamiento de desarrollo (Plan Parcial, Planes Especiales y Estudios de Detalle) que se regiría por los principios de jerarquía y competencia en relación con el anterior.

No obstante, puede mencionarse excepción a esta regla general, la que incluyen algunas Leyes, como por ejemplo las de Castilla-La Mancha y Extremadura, que, apartándose de la rígida jerarquización entre planes generales y planes de desarrollo, permiten a los Planes Parciales modificar el Plan General, en todo caso, siempre que la modificación no afecte a aspectos estructurales del mismo, y previa la emisión de un informe preceptivo y vinculante de la Comunidad Autónoma si aquellos quedaran afectados.

También en esta legislación urbanística autonómica existe una previsión común y uniforme sobre la vinculación que el planeamiento de ordenación territorial provoca sobre los instrumentos de planificación urbanística (Directrices Regionales, Provinciales, Subregionales o Comarcales y Planes Territoriales Sectoriales, al margen de la denominación que estos instrumentos ostenten en función de cada una de las Leyes autonómicas). Esta vinculación llega a ser de tal magnitud, que se reconoce la posibilidad de que algunos Planes de Ordenación Territorial contengan previsiones propias y específicas de los instrumentos de planificación urbanística. Sirva como ejemplo la legislación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, que permite a los instrumentos de ordenación del territorio cumplir funciones de los instrumentos de planeamiento urbanístico e incluir hasta la ordenación detallada del suelo urbano, en algunos casos.

Sin embargo esta diversidad normativa es más aparente y formal que conceptual. En esencia la legislación urbanística sigue teniendo instituciones comunes, definiciones comunes, y regulaciones similares. Si se anticipa, y lo pone de manifiesto Cruz Mera. A, una previsible convergencia que pasaría por la mayor interconexión entre el Urbanismo, la Ordenación del Territorio y el Medio Ambiente, por una parte, y la definición y regulación de la ordenación del territorio como una competencia exclusivamente regional (con importantes mediatizaciones y

incidencia sobre los recursos naturales. Primero en relación con autorizaciones y proyectos y, posteriormente, respecto de planes y programas.

El punto de partida es la Directiva 85/337/CEE (de evaluación de impacto ambiental de autorizaciones y proyectos incluidos en sus anexos, procedimiento que finaliza con la declaración de impacto ambiental positiva o negativa), transpuesta por el Real Decreto Legislativo 1320/1986, y sigue con su modificación a través de la Directiva 97/11/CEE transpuesta a nuestro ordenamiento por el Real Decreto Ley 9/2000, de 6 de octubre.

La modificación que lleva a cabo la Directiva 97/11/CEE es el resultado del distinto criterio interpretativo mantenido por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y por los gobiernos estatales y los tribunales internos respecto a la discrecionalidad de someter o no a evaluación de impacto ambiental las actividades relacionadas en el anexo 2 de la Directiva 85/337/CEE.

En síntesis, la Directiva 97/11/CEE, al margen de ampliar notablemente las actividades comprendidas en su anexo 1 y en su anexo 2, establece de manera expresa que las actividades del anexo 2 no pueden ser excluidas de forma discrecional por la legislación nacional de la evaluación de impacto ambiental. Los estados podrán establecer umbrales de exclusión de evaluación razonables y, cuando dichos umbrales no estén establecidos, deberá proceder a la exclusión caso a caso con justificación y motivación suficiente.

A los efectos que a nosotros nos interesan debe recordarse que el anexo 2 de la Directiva 97/11/CEE incorpora en el apartado d) “proyectos de infraestructura”, los proyectos de zonas industriales y los proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos. Éstos son los resquicios que ofrecían los anexos de las directivas europeas sobre evaluaciones de impacto ambiental 85/337/CEE y 97/11/CEE (incorporadas por el Real decreto legislativo 1320/1986 y por la Ley 6/2001) para proceder a evaluar decisiones urbanísticas distintas a las licencias y autorizaciones y proyectos de obra pública de actuaciones incluidas en los anexos de la Directiva 85/337/CEE.

Ésta es la antesala de la aprobación de la Directiva 2001/42/CEE, sobre evaluación estratégica de los efectos sobre el medio ambiente de planes y programas, que debía ser transpuesta antes de junio de 2004, pero que lo ha sido por Ley 9/2006 de 28 de abril, que exige la evaluación de todos los planes y programas: que se elaboren con respecto a la agricultura, la silvicultura, la pesca, la energía, la industria, el transporte, la gestión de residuos, la gestión de recursos hídricos, las telecomunicaciones, el turismo, la ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo y que establezcan el marco para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos 1 y 11 de la Directiva 85/337/CEE, o que, atendiendo al efecto probable en algunas zonas, se haya establecido que requieren una evaluación conforme a lo dispuesto en los artículos 6 o 7 de la Directiva 92/43/CEE.

b) Aspectos competenciales en materia de aprobación del planeamiento urbanístico que pueden verse alterados como consecuencia de la evaluación estratégica de planes y programas

La evaluación estratégica de los planes urbanísticos puede comportar un cambio sustantivo en el ejercicio y alcance de las competencias de aprobación de esos planes. En primer lugar debe recordarse que la clasificación del suelo es determinante para establecer el marco

Estas proclamaciones generales que realizan los arts. 2 y 6 se detallan, finalmente, en el Título XIX. Aquí, y en referencia directa a los objetivos de la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente, el art. 174 destaca dos aspectos que nos parecen importantes. En primer lugar, el Tratado sigue manteniendo la utilización racional de los recursos naturales como elemento nuclear de la política medio ambiental (*la utilización prudente y racional de los recursos naturales*) y, en segundo lugar, se introduce el concepto de protección de la salud de las personas como uno de los objetivos prioritarios de la política ambiental (*la protección de la salud de las personas*). Seguidamente, en su apartado 2, establece que *La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las distintas regiones de la Comunidad. Se basará en los principios de cautela y de acción preventiva, en el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma y en el principio de quien contamina paga.*

Son muchas las posibilidades que estos principios generales comunitarios ofrecen al control e intervención de sus poderes públicos por los ciudadanos, más aún si queda advertida la posibilidad que tienen de invocar directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales este Derecho básico comunitario, posibilidad proclamada por el TJCE, por primera vez, en el asunto Van Gend y Loos, de 5 de febrero de 1963 (26/1962). **La Comunidad, sostiene el TJCE, constituye un nuevo ordenamiento jurídico, cuyos sujetos son no sólo los Estados miembros, sino también los ciudadanos.** Especialmente llamativa resultó, en este sentido, la STS de 21 de diciembre de 1988 (Ar. 9680) cuando aborda la eficacia directa del Tratado.

b) El Derecho comunitario derivado

En este punto hay que valorar, asimismo, la relevancia de los programas de acción en materia de medio ambiente. Su importancia radica en que en ellos la Comisión fija las directrices y objetivos inmediatos de su política ambiental, diagnostica el estado de la cuestión y sienta las bases para la elaboración de propuestas legislativas y demás actos jurídicos. El Sexto Programa, actualmente vigente, afirma que la legislación sobre medio ambiente “es y seguirá siendo un pilar fundamental de la estrategia comunitaria para alcanzar sus objetivos en esta materia”, aunque también señala que es preciso “superar el planteamiento exclusivamente legislativo y adoptar un enfoque más estratégico para inducir los cambios necesarios en nuestros modelos de producción y consumo”. Ambas perspectivas se proyectan en las estrategias prioritarias que se proponen: “mejora de la aplicación de la legislación vigente; integración de la variable ambiental en todas las políticas; incidencia en los modos de consumo y perfeccionamiento de la ordenación del territorio y urbanística”.

2. La normativa europea y la legislación urbanística reguladora del suelo no urbanizable

a) La evaluación estratégica de planes y programas

La legislación medioambiental ha instrumentado la metodología de evaluación de impacto como técnica formal para garantizar la ponderación de la variable ambiental en las decisiones públicas —y en las privadas las sometidas al control público—, más relevantes por su

de soluciones alternativas y, por otro, la existencia de medidas compensatorias. La Comisión valora que además de la protección de la naturaleza pueden entrar en juego otras razones económicas de política nacional o comunitaria, y entiende que las medidas compensatorias son en este caso suficientes. En el dictamen de 18 de diciembre de 1995, en relación con otro tramo de la misma autopista, vuelve a insistir en el hecho de que no había soluciones alternativas, que las medidas compensatorias son suficientes, garantiza la coherencia global de Natura 2000 y, por todo ello, acepta la concurrencia de la excepción prevista en el artículo 6 de la Directiva.

En definitiva, lo importante es advertir que en la medida en que la legislación (estatal o autonómica) establezca condiciones objetivas o habilite planes territoriales para establecerlas, para poder proceder a la evaluación ambiental positiva o negativa de la clasificación del suelo establecido por el planeamiento urbanístico, el procedimiento de evaluación estratégica de planes y el informe de evaluación ambiental, deberán garantizar el cumplimiento de estas condiciones.

V. LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS PLANES Y PROGRAMAS: INCORPORACIÓN DE LA VARIABLE AMBIENTAL EN EL DESARROLLO URBANÍSTICO

Como ya hemos visto el día 28 de abril de 2006 se publica la Ley 9/2006 sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente que tiene un gran valor para su protección. Esta nueva Ley, que procede de la Directiva Comunitaria 2001/42/CE, supone un punto de inflexión con respecto a la legislación hasta hoy vigente en relación con la evaluación de impacto ambiental (EIA).

También, y como hemos dicho al comentar la Ley 8/2007, la evaluación estratégica de los planes y programas con incidencia en la ordenación territorial y urbanística forma parte de la exigencia que se hace por la citada ley de suelo para justificar la intervención pública en el régimen estatutario de la propiedad. Recordemos el contenido de los artículos 13 y 15 de la mencionada ley. Por tanto entre la documentación que se exigirá a los planes y programas con incidencia en el medio ambiente, que como hemos visto integran a los planes de ordenación territorial, urbanística y de recursos naturales, deberá figurar la evaluación estratégica de la actuación administrativa pretendida, como control de la discrecionalidad que dicha actuación puede suponer y, obviamente, como control de la legalidad de la misma.

Glosando brevemente la Ley 9/2006 tenemos lo siguiente.

Desde 1988, la EIA y las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) han constituido los instrumentos preventivos con que se ha contado en España para corregir los daños al medio ambiente ocasionados por los proyectos de infraestructuras como carreteras, instalaciones industriales, aeropuertos, puertos marítimos, tendidos eléctricos, etcétera.

La denominada Evaluación Ambiental Estratégica supone la prevención de los daños al medio ambiente antes de la toma de decisión sobre los proyectos de obras, es decir, cuando las Administraciones están planificando actuaciones en materia de infraestructura vial, ferroviaria, agraria, ganadera, energética, hidráulica y de urbanismo, entre otros sectores.

De ahí la denominación de "estratégica", ya que es preciso que los estudios y análisis de los impactos ambientales se realicen durante el proceso de planificación para preservar

para la autorización en el futuro de proyectos enumerados en los anexos 1 y 11 de la Directiva 85/337/CEE, o que, atendiendo al efecto probable en algunas zonas, se haya establecido que requieren una evaluación conforme a lo dispuesto en los artículos 6 o 7 de la Directiva 92/43/CEE. Ello significa que, en principio, todos los planes urbanísticos que clasifican suelo deben ser objeto de evaluación estratégica.

c) La posibilidad de dotar de contenido material a la evaluación estratégica de los planes urbanísticos por parte de la legislación autonómica amparada en los títulos competenciales "ordenación del territorio" y "medio ambiente en el marco de la legislación básica estatal y medidas adicionales de protección"

La evaluación estratégica, de planes y programas significa un gran progreso a nivel formal. Una de las líneas para avanzar desde la perspectiva material es ponderar las posibilidades que ofrece la legislación medioambiental y más concretamente el título competencia autonómico "medio ambiente en el marco de la legislación básica estatal y medidas adicionales de protección" (ámbito de la competencia autonómica en el marco de la legislación básica estatal definida en el artículo 149.23 de la CE).

En este marco es posible que el legislador estatal o autonómico establezca en el futuro que la evaluación estratégica de la clasificación de determinado suelo como urbanizable o la posibilidad de llevar a cabo aprovechamientos urbanísticos en suelo no urbanizable se someta a medidas compensatorias o de equidad territorial.

Un ejemplo de medidas compensatorias medioambientales pueden ser las establecidas en la Directiva 92/43/CE, modificada por la Directiva 97/62/CE, de 27 de octubre, de conservación de los hábitat naturales y de la fauna y flora silvestres. El apartado cuarto del artículo 6 de la Directiva establece que si el plan o proyecto que se quiere llevar a cabo ha sido evaluado y el resultado y las conclusiones de la evaluación son negativas, el proyecto se puede ejecutar por razones de interés público, pero deberán adoptarse las medidas compensatorias que sean necesarias para la coherencia global de Natura 2000 (el plan de zonas de protección de aves que prevé la Directiva hábitat).

La transposición de la Directiva se realiza por el Real decreto 1193/1998, de 12 de junio, que se modifica por el Real decreto 1997/1995, que establece: "Siempre que no exista ninguna otra solución satisfactoria y que ello no suponga perjudicar el mantenimiento en un estado de conservación favorable de las poblaciones de la especie de que se trate en un área de distribución natural, las administraciones públicas competentes podrán establecer excepciones a lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12, cuando el fin de ello sea: a)... b)... c) en beneficio de la salud y seguridad públicas o por razones imperativas de orden público de primer orden incluidas las de carácter socioeconómico y consecuencias beneficiosas de importancia primordial para el medio ambiente."

La Directiva Hábitat exige la intervención de la Comisión Europea. Pues bien, ésta en su dictamen de 27 de abril de 1995 al analizar la necesidad de realizar una obra pública (un tramo de la futura autopista A-20 en la República federal alemana), valora las razones de interés público que justifican la realización del proyecto en un lugar en el que había un hábitat natural y una especie de ave prioritaria. La evaluación ambiental del proyecto había sido negativa desde este punto de vista, pero este hecho, afirma la Comisión, no puede desvincularse del resto de condiciones previstas en el artículo 6 de la Directiva, que son, por un lado, la falta

En esta nueva Ley de EAE se han introducido además aspectos que, aun cuando no eran objeto de la demanda de la Comisión Europea, eran necesarios abordar para agilizar los trámites de los procedimientos junto con otras medidas que el Ministerio de Medio Ambiente ha puesto en marcha para dotar de eficiencia y rapidez la resolución de los expedientes que debe ser evaluados. Así se completa la regulación sobre los contenidos de los documentos para hacer la EIA, modificando el RD 1302/1986, y de manera muy precisa los reajustes en los plazos de los trámites de consultas, así como el plazo de 2 años para que el promotor de un proyecto realice la información pública del mismo, o de la caducidad de la Declaración de Impacto Ambiental formulada por el Ministerio de Medio Ambiente si en el plazo de cinco años el promotor de la actividad no hubiera comenzado su ejecución.

Debemos tener en cuenta que según su régimen transitorio, y para evitar condenas ante el Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas por no transponer en tiempos la Directiva, la Disposición Transitoria Primera. Relativa a Planes y programas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, nos dice que la obligación a que hace referencia el art. 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004. Por su parte, la obligación a que hace referencia el art. 7 se aplicará a los planes y programas cuyo primer acto preparatorio formal sea anterior al 21 de julio de 2004 y cuya aprobación, ya sea con carácter definitivo, ya sea como requisito previo para su remisión a las Cortes Generales o, en su caso, a las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, se produzca con posterioridad al 21 de julio de 2006, salvo que la Administración pública competente decida, caso por caso y de forma motivada, que ello es inviable. En tal supuesto, se informará al público de la decisión adoptada.

A los efectos de lo previsto en esta disposición transitoria, se entenderá por el primer acto preparatorio formal el documento oficial de una Administración pública competente que manifieste la intención de promover la elaboración del contenido de un plan o programa y movilizarse para ello recursos económicos y técnicos que hagan posible su presentación para su aprobación. Por tanto tenemos una aplicación retroactiva de la ley a determinados planes y programas que deberá ser tenida en cuenta a la hora de su control o revisión.

Este derecho transitorio hace que debamos recordar la doctrina del TJCE resumida en la TJCE Sala 3ª, S 16-3-2006, nº C-332/2004, donde se condena a España por no adaptar la anterior directiva sobre evaluación de impacto ambiental.

En efecto el TJCE afirma lo siguiente:

"65. Por lo que se refiere a la obligación de realizar la evaluación de impacto ambiental, el Tribunal de Justicia ha declarado, en diversas ocasiones, que ésta se aplica a todos los proyectos a los que afecta la Directiva 85/337 inicial, cuyas solicitudes de autorización hayan sido presentadas después de finalizar el plazo de adaptación del Derecho interno. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha resuelto que dicha Directiva no permite a un Estado miembro que haya adaptado su ordenamiento jurídico nacional a esa Directiva con posterioridad a la fecha de expiración del plazo de adaptación, dispensar, mediante una disposición transitoria, de las obligaciones relativas a la evaluación del impacto ambiental exigida por la Directiva a los proyectos cuyo procedimiento de aprobación se había iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley nacional de adaptación del Derecho interno, pero con posterioridad a la fecha límite fijada para esa adaptación (véanse, en particular, las sentencias de 9 de agosto de 1994, Bund Naturschutz in Bayern y otros, C-396/92, Rec. p. I-3717, apartado 20; de 22 de octubre de 1998, Comisión/Alemania, C-301/95, Rec. p. I-6135, apartado 29, y de 21 de enero de 1999, Comisión/Portugal, C-150/97, Rec. p. I-259, apartado 23).

los recursos naturales y garantizar un desarrollo sostenible. Se trata de que en el momento de la planificación —de los planes y programas— que se realiza desde las Administraciones Públicas para satisfacer las necesidades sociales (en temas de transporte, urbanismo, agua, energía, etcétera), se contemplen prioritariamente los aspectos ambientales para decidir qué y cómo debe hacerse a fin de proteger a la población, la biodiversidad, la salud humana, la flora, la fauna, el agua, el clima y la calidad del aire, el patrimonio histórico o el paisaje.

La Ley 9/2006 pone en marcha los mecanismos necesarios mediante un procedimiento que contempla una amplia e importante participación pública. Las necesidades sociales han de ser planificadas contando con los interesados y afectados por la materia sobre la que se planifica, mediante los cauces que la ley establece para que el público sea parte de la toma de las decisiones.

La Administración que debe evaluar el Plan o Programa debe previamente elaborar un Informe de Sostenibilidad Ambiental (ISA) (arts. 8 y 9 de la Ley) donde se recoge toda la información necesaria sobre cuáles son los impactos sobre el medio ambiente, cómo se solucionan o corrigen, qué opciones o alternativas son las mejores ambientalmente para conseguir los objetivos del plan. El contenido específico de este ISA, en el caso de los planes que deban ser aprobados por la Administración General del Estado, se define por el Ministerio de Medio Ambiente, a través de un proceso participativo previo con las Comunidades Autónomas, Organismos oficiales, administraciones implicadas en la materia y ONG. Para los planes y programas que se deban aprobar en el ámbito de competencias de las Comunidades Autónomas, el contenido del ISA lo establece cada Comunidad.

Una vez elaborado el ISA y el Plan inicial, ambos deben pasar un proceso de consulta pública y resolver las alegaciones y aspectos que se susciten. Finalizada esa fase se elabora una Memoria Ambiental (art 12) de forma conjunta y coordinada entre el Ministerio de Medio Ambiente y el Departamento responsable de la planificación sectorial. Para los planes y programas que elaboren las Administraciones locales y las autonómicas serán evaluados por el órgano que designe cada Comunidad Autónoma. En cualquier caso deberá tener el acuerdo del correspondiente órgano ambiental. Este procedimiento de abordar el final del proceso de EAE tiene el objeto de implicar precisamente al responsable del Plan o Programa en la determinación de los criterios y condicionantes ambientales que tienen que figurar el plan cuando éste sea aprobado.

La ley prevé la realización de consultas transfronterizas con otros países en el caso de que pudieran ser afectados por los planes que se elaboran en España. Y de forma recíproca para aquellos planes de otros países que pudieran afectar a España.

La Ley aborda con detalle la regulación de los trámites que deben ser seguidos, los contenidos de los documentos y las obligaciones de las Administraciones y de los participantes en el proceso de evaluación. Se da gran importancia a las garantías para que exista una transparencia total y absoluta de las decisiones que se adoptan y los motivos de porqué se han adoptado, así como sobre las condiciones para que los contenidos de los documentos puedan ser consultados por los interesados.

Se corrige específicamente en la nueva Ley la deficiencia que arrastraba en relación a los proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y aparcamientos. Esta actividad no estaba bien regulada en la ley de EIA del año 2001, pues limitaba la posibilidad de hacer EIA a los proyectos de urbanizaciones que se realizasen en suelo urbano.

84. Según la Comisión, no se puede cuestionar esta afirmación dado que dicho proyecto fue presentado como el segundo complejo de cines más grande de Europa, se encuentra situado en zona urbana, colindante con urbanizaciones ya existentes y próxima a zonas de desarrollo urbano, y se prevé una afluencia semanal de 60.000 personas.

85. El Gobierno español justifica la omisión de evaluación de impacto ambiental de este proyecto alegando que el centro controvertido será construido en suelo urbano, es decir, en terrenos que están totalmente transformados, bien por contar, como mínimo, con acceso rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, bien por estar consolidados con la edificación en la forma y con las características que establece la legislación urbanística aplicable, o bien porque en ejecución del planeamiento hayan sido urbanizados de acuerdo con el mismo. Considera que, tratándose pues de un proyecto que se ejecutará sobre un terreno completamente transformado, el impacto sobre el medio ambiente no puede ser importante.

86. El incumplimiento reprochado por la Comisión en este motivo no es sino la consecuencia de aplicar a un caso particular la legislación que ya ha sido considerada contraria al Derecho comunitario en el examen del cuarto motivo. En efecto, la aplicación de la legislación nacional, que excluye someter al procedimiento de autorización y evaluación de impacto ambiental los proyectos de urbanización en zonas urbanas, tiene como resultado la liberación de tales obligaciones por lo que respecta al proyecto de construcción del centro de ocio controvertido.

87. Pues bien, por una parte, en vista de las dimensiones, naturaleza y localización de este proyecto, no se puede excluir, de entrada, que no pueda tener repercusiones importantes en el medio ambiente. Por otra parte, como se ha demostrado al examinar el cuarto motivo, la legislación española en materia de medio ambiente, aplicada al proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, no se ajusta a la Directiva 85/337 modificada, en la medida en que no se obliga a las autoridades competentes a determinar si la ejecución de proyectos de urbanización, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos en zonas urbanas, conlleva el riesgo de provocar efectos importantes en el medio ambiente y, de ser así, a someter estos proyectos a una evaluación de impacto ambiental.

88. Por lo tanto, se ha de considerar fundado el quinto motivo.

89. En vista del conjunto de las consideraciones anteriores, procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 85/337 modificada y 97/11:

– al no haber adaptado el Derecho español de forma completa al artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada;

– al no haber adaptado el Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada;

– al no haber cumplido el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11;

– al no haber adaptado el Derecho español de manera correcta al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337 modificada, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva,

– al no haber sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, y consiguientemente, al no haber aplicado lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3, 4, apartado 2, 8 y 9 de la Directiva 85/337 modificada. Costas

90. En virtud del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión que se condene en costas al Reino de España y haber sido desestimados los motivos formulados por éste, procede condenarlo en costas. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) decide:

1) Declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, así como de esta última Directiva, al no haber adaptado el Derecho español de forma completa al artículo 3 de la Directiva

86. Como la Comisión subraya acertadamente, esta jurisprudencia es válida, mutatis mutandis, para interpretar el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11. En consecuencia, no se permite que un Estado miembro retrase, mediante la adopción tardía de disposiciones destinadas a la adaptación del Derecho interno a las modificaciones introducidas por la Directiva 97/11 en la Directiva 85/337 inicial, la aplicación de dichas disposiciones más allá de la fecha señalada en la Directiva 97/11. La interpretación opuesta provocaría un aplazamiento de la fecha límite y sería contraria a las obligaciones que se derivan de la Directiva 97/11 (véase, en este sentido, la sentencia Bund Naturschutz in Bayern y otros, antes citada, apartados 19 y 20).

67. El riesgo de que, según el Gobierno español, sean lesionados los derechos de los particulares que presentaron una solicitud de autorización antes del 8 de octubre de 2000, fecha de entrada en vigor del Real Decreto-Ley 9/2000, no puede dispensar a este Estado miembro de adoptar, conforme al objetivo de la Directiva 97/11, las medidas útiles para que, por una parte, estén sujetos a una solicitud de autorización los proyectos que requieran una evaluación, y, por otra, a partir del 14 de marzo de 1999, estén sometidas, en principio, a una evaluación sistemática nuevas categorías de proyectos, añadidas al anexo I de la Directiva 85/337 modificada. (...)

77. Pues bien, al limitar la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de urbanización sólo a los proyectos que se sitúan en suelo no urbano, el Gobierno español se limita a aplicar el criterio de la localización, que no es más que uno de los tres criterios mencionados en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, sin tener en cuenta los otros dos criterios, a saber, la naturaleza y las dimensiones del proyecto.

78. Por otra parte, en la medida en que prevé la evaluación de impacto ambiental únicamente para los proyectos de urbanización fuera de las zonas urbanas, la legislación española aplica de modo incompleto el criterio de la localización.

79. En efecto, las áreas de gran densidad demográfica, así como los paisajes con significación histórica, cultural o arqueológica, recogidos en el anexo III, punto 2, letras g) y h), de la Directiva 85/337 modificada, figuran entre los criterios de selección que los Estados miembros deben tener en cuenta, conforme al artículo 4, apartado 3, de dicha Directiva, para examinar caso por caso o para establecer umbrales o criterios a los efectos del apartado 2 de dicho artículo, con el fin de determinar si un proyecto debe ser objeto de evaluación. Pues bien, como subraya acertadamente la Comisión, esos criterios de selección suelen afectar a las zonas urbanas.

80. La tesis que defiende el Gobierno español, de que en las zonas urbanas el impacto ambiental de los proyectos de urbanización es prácticamente inexistente, tampoco puede ser acogida en vista de la lista de factores que pueden verse afectados directa o indirectamente por los proyectos a los que se refiere la Directiva 85/337 modificada.

81. En efecto, estos factores, enumerados en el artículo 3 de la Directiva 85/337 modificada, se encuentran tanto dentro como fuera de las zonas urbanas y las probabilidades de verse afectados por uno de los proyectos antes mencionados no varían necesariamente en función de la situación de estas zonas. En todo caso, ni los considerandos ni las disposiciones de la Directiva 85/337 modificada apoyan la interpretación de que no todos los proyectos de urbanización en zonas urbanas pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente en el sentido del artículo 1, apartado 1, de esta Directiva y pueden, por tanto, ser excluidos del requisito de autorización y evaluación con respecto a sus efectos.

82. En estas circunstancias, procede acoger el cuarto motivo formulado por la Comisión.

Sobre el quinto motivo, basado en la omisión de evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna

83. Sobre este extremo, la Comisión alega que el Gobierno español ha aplicado incorrectamente lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3 y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 modificada, en relación con el punto 10, letra b), de su anexo II, así como los artículos 8 y 9 de la misma Directiva, dado que no ha adoptado ninguna medida destinada a comprobar si el proyecto de construcción del centro de ocio situado en Paterna podía tener repercusiones importantes en el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, dimensiones o localización.

2. Medidas europeas en materia de suelo

Seguidamente, deben mencionarse los documentos europeos que se ocupan del suelo, a partir del proceso iniciado con la Comunicación de la Comisión Europea "Hacia una Estrategia Temática para la Protección del Suelo" [COM (2002) 179 final, Bruselas, 16.4.2002], que, de acuerdo con el Sexto Programa Ambiental (2001-2002 a 2012) al estimar necesario integrar la dimensión ambiental en la planificación y gestión de los usos del suelo, analiza las amenazas más destacables, como la erosión, la contaminación, la salinización, la pérdida de materia orgánica y de biodiversidad; así como las Políticas de la Unión Europea aplicables al suelo y las acciones previstas para afrontarlas. Este documento fue objeto de una discusión informal, a propuesta de la Presidencia española, en el Consejo de Medio Ambiente sobre "Política de Protección Integrada de la Calidad del Suelo", celebrada los días 24 a 26 de mayo de 2002, en Palma de Mallorca (España), en que se analizan las funciones del suelo, su degradación, y las medidas a adoptar, en el marco de elaboración de una estrategia temática, para establecer las bases de una Política Europea en la materia; previsiones que asume el Consejo citado y que se reiteran formalmente en el también Consejo de Medio Ambiente de 25 de junio de 2002, ambos bajo Presidencia española.

Posteriormente, la Comisión, en el mismo marco de desarrollo del Sexto Programa Ambiental, adopta la Estrategia Temática para la Protección del Suelo [COM (2006)

231 final, Bruselas, 22.9.2006, acompañada de la propuesta de Directiva COM (2006)

232 final, de la misma fecha], iniciándose con la justificación de la misma, y destacando la preocupante situación del estado del suelo en Europa, la incidencia de las actividades humanas y las modificaciones significativas que se han producido en la utilización del suelo, así como su tendencia creciente, la Estrategia incluye como objetivos propios la protección y utilización sostenible de los suelos, sobre la base de los principios rectores relativos a la prevención de su degradación y la conservación de sus funciones (con medidas que incidan en su uso y en las pautas de su gestión, así como sobre la fuente de las mismas) y de la restauración del suelo degradado; justificándose la intervención de la Unión Europea en que la degradación del suelo afecta a otros ámbitos regulados por la legislación comunitaria, en la posibilidad de que regulaciones nacionales produzcan falseamientos del mercado interior, la seguridad alimentaria por la incidencia de los contaminantes del suelo en los cultivos y por la dimensión internacional. Para ello, la Estrategia se estructura sobre cuatro ejes: establecer una Directiva marco sobre el suelo, aumentar la actividad de investigación en la materia, integrar la protección del suelo en las restantes políticas europeas (principalmente agricultura, desarrollo regional, transportes e investigación) y aumentar la sensibilización de los ciudadanos respecto a la situación del suelo. Además, señala las próximas acciones y medidas a adoptar, de carácter no nativo (modificación de las Directivas sobre Lodos de Depuradora y de Control Integrado de la Contaminación), de investigación, comprobar la obligación de tener en cuenta la protección del suelo en los planes de desarrollo rural del período 2007-2013, definición de mejores prácticas para reducir los perjuicios del sellado, establecer un sólido enfoque de interacción entre la protección del suelo y el cambio climático y, entre otras, fijar las sinergias entre la protección del suelo y los planes de las cuencas hidrográficas y sobre las costas. Por su parte, la Propuesta de Directiva [COM (2006) 232 final, Bruselas, 22.9.2006] destaca, en su primera parte, las amenazas existentes en la actualidad sobre el suelo (erosión, pérdida de materia orgánica, compactación, salinización y desplazamientos de tierra;

85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, al no haber adaptado el Derecho español al artículo 9, apartado 1, de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, al haber incumplido el régimen transitorio establecido por el artículo 3 de la Directiva 97/11, al no haber adaptado el Derecho español de manera correcta al punto 10, letra b), del anexo II de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11, en relación con los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de dicha Directiva, y al no haber sometido al procedimiento de evaluación de impacto ambiental el proyecto de construcción de un centro de ocio en Paterna, y consiguientemente, al no haber aplicado lo dispuesto en los artículos 2, apartado 1, 3, 4, apartado 2, 8 y 9 de la Directiva 85/337, en su versión modificada por la Directiva 97/11.
2) Condenar en costas al Reino de España."

VI. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU INFLUENCIA SOBRE EL TERRITORIO MUNICIPAL A TRAVÉS DE LOS CONDICIONANTES EN LA PLANIFICACIÓN TERRITORIAL Y URBANÍSTICA. ESTABLECIMIENTO DE CRITERIOS DE PLANIFICACIÓN SUPRATERRITORIALES QUE VINCULAN A ESTADOS, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y CORPORACIONES LOCALES

La Unión Europea, como es bien sabido, carece de competencias en materia de urbanismo, territorio, suelo o vivienda. Los Tratados Europeos vigentes (el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea según las versiones del Tratado de Niza, de 2001-2003) no contienen disposición alguna que se refiera directamente a estas materias, aunque sí hay referencias a las mismas en otras Políticas Comunitarias, de forma indirecta, como las relativas al Medio Ambiente, a la Cohesión Económica y Social, a la Salud o a los Transportes y a las Redes Transeuropeas de Transportes.

No obstante, y teniendo en cuenta que, en efecto, "...el suelo es un recurso vital y en gran parte no renovable que está sometido a una presión cada vez mayor.../...Desempeña una serie de funciones clave tanto medioambientales como sociales y económicas, que resultan fundamentales para la vida..." [Comunicación de la Comisión "Hacia una estrategia temática para la protección del suelo", COM (2002) 179 final, Bruselas, 16.4.2002], y que, como hemos señalado, nos encontramos en una de las partes del mundo más urbanizadas, la Unión Europea, a lo largo del tiempo, se ha preocupado del territorio, del suelo y de las ciudades desde puntos de vista distintos, y Políticas Comunitarias también diversas.

1. Actuaciones globales sobre el territorio europeo

En este ámbito podemos citar los Documentos de la Comisión "Europa 2000", de 1991, y "Europa 2000 +: Cooperación para el Desarrollo del Territorio Europeo", de 1994, que realizan un análisis global sobre los grandes problemas y cuestiones del territorio europeo, entre los que destaca el sistema urbano europeo, resaltando su interdependencia. Posteriormente, en mayo de 1999, se adoptará la "Estrategia Territorial Europea", en un Consejo celebrado bajo Presidencia alemana en Postdam (Alemania); entre cuyos objetivos políticos se incluyen el desarrollo de un sistema urbano policéntrico y equilibrado, y de una nueva relación entre la ciudad y el campo, así como, entre otros, la gestión prudente del medio natural y del patrimonio cultural.

El Sexto Programa Ambiental (2001/2002-2012), seguidamente, confirma que una ordenación del territorio que incorpore la variable ambiental constituye uno de los planteamientos básicos sin los que no podrán alcanzarse las metas y objetivos previstos.

Seguidamente, de acuerdo con el anterior, la Comisión aprobará la Comunicación "Hacia una Estrategia Temática sobre el Medio Ambiente Urbano [COM (2004) 60 final, Bruselas, 11. 2. 2004]; Texto que establece un diagnóstico de la situación urbana, y se centra concretamente en la gestión urbana sostenible [estimando necesaria una visión clara y una estrategia global, así como un plan de acción para alcanzar los objetivos adecuados y flexibilizar la roma de decisiones, rompiendo las barreras físicas con los Municipios colindantes y con otros órganos de la misma Administración, fomentando cambios de actitudes; en este punto, la Comunicación estima imprescindible una gestión activa e integrada de los aspectos ambientales de una zona urbana, para lo cual, propone la elaboración por las Administraciones locales de un plan ambiental y un sistema de gestión medioambiental apropiado, considerándose que se podrían establecer exigencias europeas para las capitales y ciudades europeas de más de 100.000 habitantes], en el transporte urbano sostenible [previniendo la necesidad de elaborar Planes de Transporte Urbano Sostenible para las capitales y ciudades con más de 100.000 habitantes], en la construcción sostenible [proponiendo elaborar una metodología común europea para evaluar la sostenibilidad de los edificios y del entorno construido con indicadores de costes, el fomento de Programas Nacionales de Construcción Sostenible, fomentar el uso por los Estados Miembros de requisitos de sostenibilidad en los procedimientos públicos de contratación de obras y edificios incluyendo medidas fiscales de incentivar, y medidas de formación, de reducción de los residuos y de fomento del etiquetado ambiental de los materiales de la construcción] y, en particular, en el urbanismo sostenible [en que, sobre la base de un diagnóstico preocupante, se incluyen medidas relativas al fomento por los Estados Miembros de sistemas de planificación de la expansión de las ciudades con una estrategia a largo plazo, con modelos sostenibles y teniendo en cuenta los riesgos ambientales; impedir los procesos incontrolados de la expansión urbana; fomento del uso de zonas industriales abandonadas en sustitución de la ocupación de suelos libres, creando bases de datos y fijando objetivos y ayudas para aprovechar edificios vacíos; fijar densidades mínimas para las zonas residenciales, para propiciar la diversificación urbana y frenar la expansión; elaboración de unas directrices europeas para la ordenación de alta densidad y multifuncionalidad, y finalmente actividades de formación, información e investigación]. Todo ello debe llevarse a cabo con un enfoque más integrado, fomentando la adopción por las Autoridades locales de un Plan Ambiental integrado y el uso del Sistema de Gestión Medioambiental en la ciudad. Además, se estima necesario que los Estados Miembros elaboren una Estrategia Nacional de Medio Ambiente Urbano, así como estrategias regionales, que tengan en cuenta los objetivos locales, que se proceda a crear Puntos Focales para el Medio Ambiente Urbano, como instrumentos de información, de sensibilización y del fomento de buenas prácticas en la materia [asi, p. ej., la Red Europea de Conocimiento Urbano (eukn-European Urban Knowledge Network) se creará por la Presidencia holandesa en una reunión ministerial informal celebrada en Róterdam en 2004, y la Directiva 2007/2/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea INSPIRE, DOUE L 108, 25.4.2007]; todo ello con una mayor coordinación entre las Administraciones Públicas.

contaminación del suelo; sellado; diversidad biológica del suelo) y las medidas para hacerles frente. En este punto, también debe mencionar el establecimiento de criterios ecológicos y los requisitos para la concesión de la etiqueta ecológica comunitaria a las emiendadas del suelo (Decisión 2006/799/CE de la Comisión, de 3 de noviembre de 2006, DOUE L, 24.11.2006).

3. La política de la unión europea en materia de medio ambiente urbano y sostenibilidad

Finalmente, el tercer grupo de textos y documentos europeos hacen referencia directa al medio ambiente urbano y a la sostenibilidad de las ciudades, cuyos antecedentes históricos se encuentran en las redes de las ciudades saludables, creadas en el Reino Unido en el siglo XIX.

Las iniciativas comienzan con el trascendental "Libro Verde del Medio Ambiente Urbano" [COM (90) 218 final, Bruselas, 26 de junio de 1990], que realiza una descripción completa y con visión de futuro de los retos del mismo, y, en 1993 el proyecto de las Ciudades Sostenibles, que se plasmará en la "Carta de Ciudades Europeas Sostenibles", adoptada en la Conferencia de Aalborg (Dinamarca) de 1994, en la que se incide en los temas ambientales de las ciudades y se incluye el compromiso de elaboración de Agendas 21. Principios que se reiteran en el Plan de Acción de Lisboa adoptado el 8 de octubre de 1996 y en el "Informe sobre las Ciudades Sostenibles", elaborado por el Grupo de Expertos creado en 1991, y centrado en la sostenibilidad de las zonas urbanas, aunque también tiene en cuenta las pequeñas ciudades, las áreas metropolitanas o los centros urbanos. Más tarde, en junio de 2004, Dinamarca volvió a acoger la denominada Conferencia "Aalborg + 10", reiterando los principios y las medidas en la materia.

En esa época, el Quinto Programa Ambiental (1993-2000) consideró la planificación sectorial y espacial como uno de los instrumentos a utilizar para alcanzar el desarrollo sostenible, señalando que "el uso prudente del suelo y la planificación estructural pueden proporcionar el marco y las normas básicas para el desarrollo socioeconómico y la salud ecológica de un país, región o localidad", y añadiendo que tal planificación integrada en la que se optimice la proporción de la participación de los distintos usos y actividades "de un modo coherente con la capacidad sustentadora del medio ambiente ... constituirá un elemento de particular importancia en el afán de alcanzar una mayor cohesión económica y social en la Comunidad".

Sin embargo, la política europea en esta materia se inicia con la Comunicación de la Comisión "Hacia una Política Urbana para la Unión Europea" [COM (97) 197 final, Bruselas, 6.5.1997], en la que, después de describir los retos que plantean las ciudades, se hace referencia a las Políticas Europeas implicadas y a algunas orientaciones para el futuro (como, p. ej., adoptar una perspectiva urbana en las Políticas propias, potenciar los servicios de interés público relacionados con el desarrollo urbano, las contribuciones de los Fondos Europeos o llevar a cabo los intercambios de experiencias y conocimientos).

A la misma, le seguirá la Comunicación de la Comisión "Marco de Actuación para el Desarrollo Urbano Sostenible en la Unión Europea" [COM (1998) 605 final, Bruselas, 28.10.1998], en la que se prevén, entre otras, medidas para aumentar la prosperidad y el empleo en las ciudades; el fomento de la igualdad, la integración Social y la regeneración urbana; proteger y mejorar el medio ambiente urbano, y contribuir a un buen gobierno urbano y a la participación ciudadana.

proceso que ha sido objeto de una reflexión general en la reunión informal de los Ministros de Desarrollo Urbano y de Cohesión Territorial de la Unión Europea, celebrada bajo Presidencia alemana en la ciudad de Leipzig los días 24 y 25 de mayo de 2007; llegándose a aprobar la llamada "Carta de Leipzig sobre Ciudades Europeas Sostenibles" y la Agenda Territorial de la Unión Europea (subtitulada "Hacia una Europa más competitiva y sostenible de regiones diversas").

La Carta de Leipzig, adoptada el día 24, sobre la base de los documentos mencionados y de otros preparados por la Presidencia alemana, considera a las ciudades europeas como "entes valiosos e irremplazables económica, social y culturalmente", y recuerda los problemas de las mismas, ya conocidos (problemas ambientales, demográficos, sociales, etc.), por lo que se realizan diversas recomendaciones relativas a "Hacer un mayor uso de los enfoques relacionados con la política integrada de desarrollo urbano" (entendiendo por tal la política que tenga en cuenta, simultánea y equitativamente, las preocupaciones e intereses relevantes para el desarrollo urbano, y plasmándose en un proceso en el que se coordinan los aspectos espaciales, sectoriales y temporales de las áreas clave de la política urbana, e implicando a los agentes interesados; y traducidos en las estrategias de acción sobre creación y consolidación de espacios públicos de alta calidad, modernización de las redes de infraestructuras y mejora de la eficiencia energética, y la innovación preactiva y las políticas educativas), a "Prestar especial atención a los barrios menos favorecidos dentro del contexto global de la ciudad" (incluyendo las estrategias de acción sobre mejora del medio ambiente físico, fortalecer a nivel local la economía y la política del mercado laboral, una educación preactiva y políticas de formación para niños y jóvenes, y el fomento de un transporte urbano eficiente y asequible); principios que deben enfatizarse a nivel nacional y a otros niveles, con el complemento de las iniciativas europeas en la materia.

Por su parte, la Agenda Territorial Europea fue lanzada, en noviembre de 2004, en la reunión de Róterdam (Países Bajos) de Ministros responsables de Política Territorial (que actúa como máximo foro informal para el impulso de estas políticas a escala comunitaria); ha continuado en la siguiente reunión de los Ministros en Luxemburgo, en mayo de 2005, donde se ha establecido un programa de trabajo que se ha plasmado en la adopción, el 25 mayo de 2007, en Leipzig (Alemania) de un documento llamado Agenda Territorial de la Unión Europea. Con esta Agenda Territorial se pretende profundizar en el concepto de cohesión territorial e introducir la dimensión territorial en las Estrategia Europea de Lisboa y de Desarrollo Sostenible, reforzando la estructura territorial de la Unión, logrando una mayor coherencia de las políticas comunitarias y nacionales con impacto territorial y promoviendo la cooperación territorial en Europa.

4. Propuesta directiva del suelo y armonización de datos espaciales (inspire)

La Comisión Europea ha presentado una "Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco para la protección del suelo y se modifica la Directiva 2004/35/CE" y una "Comunicación sobre la Estrategia temática para la Protección del suelo" que constituye una continuación de la Comunicación de 2002.

Para fundamentar la intervención comunitaria la Comisión argumenta que el suelo es un recurso natural no renovable que en muchos lugares de la UE se está deteriorando como consecuencia de la actividad humana, como la industria, el turismo y el desarrollo urbano o las infraestructuras de transporte, y debido a algunas actividades de la agricultura y la silvicultura.

Seguidamente, la Comisión aprobó la Comunicación sobre "Una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano" [COM (2005) 718 final, Bruselas, 11. 1. 2006]. Este nuevo texto, que desarrolla el Sexto Programa Ambiental, destaca la importancia de las ciudades en la Unión Europea así como sus retos ambientales (calidad del aire, circulación de vehículos, congestión de circulación y actividades, ruido, construcción de mala calidad, crecimiento urbano desordenado, residuos o aguas), y las causas (cambios en las formas de vida social, cambios demográficos y movilidad, nivel de vida, etc.). Al estimarse que están interrelacionados, se estiman necesarios los enfoques integrados en la materia, destacando el papel de las Autoridades locales. Entre las medidas propuestas, podemos destacar la adopción de un enfoque integrado para la gestión del medio urbano; la elaboración de planes de transporte urbano sostenible; fomentar el intercambio de buenas prácticas en la Unión Europea; crear un portal en Internet en esta materia para las autoridades locales; aumentar la formación en el ámbito local; utilizar la experiencia de otras Políticas y otros Programas Europeos y atender a las sinergias con otras Políticas (previniendo así medidas para paliar el cambio climático, incluyendo planes de gestión urbana integrada y de transporte urbano sostenible, fomentar la construcción sostenible, mejorando el rendimiento energético, adoptar mejores prácticas en los edificios públicos, fomentar la contratación pública sostenible y la rehabilitación de edificios, medidas energéticas generales y métodos para evaluar el comportamiento ambiental d los edificios; medidas sobre la naturaleza y la biodiversidad; acciones en relación con la calidad de vida y, finalmente, sobre el uso sostenible de los recursos naturales), y aumentar la base de conocimientos y seguimiento (previendo que la Comisión realice una gran consulta pública sobre la materia en 2009 y evaluar el comportamiento ambiental de las ciudades en 2010, en el contexto de la revisión del Sexto Programa Ambiental).

El Consejo de Medio Ambiente, celebrado el 27 de junio de 2006 en Luxemburgo (sesión núm. 2740, doc. núm. 10876/06), adoptó unas "Conclusiones sobre Medio Ambiente Urbano", en las que recuerda las previsiones del Sexto Programa, la importancia de un medio ambiente limpio y saludable, y destaca la trascendencia de las ciudades y las áreas urbanas para la lucha contra la contaminación atmosférica y el cambio climático; acoge con satisfacción la Estrategia Temática, en particular su orientación sobre la gestión integrada del medio ambiente urbano, que considera, junto a un enfoque también integrado sobre el transporte sostenible, como un instrumento adecuado para enfrentarse a los desafíos ambientales de las ciudades. Por su parte, el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Estrategia, aprobado el 13 de septiembre de 2006 (DOUE C 318, 23.12.2006), acoge favorablemente la misma, destacando la relevancia de la materia para los ciudadanos europeos y realizando diversas precisiones sobre la misma, y también el Parlamento Europeo, con más críticas y precisiones, mediante el Informe de la Comisión de Medio Ambiente, de 29 de junio de 2006 [A6-0233/2006 final], convertido en la Resolución de 26 de septiembre de 2006 sobre la misma [P6 TA (2006) 0367]. En esta misma dirección, también puede citarse el Informe de la Comisión de Desarrollo Regional del Parlamento Europeo, de 28 de marzo de 2007, sobre "La política de vivienda y la política regional" (A6-0090/2007 final), que se ha plasmado en la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de mayo de 2007 (P6 TA-PROV (2007)0183).

El debate sobre las ciudades sostenibles ha continuado en la Unión Europea a través de las reuniones de los Ministros competentes, plasmándose en diversos documentos (como la Acción de Lille, de 2 de noviembre de 2000; el denominado "Urban acquis" de Róterdam, de 30 de noviembre de 2004, y sobre todo la Declaración de Bristol, de 6 de diciembre de 2005);

- el Anexo II contiene la "Lista de actividades potencialmente contaminantes del suelo" que deberá aplicarse en la elaboración del "Inventario de terreno contaminados".

A este objetivo de unificación metodológica apunta un interesante y reciente programa comunitario, ESPON, que, entre otras acciones, desarrolla una metodología común que permita la comparación y homogeneidad de los distintos datos (registros, características de los mapas, indicadores, metodologías para el análisis de impactos...) nacionales en materia territorial.

Un avance notable en este campo lo constituye Directiva 2007/ 2/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2007, por la que se establece una infraestructura de información espacial en la Comunidad Europea (*Inspire*). Esta Directiva quiere resolver un importante problema que empaña la efectividad y seguimiento de las políticas ambientales europeas: la gran diversidad de formatos y estructuras con arreglo a los cuales se organizan los datos espaciales o se accede a ellos en la Comunidad dificulta una formulación, aplicación, seguimiento y evaluación eficientes de la legislación comunitaria. En consecuencia, la Directiva establece unas medidas que facilitarán la utilización de datos espaciales de diversas fuentes en todos los Estados miembros. Están concebidas de forma que los conjuntos de datos espaciales sean *interoperables*, imponiendo a los Estados el acceso a datos o informaciones que resulten necesarios para alcanzar la interoperabilidad.

También las iniciativas y acciones de base compartida, comunitaria y nacional, se beneficiarán de este sistema: así, aquellas establecidas por la legislación comunitaria, tales como la Decisión 2000/479/CE de la Comisión, de 17 de julio de 2000, relativa a la realización de un inventario europeo de emisiones contaminantes (EPER) con arreglo al artículo 15 de la Directiva 96/61/CE del Consejo relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (IPPC), y el Reglamento (CE) no 2152/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el seguimiento de los bosques y de las interacciones medioambientales en la Comunidad (Forest Focus), o en el marco de programas financiados por la Comunidad, por ejemplo, Corine land-cover, o el Sistema Europeo de Información sobre los Transportes (European Transport Policy Information System, ETIS), o pueden emanar de iniciativas adoptadas a nivel nacional o regional. Asimismo, facilitará los resultados de iniciativas europeas más ambiciosas, como las previstas en el Reglamento (CE) no 876/2002 del Consejo, por el que se crea la Empresa Común Galileo, y la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la vigilancia mundial del medio ambiente y la seguridad (GMES, Plan de Acción 2004-2008).

VII. LA LEGISLACIÓN ESTATAL DE SUELO COMO VÍA DE APLICACIÓN DIRECTA DE ESTAS ESTRATEGIAS COMUNITARIAS

La nueva Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (BOE del 29), está elaborada a partir del Proyecto de Ley de Suelo de 14 de julio de 2006.

Naturalmente, al ser esta nueva Ley de Suelo un texto del siglo XXI, la filosofía del desarrollo sostenible y de la integración del medio ambiente es visible en el mismo; si bien tiene otros caracteres fuertemente intervencionistas sobre la propiedad del suelo, algunos no muy justificados en la actual situación socioeconómica de España. Así, su Exposición de Motivos señala que:

"Sin duda, el crecimiento urbano sigue siendo necesario, pero hoy parece asimismo claro que el urbanismo debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible, minimi-

zando el impacto de aquel crecimiento y apostando por la regeneración de la ciudad existente. La Unión Europea insiste claramente en ello, por ejemplo en la Estrategia Territorial Europea o en la más reciente Comunicación de la Comisión sobre una Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, para lo que propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los grandes inconvenientes de la urbanización dispersa o desordenada: impacto ambiental, segregación social e ineficiencia económica por los elevados costes energéticos, de construcción y mantenimiento de infraestructuras y de prestación de los servicios públicos. El suelo, además de un recurso económico, es también un recurso natural, escaso y no renovable. Desde esta perspectiva, todo el suelo rural tiene un valor ambiental digno de ser ponderado y la liberalización del suelo no puede fundarse en una clasificación indiscriminada, sino, sujeta a una clasificación responsable del suelo urbanizables necesario para atender las necesidades económicas y sociales, en la apertura a la libre competencia de la iniciativa privada para su urbanización y en el arbitrio de medidas efectivas contra las prácticas especulativas, obstructivas y retenedoras de suelo, de manera que el suelo con destino urbano se ponga en uso ágil y efectivamente. Y el suelo urbano —la ciudad ya hecha— tiene asimismo un valor ambiental, como creación cultural colectiva que es objeto de una permanente recreación, por lo que sus características deben ser expresión de su naturaleza y su ordenación debe favorecer su rehabilitación y fomentar su uso".

Por ello, en base a lo anterior, el art. 2, relativo al "principio de desarrollo territorial y urbano sostenible" (encabezamiento que se introduce en la tramitación del texto en el Senado), establece que las políticas públicas en esta materia tienen como fin común la utilización del suelo conforme al interés general y al principio del desarrollo sostenible; estableciendo, como derivación de éste último, la necesidad de que estas políticas propicien el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de varias materias (unas que son totalmente oportunas, como la economía, el empleo, la protección del medio ambiente o la cohesión social, y otras que sobran claramente, por no tener absolutamente nada que ver con el suelo, como la referencia a la igualdad entre hombres y mujeres e incluso, en menor medida, a la salud y seguridad de las personas), contribuyendo así a prevenir y reducir la contaminación, proteger la naturaleza, la flora y la fauna, y el patrimonio cultural y el paisaje, la protección del medio rural, la preservación de los valores del suelo innecesario o no idóneo para atender las necesidades de transformación urbanística y para alcanzar un medio urbano adecuado.

A continuación, entre los derechos de los ciudadanos en la materia (art. 4), se reconocen, entre otros, el derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, "que constituya un domicilio libre de ruido u otras inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados", y el derecho de acceso a la información de las Administraciones en materia de territorio, urbanismo y evaluación ambiental.

Entre los deberes de los ciudadanos (art. 5), la nueva Ley establece los de "respetar y contribuir a preservar el medio ambiente, el patrimonio histórico y el paisaje natural y urbano, absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos por la legislación en la materia", respetar y usar racionalmente los bienes de dominio público y "cumplir los requisitos y las condiciones a que la legislación sujeta las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas" (utilizando aquí conceptos algo desfasados, al ser más adecuada las referencias a las actividades clasificadas, al control integrado de la contaminación o a la prevención ambiental).

La Comisión señala directamente a los responsables de la contaminación del suelo, que no siempre son los usuarios de los terrenos: en muchas ocasiones éstos sufren los efectos de la contaminación procedentes de la deposición atmosférica, la contaminación originada por los vertidos industriales en otras zonas, las inundaciones y otros vertidos de productos contaminantes, situaciones en las que los usuarios padecen efectos perjudiciales de los que no son en absoluto responsables. La Comisión subraya, a través de todo el texto que las medidas preventivas deberán aplicarse en la fuente de contaminación.

En la directiva marco se fijan principios, objetivos y medidas comunes. Los Estados miembros deberán aplicar procedimientos sistemáticos para determinar y frenar la degradación del suelo, adoptar medidas preventivas e integrar la protección del suelo en otros ámbitos.

En el artículo 1 de la Directiva se explica que las medidas incluyen la restauración y rehabilitación de los terrenos degradados de manera que alcancen un nivel de funcionalidad compatible como mínimo, con el uso actual y el futuro uso planificado.

No obstante, se deja cierto espacio para la flexibilidad. Corresponde a los Estados miembros decidir sobre el nivel de ambición, los objetivos específicos y las medidas para alcanzarlos. Esto se explica porque el fenómeno de la degradación varía enormemente de un lugar a otro de la UE, donde se cuentan hasta 320 tipos de tierras diferentes.

La Directiva establece, sin embargo, obligaciones concretas para los Estados, y entre ellas:

- identificación de las zonas donde existe un riesgo de erosión, reducción del número de sustancias orgánicas, compactación, salinización y deslizamiento de tierras; estas "zonas de riesgo" han de ser publicadas y revisadas cada diez años;
- programas de medidas para combatir la erosión, la pérdida de materia orgánica, la compactación, la salinización y los deslizamientos de tierras; estos programas han de ser publicados y revisados cada cinco años;
- redacción de un "inventario nacional de terrenos contaminados" que deberá publicarse y revisarse cada cinco años. La transmisión de terrenos incluidos en el inventario requiere la elaboración de un informe cuyo contenido viene establecido en la Directiva.

La propuesta de Directiva impone pues obligaciones de resultado, dejando un amplio margen a los Estados para alcanzarlos. Sin embargo, resulta interesante señalar que este margen viene de alguna forma reducido dada la unificación de métodos y parámetros que la Directiva establece como obligatorios para los Estados. En este sentido:

- el Anexo 1 relaciona los parámetros a considerar para la identificación de las distintas "Zonas de riesgo" (de erosión, de pérdida de materia orgánica, de compactación, de salinización, de deslizamiento de tierras) que deben ser publicadas y revisadas periódicamente;

Asimismo, la incidencia del medio ambiente es apreciable en la regulación de los deberes y cargas integrados en el contenido del derecho de propiedad del suelo, al mencionarse los relativos a la conservación del mismo en condiciones de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; estableciendo que, en el suelo rural o que esté vacante de edificación, el deber de conservación supone mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud públicas, daño o perjuicio a terceros o al interés general, incluido el ambiental, prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas, y mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo (art. 9).

Por otra parte, la nueva Ley, que ya no se refiere a las clases de suelo, regula las ahora denominadas "situaciones básicas del suelo" (art. 12), si bien en otros preceptos se refiere a las anteriores, siendo la "situación de suelo rural" la que incluye "en todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que deberá incluir, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural, los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquéllos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística"; si bien, asimismo, se incluye en esta situación el suelo previsto por los instrumentos planificadores para su transformación en suelo urbanizado, "hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización", y cualquier otro terreno que no se defina como suelo urbanizado. Estos terrenos que se encuentren en el suelo rural deben utilizarse conforme con su naturaleza y dedicarse a los usos "agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales", aunque son posibles de forma excepcional ciertos usos y actividades de interés público y social; prohibiéndose las parcelaciones y segregaciones urbanísticas; previéndose, no obstante, que la utilización de los terrenos con tales valores "quedará siempre sometida a la preservación" de los mismos y estrictas medidas respecto a la alteración de espacios naturales protegidos o de los incluidos en la Red Natura 2000 (art.13). Además, en relación al suelo rural, debe tenerse en cuenta la incidencia del Proyecto de Ley para el Desarrollo Sostenible del Medio Rural (BOCG-CD, Serie A, núm. 135-1, de 11 de mayo de 2007), así como, aunque tiene unos objetivos mucho más amplios, el Proyecto de Ley sobre Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (BOCG-CD, Serie A, núm. 140, 15 de junio de 2007).

Finalmente, entre las referencias más directas, el art. 15 de la nueva Ley regula la evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano; lo cual supone que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental conforme a la legislación correspondiente (tal como efectivamente se señala en el art. 3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre Evaluación de los Efectos de determinados Planes y Programas en el Medio Ambiente, BOE del 29), sin perjuicio, obviamente, de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que la requieran para su ejecución (según su legislación propia).

- las añadiduras o ampliaciones de proyectos existentes deben someterse a la ETA si su tamaño o escala u otros factores cumplen los requisitos aplicables a un proyecto nuevo de este tipo.

Esta doctrina jurisprudencial fue incorporándose en el texto de la norma en virtud de sucesivas modificaciones de la Directiva de 1985. La realizada por la Directiva 97/11/CE resulta especialmente significativa por dos razones: en primer lugar, porque sujeta a evaluación un buen número de proyectos con incidencia territorial; y en segundo lugar porque reduce la posibilidad de los Estados miembros de dejar de evaluar determinados proyectos.

De entre los nuevos proyectos incorporados por la Directiva de 1997 hay que destacar las nuevas incorporaciones al Epígrafe 10 "Proyectos de infraestructuras" y la incorporación de un nuevo epígrafe 12 dedicado a "Turismo y actividades recreativas", ambas del Anexo II.

En la actualidad, estos epígrafes quedan redactados en la Directiva con el siguiente tenor:

10. Proyectos de infraestructura
 - a) Proyectos de zonas industriales
 - b) Proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos
 - c) Construcción de vías ferroviarias, y de instalaciones de trasbordo intermodal, y de terminales intermodales (proyectos no incluidos en el Anexo I).
 - d) Construcción de aeródromos (proyectos no incluidos en el Anexo I).
 - e) Construcción de carreteras, puertos e instalaciones portuarias, incluidos los puertos pesqueros (proyectos no incluidos en el Anexo I).
 - f) Construcción de vías navegables tierra adentro (no incluidas en el Anexo I), obras de canalización y de alivio de inundaciones.
 - g) Presas y otras instalaciones destinadas a retener agua o a almacenarla, por largo tiempo (proyectos no incluidos en el Anexo I).
 - h) Tranvías, metros aéreos y subterráneos, líneas suspendidas o líneas similares de un determinado tipo, que sirvan exclusiva o principalmente para el transporte de pasajeros.
 - i) Instalaciones de oleoductos y gasoductos (proyectos no incluidos en el Anexo I.) j) Instalación de acueductos de larga distancia.
 - k) Obras costeras destinadas a combatir la erosión y obras marítimas que puedan alterar la costa, por ejemplo, por la construcción de diques, malecones, espigones y otras obras de defensa contra el mar, excluidos el mantenimiento y la reconstrucción de tales obras.
- 1) Proyectos de extracción de aguas subterráneas y de recarga artificial de acuíferos no incluidos en el Anexo I.
- m) Obras de trasvase de recursos hídricos entre cuencas fluviales (no incluidas en el Anexo I). (...)
12. Turismo y actividades recreativas
 - a) Pistas de esquí, remontes y teleféricos y construcciones asociadas.
 - b) Puertos deportivos.
 - c) Urbanizaciones turísticas y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas, y construcciones asociadas.
 - d) Campamentos permanentes para tiendas de campaña o caravanas.
 - e) Parques temáticos.

VIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS COMO REFERENCIA INTERPRETATIVA DE LAS NORMAS ESTATALES QUE HAN RECEPCIONADO EL DERECHO EUROPEO

1. Evaluación ambiental de centros comerciales y de ocio. Asunto Paterna, C-332/04 TJCE Sala 3ª, S 16-3-2006

La Sentencia, a la que ya se ha hecho referencia, reviste especial interés por varias razones: porque se dicta en un procedimiento de infracción del Derecho comunitario contra el Reino de España debido al incumplimiento del ordenamiento comunitario imputable a una Comunidad Autónoma; en segundo lugar, porque, dando continuidad a los criterios establecidos, establece una interpretación clara y meridiana respecto de las obligaciones de evaluación de los proyectos de urbanización; y en tercer lugar, porque tales criterios son plenamente aplicables a la posterior normativa de incorporación de la Directiva 2001/42/CE de Evaluación Ambiental de Planes y Programas, que puede considerarse continuadora de la anterior Directiva de Evaluación de Proyectos (85/337/CEE) que es la que se aplica en el asunto que se comenta. Exponer algunos de los antecedentes interpretativos sobre la Directiva de 1985 establecidos por el Tribunal de Luxemburgo ayudará al correcto entendimiento del alcance de las obligaciones de evaluación (de Planes, Programas y Proyectos) que, en primera instancia, incumben en cuanto a su precisa regulación a nuestros órganos parlamentarios.

La técnica que utiliza la Directiva de 1985 es simple: remite a distintos Anexos la relación de proyectos que deben de someterse a Evaluación, bien de forma imperativa en todo caso (Anexo I de la Directiva original) bien cuando así lo decidan los Estados miembros en virtud de sus normas de transposición (Anexo II de la Directiva original). La información que debe de contenerse en el documento de evaluación venía relacionada en el Anexo III de la Directiva original.

El texto de 1985 ha sido objeto de una importante, por frecuente, interpretación del Tribunal de Justicia, cuyos pronunciamientos provocaron una importante reforma en virtud de la Directiva 97/11/CE, que incorporaba al texto anterior las precisiones jurisprudenciales relativas, fundamentalmente, a dos aspectos: proyectos incluidos y alcance de la evaluación, por una parte, y alcance de la discrecionalidad de los Estados para decidir sobre la evaluación de los proyectos relacionados en el Anexo II, por otra parte. De entre esta doctrina jurisprudencial destacamos los siguientes pronunciamientos:

- a Directiva tiene un campo de aplicación muy amplio y un objeto de carácter muy general: ningún Estado miembro o autoridad competente debe tratar de limitar dicho objeto en su aplicación;
- todos los proyectos del Anexo II deben someterse a la EIA si van a tener efectos ambientales importantes: todos los proyectos del Anexo II deben someterse a un procedimiento de selección, basado en umbrales o en el estudio caso por caso;
- los Estados miembros tienen libertad para decidir si utilizan los umbrales o los estudios caso por caso para seleccionar los proyectos del Anexo II, si bien al definir los umbrales no pueden asignarles valores que excluyan por completo determinados tipos de proyectos de evaluación;
- los criterios o umbrales de selección de los proyectos del Anexo II no pueden limitarse al tamaño de los proyectos, sino que también es necesario tener en cuenta la naturaleza y localización de los mismos;

previa. Destacamos a continuación algunas de las consideraciones más significativas de la Sentencia:

72. El Gobierno español sostiene que la Directiva 85/337 modificada permite que los Estados miembros decidan que algunos de los proyectos mencionados en su anexo II no se sometan a una evaluación de impacto ambiental.

73. Según dicho Gobierno, precisamente en uso de tal facultad la legislación española impone el criterio de someter a declaración de impacto ambiental a todos los proyectos de urbanizaciones y complejos hoteleros fuera de las zonas urbanas y construcciones asociadas, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos, siempre que tales proyectos se desarrollen en zonas especialmente sensibles.

74. El Gobierno español añade que, de esa manera, los únicos proyectos de urbanización que quedan excluidos de la necesidad de declaración de impacto ambiental son aquellos que se ejecutan en zonas urbanas, en las que el impacto ambiental de tales proyectos será prácticamente inexistente, dado que se trata de terrenos que constituyen suelo urbano.

75. Este Gobierno estima que no ha excedido las facultades de apreciación que le corresponden en virtud de los artículos 2 y 4 de la Directiva 85/337 modificada.

76. Es cierto que el Tribunal de Justicia ya ha destacado, a este respecto, que los Estados miembros tienen la posibilidad de fijar los criterios y los umbrales que permitan determinar qué proyectos incluidos en el anexo II de la Directiva 85/337 inicial deben ser objeto de evaluación (sentencia de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-272/95, Rec. p. I-75403, apartados 49 a 53). No obstante, al establecer dichos umbrales y criterios, los Estados miembros deben tener en cuenta no sólo las dimensiones de los proyectos, sino también su naturaleza y su localización (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Comisión/Irlanda, C-392/96, Rec. p. I-75901, apartados 65 a 67, y de 13 de junio de 2002, Comisión/España, C-474/99, Rec. p. I-6285293, apartado 31).

77. Pues bien, al limitar la evaluación de impacto ambiental de los proyectos de urbanización sólo a los proyectos que se sitúan en suelo no urbano, el Gobierno español se limita a aplicar el criterio de la localización, que no es más que uno de los tres criterios mencionados en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 modificada, sin tener en cuenta los otros dos criterios, a saber, la naturaleza y las dimensiones del proyecto.

(...)

80. La tesis que defiende el Gobierno español, de que en las zonas urbanas el impacto ambiental de los proyectos de urbanización es prácticamente inexistente, tampoco puede ser acogida en vista de la lista de factores que pueden verse afectados directa o indirectamente por los proyectos a los que se refiere la Directiva 85/337 modificada.

(...)

83. Sobre este extremo, la Comisión alega que el Gobierno español... no ha adoptado ninguna medida destinada a comprobar si el proyecto de construcción del centro de ocio situado en Paterna podía tener repercusiones importantes en el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, dimensiones o localización.

84. Según la Comisión, no se puede cuestionar esta afirmación dado que dicho proyecto fue presentado como el segundo complejo de cines más grande de Europa, se encuentra situado en zona urbana, colindante con urbanizaciones ya existentes y próximas a zonas de desarrollo urbano, y se prevé una afluencia semanal de 60.000 personas.

13. Cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en el Anexo I o en el Anexo II, ya autorizados, ejecutados, o en proceso de ejecución, que puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente.

- Los proyectos del Anexo I que sirven exclusiva o principalmente para desarrollar o ensayar nuevos métodos o productos y que no se utilicen por más de dos años. Otra importantísima modificación incorporada en 1997 va a suponer la reducción de la discrecionalidad estatal para determinar la evaluación los proyectos relacionados en el Anexo II: a diferencia de los relacionados en el Anexo I —sujetos en todo caso a Evolución— los proyectos del Anexo II deben someterse a un procedimiento de selección para determinar si tienen "efectos significativos en el medio ambiente". Los Estados miembros pueden realizar la selección de proyectos utilizando umbrales y/o estudios caso por caso.

La interpretación que las legislaciones nacionales de transposición hicieron al concretar la lista de los proyectos sujetos no satisfizo ni a la Comisión ni al Tribunal de Justicia. En consecuencia, la Directiva de 1997 "remodeló" la estructura del texto original: si inicialmente constaba de tres Anexos (I, proyectos sujetos en todo caso; II, Proyectos sujetos si los Estados lo determinaban; III: información a consignar en la Evaluación) ahora la Directiva consta de cuatro:

- Anexo I: Proyectos sujetos a EIA en todo caso;
- Anexo II: Proyectos sujetos por determinación del Estado;
- Anexo III: criterios que han de considerar los Estados para determinar los proyectos del Anexo II sujetos a EIA;
- Anexo IV: Información a consignar en la ETA.

Nótese, pues, que la discrecionalidad del legislador estatal queda ahora doblemente limitada: por una parte, deberá sujetar o no a evaluación los proyectos del Anexo II que sean susceptibles de "tener efectos significativos en el medio ambiente, en virtud, entre otras cosas, de su naturaleza, dimensiones o localización" (artículo 2 de la Directiva modificada); y por otra parte, en la determinación de los "eventuales efectos significativos" deberá ahora aplicar los criterios predeterminados y establecidos en el Anexo III.

Es decir, serán estos tres criterios —naturaleza, dimensiones y localización—, junto con los criterios de selección relacionados en el Anexo III los que determinarán que estos proyectos se sujeten o no a evaluación, al margen de las eventuales exclusiones que establezcan las normas nacionales —estatales o autonómicas—. Como es lógico, la aplicación de estos dos grupos de criterios va a imponer casi siempre al menos una evaluación preliminar que determinará si el proyecto "puede" tener efectos significativos en el medio ambiente y consecuentemente ha de someterse o no a evaluación de impacto ambiental.

A esta conclusión ha de llegarse a mi juicio después de la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2006, As. C-332/04, en relación con la construcción de un centro de ocio en Paterna, Valencia.

Los hechos que determinan este asunto son los siguientes: la normativa española, al transponer la Directiva y, en particular, al concretar los proyectos del Anexo II sujetos a evaluación sólo contemplaba los "proyectos de urbanización, hoteles y construcciones asociadas fuera de zona urbana". Toda vez que el centro proyectado se ubicaba en suelo calificado de "Urbano", en aplicación de norma nacional se autorizó sin sujetarlo a evaluación ambiental

nable y que se tenga en cuenta hasta qué punto el interesado ha podido eventualmente confiar en la legalidad del acto, no es menos cierto que tal revocación está, en principio, permitida (véanse, en particular, las sentencias de 12 de julio de 1957, *Algera y otros/Asamblea Común de la CECA*, 7/56 y 3/57 a 7/57, Rec. pp. 81 y ss., especialmente pp. 115 y 116; de 3 de marzo de 1982, *Alpha Steel/Comisión*, 14/81, Rec. p. 749, apartado 10, y de 26 de febrero de 1987, *Consorzio Cooperativo d'Abruzzo/Comisión*, 15/85, Rec. p. 1005, apartado 12). Por consiguiente, un Estado miembro no puede invocar la seguridad jurídica y la confianza legítima de los maestros de obras en los derechos adquiridos para oponerse a la interposición por la Comisión de un recurso dirigido a la declaración objetiva del incumplimiento por su parte de las obligaciones que le impone la Directiva 85/337 en materia de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos sobre el medio ambiente."

Sobre la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales

70. El Gobierno del Reino Unido alega que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales y no al Tribunal de Justicia comprobar si una autoridad competente ha apreciado correctamente la importancia de las repercusiones de un proyecto sobre el medio ambiente.

71. A este respecto, es preciso recordar que la interposición de un recurso, ante un órgano jurisdiccional nacional, contra una decisión de una autoridad nacional objeto de un recurso por incumplimiento y la decisión de dicho órgano jurisdiccional no pueden incidir sobre la admisibilidad del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión. En efecto, la existencia de vías de impugnación ante los órganos jurisdiccionales nacionales no puede obstaculizar la interposición del recurso contemplado en el artículo 226 CE, ya que las dos acciones tienen objetivos y efectos diferentes (véanse las sentencias de 17 de febrero de 1970, *Comisión/Italia*, 31/69, Rec. p. 25, apartado 9; de 18 de marzo de 1986, *Comisión/Bélgica*, 85/85, Rec. p. 1149, apartado 24, y de 10 de junio de 2004, *Comisión/Italia*, C-87/02, Rec. p. I-5975, apartado 39)."

Sobre el fundamento de la tercera parte del primer motivo.

77. Antes de abordar el examen en cuanto al fondo, es preciso, con carácter preliminar, recordar que, en un procedimiento por incumplimiento con arreglo al artículo 226 CE, corresponde a la Comisión probar la existencia del incumplimiento alegado. Es la Comisión quien debe aportar al Tribunal de Justicia los datos necesarios para que éste pueda verificar la existencia de tal incumplimiento, sin poder basarse en una presunción (véase, en particular, la sentencia de 26 de abril de 2005, *Comisión/Irlanda*, C-494/01, Rec. p. I-3331, apartado 41, y la jurisprudencia citada).

78. Así, en lo que atañe concretamente a la Directiva 85/337, el Tribunal de Justicia declaró, en el asunto *Comisión/Portugal* (sentencia de 29 de abril de 2004, C-117/02, Rec. p. I-5517, apartado 85), que la Comisión debe aportar un mínimo de pruebas de las repercusiones que el proyecto podría tener sobre el medio ambiente.

79. No obstante, los Estados miembros están obligados, en virtud del artículo 10 CE, a facilitar a la Comisión el cumplimiento de su misión, que consiste, en particular, según el artículo 211 CE, en velar por la aplicación del Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud del mismo (véase, en particular, la sentencia *Comisión/Irlanda*, antes citada, apartado 42, y la jurisprudencia citada).

80. De ello se deduce, en particular, que cuando la Comisión ha aportado suficientes datos que ponen de relieve determinados hechos acaecidos en el territorio del Estado miembro demandado, le incumbe a éste rebatir de manera fundada y pormenorizada los datos presentados y las consecuencias que se derivan de ellos (véase la sentencia *Comisión/Irlanda*, antes citada, apartado 44, y la jurisprudencia citada).

81. Procede efectuar el análisis en cuanto al fondo a la luz de estos principios.

82. La Comisión alega, mediante la tercera parte de su primer motivo, la existencia de una violación de los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, debido a que ni el *Hammersmith & Fulham LBC* ni el *Bromley LBC* realizaron una evaluación de las repercusiones sobre el medio

El Tribunal de Justicia declara, por éste y otros motivos, la inadecuada transposición de la Directiva modificada en Sentencia de marzo de 2006, en tanto el plazo de transposición expiró el 14 de marzo de 1999. Es decir, que la obligación de considerar la eventual necesidad de evaluación de "Proyectos de urbanizaciones, incluida la construcción de centros comerciales y de aparcamientos" está vigente en nuestro país desde 1999. Sólo recientemente (abril de 2006), y después de la Sentencia de condena, la legislación estatal se ha modificado en el sentido de incluir estos proyectos, entre otros, entre los que se establecen en el Anexo II.

Esta Sentencia tiene ahora una importancia reforzada, especialmente después de la entrada en vigor de la Directiva 2001/42/CE de Evaluación ambiental, de Planes y programas, Directiva que ha sido transpuesta al ordenamiento Español por la Ley 9/2006 legislación básica estatal en materia de medio ambiente— y por las correspondientes normas ambientales autonómicas de ordenación del territorio y/o evaluación ambiental. Los criterios de la Sentencia son claros y hubieran debido de ser tomados en cuenta por la legislación autonómica en cuanto concreta cuáles de sus instrumentos territoriales y urbanísticos han de ser objeto de evaluación. Salvo que alguna norma nos desmienta, sólo una norma autonómica cumple rigurosamente con la obligación comunitaria de evaluación tal como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia. Se trata de la legislación canaria (Decreto Legislativo 1/2000 y Decreto 55/2006, artículo 24), que sujeta a Evaluación estratégica "la totalidad de Planes que integran el sistema de planeamiento", dejando a salvo la posibilidad de excluir de evaluación los "planes sin efectos significativos en el medio ambiente referidos a zonas pequeñas o modificaciones menores".

2. Permanente control de las repercusiones ambientales sobre obras autorizadas. Insuficiencia del mero control del proyecto. STJCE Sala 1ª, S 4-5-2006, nº C-508/2003

El Tribunal de Justicia declara que el Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. La Sala declara que el Reino Unido ha establecido un régimen nacional según el cual, por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.

Veamos la doctrina de la sentencia.

Sobre la violación del principio de seguridad jurídica. Derechos adquiridos

66. El Gobierno del Reino Unido alega que, debido al considerable periodo de tiempo transcurrido desde la concesión de los permisos de construcción de que se trata, el recurso por incumplimiento vulnera el principio de seguridad jurídica y la confianza legítima de los maestros de obras en los derechos adquiridos.

67. A este respecto, procede señalar, por un lado, que el procedimiento por incumplimiento se basa en la comprobación objetiva del incumplimiento por parte de un Estado miembro de las obligaciones que le impone el Tratado o un acto de Derecho derivado (véanse, en este sentido, las sentencias de 1 de octubre de 1998, *Comisión/España*, C-71/97, Rec. p. I-5991, apartado 14, y de 18 de enero de 2001, *Comisión/España*, C-83/99, Rec. p. 1445, apartado 23).

68. Por otro lado, de la jurisprudencia se desprende que, si bien los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima exigen que la revocación de un acto ilícito se produzca en un plazo razo-

de apreciación de que disponen al no exigir un estudio de las repercusiones antes de autorizar un proyecto específico, a la Comisión no le basta con hacer afirmaciones generales, limitándose, por ejemplo, a señalar que la información presentada muestra que el proyecto en cuestión se sitúa en una zona muy sensible, sin demostrar, mediante pruebas concretas, que las autoridades nacionales de que se trata han cometido un error manifiesto de apreciación al autorizar un proyecto. La Comisión debe, al menos, aportar un mínimo de pruebas de las repercusiones que el proyecto podría tener sobre el medio ambiente.

92. En el presente caso, es preciso estimar que la Comisión no ha satisfecho la carga de la prueba que pesa sobre ella. No puede limitarse a presunciones según las cuales unos proyectos de gran envergadura pueden tener automáticamente repercusiones importantes sobre el medio ambiente sin demostrar, mediante un mínimo de pruebas concretas, que las autoridades competentes cometieron un error manifiesto de apreciación.

93. Debe señalarse que, a pesar de los elementos de análisis y los documentos proporcionados por el Gobierno del Reino Unido, la Comisión no ha tratado de fundamentar sus propias alegaciones y refutar las del Estado miembro demandado mediante un examen en profundidad de estos elementos o mediante la obtención, aportación, examen y presentación analítica de elementos tangibles y concretos que, en su caso, permitieran al Tribunal de Justicia apreciar si las autoridades competentes excedieron efectivamente su margen de apreciación.

94. En estas circunstancias, procede desestimar por infundada la tercera parte del primer motivo. Sobre el segundo motivo, basado en la adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, en su versión modificada

95. Mediante su segundo motivo, la Comisión aduce, básicamente, que el régimen nacional controvertido, según el cual únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto, pero no en la etapa posterior de la aprobación de los aspectos reservados, constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, en su versión modificada.

96. La Comisión sostiene que, si el Derecho nacional prevé un procedimiento de autorización que consta de varias etapas, la Directiva 85/337 exige que, en principio, se pueda efectuar una evaluación en cada etapa de este procedimiento, si se pone de manifiesto que el proyecto en cuestión puede tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

97. Pues bien, la Comisión alega que, en la medida en que excluye una evaluación en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados, el régimen nacional controvertido en el presente caso no responde a esta exigencia.

98. A su juicio, este régimen permite a determinados proyectos eludir una evaluación aunque puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente.

99. El Gobierno del Reino Unido, por el contrario, aduce que el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva indica claramente que un proyecto debe someterse a evaluación "antes de concederse la autorización". Pues bien, en la medida en que esta "autorización" se concede con el permiso de construcción en fase de anteproyecto (y no con la decisión de aprobación ulterior de los puntos reservados), el régimen controvertido constituye una correcta adaptación del Derecho interno a los artículos 2, apartado 1, 4, apartado 2, 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, en su versión modificada.

100. A este respecto, es preciso recordar que el artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva define el concepto de "autorización" a efectos de ésta como la decisión de la autoridad o de las autoridades competentes que confiere al maestro de obras el derecho a realizar el proyecto.

101. En el presente caso, consta que, según el Derecho nacional, un maestro de obras sólo puede comenzar las obras para realizar su proyecto tras haber obtenido una decisión aprobatoria de los aspectos reservados. Antes de esta decisión, el proyecto en cuestión no está aún (enteramente) autorizado.

102. Por consiguiente, debe considerarse que las dos decisiones previstas por el régimen controvertido en el presente caso, es decir, el permiso de construcción en fase de anteproyecto y la decisión

ambiente de los proyectos de *White City* y de *Crystal Palace*, pese a que tales proyectos podían tener repercusiones importantes.

83. La Comisión señala que el proyecto de *White City* consiste en un centro comercial y de ocio de aproximadamente 58.000 m², que incluye una nueva carretera principal de enlace, un aparcamiento de 4500 plazas y una conexión con la red de metro. En su opinión, para un proyecto de tal envergadura existe una presunción favorable a la necesidad de una evaluación, a menos que dicha presunción quede atenuada por otros elementos.

84. La Comisión indica que el proyecto de *Crystal Palace* comprende instalaciones recreativas y comerciales (18 salas de cine, galerías, restaurantes) de una superficie de 52.000 m², un aparcamiento de 950 plazas en el techo, así como un aparcamiento en superficie. A juicio de la Comisión, la escala y la dimensión del proyecto son tales que éste puede tener importantes repercusiones sobre el medio ambiente, de manera que la autoridad competente excedió su margen de apreciación.

85. El Gobierno del Reino Unido estima que las autoridades competentes, a la luz de los informes y de los estudios en su poder, y tras las consultas efectuadas por ellas, estaban facultadas para llegar a la conclusión de que ninguno de los proyectos podía tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y que, por tanto, no debían ser objeto de una evaluación a tal fin.

86. A este respecto, es preciso recordar que, a tenor del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337, los "proyectos" en el sentido del artículo 4 de esta misma Directiva que puedan tener repercusiones importantes deben someterse, antes de su autorización, a una evaluación en la que se refiere a sus repercusiones sobre el medio ambiente.

87. A estos efectos, el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, en relación con el anexo II de ésta, enumera los proyectos que se someterán a una evaluación de sus repercusiones cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen.

88. Pues bien, aunque, en tales circunstancias, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 confiere a la autoridad competente cierta libertad para apreciar si un proyecto determinado debe ser sometido a evaluación o no, de una reiterada jurisprudencia se desprende que este margen de apreciación está limitado por la obligación, enunciada en el artículo 2, apartado 1, de esta Directiva, de someter a evaluación los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de septiembre de 1999, *WWF* y otros, C-435/97, Rec. p. I-5613, apartados 44 y 45; de 10 de junio de 2004, *Comisión/Italia*, antes citada, apartados 43 y 44, así como de 2 de junio de 2005, *Comisión/Italia*, C-83/03, Rec. p. I-4747, apartado 19).

89. Así, de la jurisprudencia se desprende que la Directiva 85/337 exige que todos los proyectos comprendidos en el anexo II que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente sean sometidos a una evaluación (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *WWF* y otros, apartado 45; *Comisión/Portugal*, apartado 82, y de 10 de junio de 2004, *Comisión/Italia*, apartado 44).

90. No obstante, como ya se ha recordado en los apartados 77 a 80 de la presente sentencia, a fin de probar el incumplimiento del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337, la Comisión está obligada a demostrar que el Estado miembro no ha adoptado las disposiciones necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización, se sometan a una evaluación en lo que se refiere a sus repercusiones. Un medio adecuado de aportar dicha prueba consiste en demostrar que el Estado miembro no adoptó las medidas necesarias para verificar si un proyecto que no alcanza los umbrales a los que se refiere el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 85/337 puede, sin embargo, tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, en particular debido a su naturaleza, sus dimensiones o su localización. La Comisión podría también demostrar que no se llevó a cabo un estudio de las repercusiones de un proyecto que podía tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente cuando era obligatorio hacerlo (sentencia *Comisión/Portugal*, antes citada, apartado 82).

91. A este respecto, se desprende también de los apartados 85 y 87 de la sentencia *Comisión/Portugal*, antes citada, que, para acreditar que las autoridades nacionales han sobrepasado el margen

3. Necesaria integración europea en la protección de hábitats. Momento en que deben adoptarse medidas de protección. Limitaciones en la planificación nacional. TJCE Sala 2ª, S 14-9-2006, nº C-244/2005.

El Tribunal de Justicia resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. La Sala declara que el régimen de protección apropiada aplicable a los lugares incluidos en una lista remitida a la Comisión, exige que los Estados miembros no autoricen intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de tales lugares, teniendo la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para evitar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de los lugares protegidos.

Cuestiones prejudiciales
Sobre las cuestiones primera y segunda

29. Mediante estas cuestiones, que procede tratar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta acerca del régimen de protección aplicable a los lugares que han sido designados por las autoridades nacionales competentes con vistas a su reconocimiento como lugares de importancia comunitaria, pero cuya inscripción en la lista correspondiente se encuentra a la espera de una decisión de la Comisión.
30. Más concretamente, el órgano jurisdiccional remitente plantea, por una parte, la cuestión de la naturaleza jurídica de dicho régimen de protección y, por otra parte, la de sus características materiales.
31. Procede recordar, con carácter preliminar, que el proceso de designación de los lugares que vistas a su inscripción en la lista de los lugares de importancia comunitaria se rige por las disposiciones de los artículos 3 y 4 de la Directiva.
32. Como se desprende del artículo 3, apartado 2, de la Directiva, la decisión de las autoridades nacionales competentes relativa a la designación de un lugar, que pueda seleccionarse para formar parte de la red ecológica europea de zonas especiales de conservación, constituye la primera etapa de un proceso encaminado a la constitución de la red Natura 2000.
33. En ese marco, las evaluaciones científicas y las decisiones de identificación de hábitats naturales y especies, en particular los de carácter prioritario, deben adoptarse teniendo en cuenta los criterios de selección establecidos en el anexo III de la Directiva.
34. En la continuación de ese proceso, incumbe a la Comisión, basándose en dichos criterios, elaborar, de acuerdo con cada uno de los Estados miembros, un proyecto de lista de los lugares de importancia comunitaria, en el que se hagan constar, en particular, los lugares que alberguen uno o varios tipos de hábitats naturales prioritarios o una o varias especies prioritarias.
35. Por lo que respecta al nivel de protección aplicable a los lugares que figuren en la lista nacional remitida a la Comisión, procede recordar que, con arreglo al artículo 4, apartado 5, de la Directiva, el régimen de protección de las zonas especiales de conservación previsto en el artículo 6, apartados 2, 3 y 4, de dicha Directiva se aplica a un lugar siempre que figure, de conformidad con el artículo 4, apartado 2, párrafo tercero, de ésta, en la lista de lugares seleccionados como lugares de importancia comunitaria aprobada por la Comisión.
36. De ello se desprende, como declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 25 de la sentencia Dragaggi y otros, antes citada, que las medidas de protección previstas en el artículo 6, apartados 2 a 4, de la Directiva sólo son obligatorias respecto a los lugares que están incluidos en la lista de lugares seleccionados como lugares de importancia comunitaria.
37. El Tribunal de Justicia subrayó, no obstante, en el apartado 26 de dicha sentencia, que esto no significa que los Estados miembros no deban proteger los lugares a partir del momento en que los proponen, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, en la lista nacional, que se remite a la Comisión, de lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria.
38. El Tribunal de Justicia dedujo de ello, en el apartado 29 de esa misma sentencia, que en cuanto a los lugares que pueden clasificarse como lugares de importancia comunitaria, mencionados en

- aprobatoria de los aspectos reservados, constituyen, conjuntamente, una "autorización" (en varias etapas) en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada.
103. En estas circunstancias, del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 85/337 resulta que los proyectos que puedan tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente, a efectos del artículo 4 de dicha Directiva, en relación con sus anexos I o II, deben someterse a una evaluación por lo que se refiere a dichas repercusiones antes de que se otorgue la autorización (en varias etapas) (véase, en este sentido, la sentencia de 7 de enero de 2004, Wells, C-201/02, Rec. p. I-723, apartado 42).
 104. A este respecto, el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia Wells, antes citada (apartado 52), que, cuando el Derecho nacional prevea que el procedimiento de autorización consista de varias etapas y una de éstas sea una decisión principal y la otra una decisión de ejecución que no puede ir más allá de los parámetros determinados por la decisión principal, los efectos que el proyecto pueda producir en el medio ambiente deben identificarse y evaluarse en el procedimiento de adopción de la decisión principal. Sólo en el supuesto de que los referidos efectos únicamente fueran identificables durante el procedimiento relativo a la decisión de ejecución, la evaluación debería realizarse durante dicho procedimiento.
 105. En el presente caso, el régimen controvertido establece que únicamente puede efectuarse una evaluación de las repercusiones de un proyecto sobre el medio ambiente en la etapa inicial de la concesión de un permiso de construcción en fase de anteproyecto, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.
 106. Por tanto, dicho régimen es contrario a los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada. En consecuencia, el Reino Unido ha incumplido su obligación de adaptar su Derecho interno a estas disposiciones.
 107. En lo que atañe a los artículos 5, apartado 3, y 8 de la Directiva 85/337, sin embargo, la Comisión no ha ofrecido ninguna explicación en cuanto a las razones por las que ha existido un incumplimiento de estas dos disposiciones.
 108. En estas circunstancias, el segundo motivo es parcialmente fundado.
 109. Habida cuenta de todo lo anterior, procede estimar que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, mediante la incorrecta adaptación de su Derecho nacional a los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337, en su versión modificada, al establecer un régimen nacional según el cual, por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.
 - Costas
 110. A tenor de lo dispuesto en el artículo 69, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento, cuando se estimen parcialmente las pretensiones de una y otra parte, el Tribunal podrá reparar las costas, o decidir que cada parte abone sus propias costas. Al haberse estimado parcialmente las pretensiones de una y otra parte, procede decidir que cada parte abone sus propias costas. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:
 - 1) Declarar que el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho comunitario, mediante la incorrecta adaptación de su Derecho nacional a los artículos 2, apartado 1, y 4, apartado 2, de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 97/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, al establecer un régimen nacional según el cual, por lo que respecta a los permisos de construcción en fase de anteproyecto con aprobación posterior de los aspectos reservados, únicamente puede efectuarse una evaluación en la etapa inicial de la concesión de dicho permiso, y no en la etapa ulterior de la aprobación de los aspectos reservados.
 - 2) Desestimar el recurso en todo lo demás.
 - 3) La Comisión

- por último, de tener como resultado la destrucción del lugar o la eliminación de sus características representativas.
47. Procede, por lo tanto, responder a las cuestiones primera y segunda que el régimen de protección apropiada aplicable a los lugares incluidos en una lista nacional remitida a la Comisión, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva, exige que los Estados miembros no autoricen intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de tales lugares. Sobre la tercera cuestión
 48. Mediante esta pregunta, el órgano jurisdiccional pretende obtener una interpretación del Derecho comunitario en lo que atañe a los procedimientos de ejecución del régimen de protección mencionado.
 49. Por lo que respecta a la ejecución del régimen de protección aplicable a los lugares de que se trata, corresponde a los Estados miembros adoptar todas las medidas necesarias.
 50. A este respecto, la determinación de la regulación procesal aplicable se rige por el ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 12, y de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-78/98, Rec. p. I-3201, apartado 31).
 51. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar, de conformidad con las disposiciones del Derecho nacional, todas las medidas necesarias para evitar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de los lugares incluidos en la lista nacional remitida a la Comisión. Corresponde al juez nacional apreciar si así es. Costas
 52. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:
 - 1) El régimen de protección apropiada aplicable a los lugares incluidos en una lista nacional remitida a la Comisión de las Comunidades Europeas, en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, exige que los Estados miembros no autoricen intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de tales lugares.
 - 2) Los Estados miembros tienen la obligación de adoptar, de conformidad con las disposiciones del Derecho nacional, todas las medidas necesarias para evitar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de los lugares incluidos en la lista nacional remitida a la Comisión. Corresponde al juez nacional apreciar si así es.

4. Jurisprudencia sobre medio ambiente y planificación. Doctrina General

- TJCE Sala 5ª, S 25-11-1999, nº C-96/1998
- TJCE Sala 6ª, S 1-4-2004, nº C-217/2002 C-53/2002
- TJCE Sala 1ª, S 10-6-2004, nº C-87/2002
- TJCE Pleno, S 7-9-2004, nº C-127/2002
- TJCE Sala 3ª, S 8-9-2005, nº C-416/2002
- TJCE Sala 2ª, S 20-10-2005, nº C-6/2004
- TJCE Sala 2ª, S 10-1-2006, nº C-98/2003
- TJCE Sala 2ª, S 23-3-2006, nº C-209/2004
- TJCE Sala 1ª, S 4-5-2006, nº C-290/2003

- las listas nacionales remitidas a la Comisión, entre los que pueden figurar, en particular, lugares en los que existen tipos de hábitats naturales prioritarios o especies prioritarias, los Estados miembros están obligados a adoptar, en virtud de la Directiva, medidas de protección apropiadas para salvaguardar el citado interés ecológico.
39. Como quiera que el órgano jurisdiccional remitente se pregunta acerca de la interpretación que debe darse a la obligación de adoptar tales medidas de protección de los lugares, más concretamente, acerca de los criterios de aplicación del régimen de protección de los lugares designados por las autoridades nacionales competentes, procede recordar que, como subrayó el Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de noviembre de 2000, First Corporate Shipping (C-371/98, Rec. p. I-9235), apartados 22 y 23, para elaborar un proyecto de lista de lugares de importancia comunitaria que permita el establecimiento de una red ecológica europea coherente de zonas especiales de conservación, la Comisión debe disponer de un inventario exhaustivo de los lugares que, a nivel nacional, posean un interés ecológico pertinente en relación con el objetivo de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres perseguido por la Directiva. En efecto, ésta es la única forma posible de alcanzar el objetivo, contemplado en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva, del mantenimiento o del restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de especies de que se trate en su área de distribución natural en el conjunto del territorio europeo de los Estados miembros.
 40. El Tribunal de Justicia precisó asimismo, en el apartado 23 de dicha sentencia, que habida cuenta del hecho de que un Estado miembro no dispone, cuando elabora la lista nacional de lugares, de un conocimiento preciso y detallado de la situación de los hábitats en los demás Estados miembros, no puede, por sí solo, excluir lugares que posean a nivel nacional un interés ecológico pertinente para el objetivo de conservación, sin poner en peligro la consecución de este mismo objetivo en el ámbito comunitario.
 41. Por consiguiente, la Comisión debe tener la seguridad de contar con un inventario exhaustivo de los lugares que pueden ser designados zonas especiales de conservación, ya que la constitución de éstas tiene como objetivo una red ecológica europea coherente. De ello se desprende asimismo que, en el momento de adoptar su decisión la Comisión, los lugares identificados por los Estados miembros deben reflejar la situación en la que se basaron las evaluaciones científicas relativas a los potenciales lugares de importancia comunitaria.
 42. En efecto, de no ser así, el proceso decisorio comunitario, que no sólo se basa en la integridad de los lugares tal como fueron notificados por los Estados miembros, sino que también se caracteriza por comparaciones ecológicas entre los distintos lugares propuestos por los Estados miembros, podría resultar falseado y la Comisión ya no podría cumplir su misión en el ámbito considerado.
 43. Hay que añadir que, conforme al anexo III, etapa 2, punto 1, de la Directiva, "todos los lugares definidos por los Estados miembros en la etapa 1 en que existen tipos de hábitats naturales y/o especies prioritarias se considerarán lugares de importancia comunitaria". Tales lugares están, por lo tanto, destinados a ser inscritos en la lista que la Comisión debe adoptar.
 44. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, los Estados miembros tienen la obligación de adoptar, respecto a los lugares identificados con vistas a su inscripción en la lista comunitaria, medidas de protección apropiadas para mantener las características ecológicas de dichos lugares.
 45. A este respecto, es importante recordar que, con arreglo al anexo III, etapa 1, de la Directiva, las características ecológicas de un lugar identificado por las autoridades nacionales competentes reflejan los criterios de evaluación que en él se enuncian, a saber, el grado de representatividad del tipo de hábitat; su superficie; su estructura y sus funciones; el tamaño y la densidad de la población de la especie que esté presente en el lugar; los elementos del hábitat que sean relevantes para las especies de que se trate; el grado de aislamiento de las poblaciones de especies existentes en el lugar y el valor del lugar para la conservación del tipo de hábitat y las especies de que se trate.
 46. Los Estados miembros no pueden, por lo tanto, autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de un lugar tal como lo definen dichos criterios. Así ocurre, en particular, cuando una intervención conlleva el riesgo de reducir de forma significativa la superficie del lugar, o de provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en él, o,

5. Influencia inmediata de las directivas comunitarias sobre protección de hábitats y contaminación ambiental en la actividad municipal

Las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) que se comentan son importantes por varios aspectos.

En primer lugar, porque las actuaciones censuradas por dicho órgano son netamente municipales. Es decir, la infracción al derecho comunitario se imputa a los Estados denunciados, Grecia, Francia y España, respectivamente, pero la conducta antijurídica tiene origen municipal.

En segundo lugar, porque el TJCE aplica directamente unas directivas, aunque el Estado denunciado invoca que ha transpuesto formalmente las mismas para incorporarlas al derecho nacional y con ello afirma haber cumplido su obligación principal frente al derecho comunitario. El TJCE reprocha esta actitud y mantiene, en las tres sentencias referenciadas, que las directivas en esta materia generan una obligación de resultado, es decir, el Estado cumplirá o no su obligación de derecho comunitario si de manera efectiva y no formal se protege, por la conducta municipal, el hábitat de una determinada especie en una zona costera o se evita la contaminación atmosférica al incinerar residuos urbanos.

Y en tercer lugar, como posible efecto interno de esta jurisprudencia, podríamos estar ante un reforzamiento de la actuación de control por parte de la Administración del Estado respecto de las actuaciones esencialmente municipales que incidan sobre estas materias reguladas por las Directivas. En este sentido merece resaltarse la tercera sentencia, donde se condena parcialmente al Reino de España, pues el Tribunal, siguiendo la acusación que hizo en su momento la Comisión Europea, imputa a nuestro país la falta de cumplimiento real de los límites de contaminación fijados por las Directivas. Por tanto, a partir de dicha sentencia podemos intuir que la Administración estatal puede extremar su control sobre actividades estrictamente municipales, para vigilar el adecuado cumplimiento de las directivas comunitarias que posean este efecto directo. O, y esto es mucho más interesante, el control y la invocación del Derecho Comunitario aplicable puede ser instado por cualquier ciudadano legitimado.

1.- STJCE 30 de enero de 2002. "Incumplimiento de Estado—Directiva 92/43/CEE—Conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres - Protección de especies" (Sala Sexta)

"La Comisión de las Comunidades Europeas interpuso un recurso, con arreglo al artículo 226 CE, con el fin de que se declare que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE y del artículo 12, apartado 1, letras b) y d), de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (DO L 206, p. 7; en lo sucesivo, "Directiva"), al no haber adoptado y, subsidiariamente, al no haber comunicado a la Comisión, en el plazo señalado, las medidas necesarias para establecer y aplicar un sistema eficaz de protección rigurosa de la tortuga marina *Caretta caretta* en Zákynthos (Grecia) con el fin de evitar cualquier perturbación de esta especie durante el período de reproducción, así como cualquier actividad que pueda dañar o destruir sus áreas de reproducción."

El TJCE afirma lo siguiente "la circulación de ciclomotores en la playa de arena al Este de Laganas y la presencia de hidropedales y de pequeñas embarcaciones en la zona marítima de Gerakas y de Daphni constituyen actos de perturbación deliberada de la especie de que

Resumen de esta Jurisprudencia

1.- los Estados miembros tienen la obligación de clasificar como ZPE todos los parajes que, según criterios ornitológicos, sean los más adecuados para la conservación de las especies de que se trate.

2.- Es incompatible con el objetivo de una protección eficaz de las aves no proteger lugares de excepcional importancia para la conservación de las especies que deben ser protegidas por el solo hecho de las excepcionales características de dichos lugares sólo se hayan puesto de manifiesto con posterioridad a la adaptación del Derecho interno a la Directiva sobre las aves.

3.- El Tribunal de Justicia ya ha declarado que la exigencia de una adecuada evaluación del impacto medioambiental de un plan o de un proyecto está supeditada a la condición de que haya una probabilidad o un riesgo de que afecte de forma significativa al lugar de que se trate.

Pues bien, teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal riesgo existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable (véase la sentencia de 20 de octubre de 2005, Comisión/Reino Unido, C-6/04, Rec. p. I-0000, apartado 54).

4.- Esta vinculación alcanza al Derecho autonómico y el Estado resulta responsable si no se hace. (TJCE Sala 2ª, S 10-1-2006, nº C-98/200)

5.- El artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats supedita la exigencia de una evaluación adecuada de las repercusiones de un plan o proyecto al requisito de que exista una probabilidad o una posibilidad de que dicho plan o proyecto afecte de forma significativa al lugar de que se trate.

Teniendo en cuenta especialmente el principio de cautela, tal posibilidad existe desde el momento en que no cabe excluir, sobre la base de datos objetivos, que dicho plan o proyecto afecte al lugar en cuestión de forma apreciable.

En consecuencia, al no someter los planes de ocupación de terrenos a una evaluación adecuada de sus repercusiones en las ZEC, no se adaptó el ordenamiento jurídico interno a la Directiva

6.- El artículo 7 de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/156/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991, debe interpretarse en el sentido de que el plan o los planes de gestión que las autoridades competentes de los Estados miembros tienen la obligación de establecer en virtud de esta disposición han de incluir un mapa que señale el emplazamiento concreto que se dará a los lugares de eliminación de residuos o unos criterios de localización suficientemente precisos para que la autoridad competente para expedir una autorización con arreglo al artículo 9 de la Directiva pueda determinar si el lugar o la instalación de que se trate está incluido en el marco de la gestión prevista por el plan.

7.- Las obligaciones deben cumplirse antes de que se produzca el deterioro. En efecto, un Estado, en este caso Francia, puede incumplir las obligaciones de la Directiva por no haber clasificado como zona de protección especial, dentro del plazo señalado, una superficie suficiente en la región del Marais, por no haber dotado a tales zonas de un régimen jurídico suficiente y por no haber tomado las medidas adecuadas para evitar el deterioro de los parajes clasificados como zonas de protección especial y de otros que deberían haberlo sido.

Directiva, tales licencias deben, además, cumplir las obligaciones que se derivan de esta disposición."

Esta afirmación del TJCE nos coloca, ya en el ámbito municipal, a introducir en la licencia la obligación de cumplir los requisitos impuestos por la Directiva, aunque el Derecho procedimental interno no lo exija, como puede ser el caso de la legislación sobre actividades calificadas.

Por otra parte, sobre el cumplimiento de los artículos 6 y 7 de la Directiva 89/369, el Gobierno español reconoció, en su respuesta de 3 de febrero de 1999 al dictamen motivado, que no había efectuado mediciones periódicas de los gases de combustión procedentes de las instalaciones de incineración de Mazo y Barlovento, no había autorizado previamente los procedimientos de muestreo y de medición ni fijado programa de medición alguno para dichas instalaciones, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 89/369. Además, la Comisión afirma que el Gobierno español también admitió en dicha respuesta que las instalaciones de incineración de Mazo y Barlovento no estaban equipadas con quemadores de complemento de conformidad con el artículo 7 de la misma Directiva. Por ello el TJCE recuerda que un Estado miembro sólo cumple las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 89/369 y, por tanto, alcanza el resultado que ésta impone si las instalaciones de incineración situadas en su territorio se han puesto en marcha y funcionan con arreglo a las exigencias de la Directiva.

IX. CONCLUSIÓN

El régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria en nuestro país, relacionado con los usos del suelo, impone que, para contemplar una actuación en el mismo, debemos olvidarnos de la concepción decimonónica de la propiedad inmobiliaria. La consideración del suelo como recurso escaso y no renovable dentro del territorio de la Unión Europea, unido a las demandas medioambientales de la población de dicha comunidad, exigen que el propietario del suelo, por una parte, y los poderes públicos con competencias sobre el mismo, por otra, deban someterse a un completo y complejo conjunto de normas que regulan el uso del suelo respetando los derechos de los propietarios y de los no propietarios. Entre este complejo conjunto de normas deben destacarse las tres que han sido objeto de breve comentario en estas páginas. Siendo la Ley 8/2007, curiosamente la más joven, la que establece el cierre de una definición global contemplada en muchas leyes cuyo origen es estatal o autonómico. La nueva concepción del derecho de la propiedad inmobiliaria hecho en la ley estatal invocando competencias constitucionales en la materia, pretende legitimar constitucionalmente las intervenciones que se han hecho sobre el contenido del derecho de la propiedad inmobiliaria en leyes de ordenación territorial autonómicas, ordenación urbanística, también autonómicas, y en la legislación que podíamos llamar, en sentido lato, medioambiental. La legitimación pretende obtenerse no sólo invocando el título competencial plasmado en la Constitución sino también en la vinculatoriedad del derecho comunitario europeo. De tal suerte que el encaje de los derechos y deberes que se contemplan en la legislación del suelo estatal, urbanísticas y territoriales autonómicas, medioambientales, tanto estatales, como autonómicas, como comunitarias, acabarán dándonos el completo estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria del cual se desprenden derechos y deberes para los propietarios y no propietarios, así como

se trata durante el período de reproducción, en el sentido del artículo 12, apartado 1, letra b), de la Directiva.

Por último, no cabe duda de que la presencia de construcciones en una playa de reproducción como la de Daphni puede provocar el deterioro o la destrucción de un lugar de reproducción en el sentido del artículo 12, apartado 1, letra d), de la Directiva.

Por tanto, procede declarar que la República Helénica no ha adoptado, en el plazo señalado, todas las medidas concretas necesarias con el fin de evitar, por una parte, la perturbación deliberada de la tortuga marítima *Caretta caretta* durante el período de reproducción y, por otra parte, el deterioro o la destrucción de sus áreas de reproducción. Por consiguiente, debe acogerse el recurso de la Comisión también sobre este extremo."

2.- STJCE 18 de junio de 2002. Asunto C-60/01 Comisión de las Comunidades Europeas / República Francesa.

"Incumplimiento de Estado - Directivas 89/369/CEE y 89/429/CEE - Contaminación atmosférica - Instalaciones de incineración de residuos municipales - Parque incineradores en Francia" (Tribunal de Justicia en Pleno)

El Tribunal afirma que "las Directivas 89/369 y 89/429 imponen obligaciones de resultado a los Estados miembros que están formuladas de forma clara e inequívoca con objeto de que sus instalaciones de incineración cumplan con las exigencias detalladas y precisas dentro de los plazos establecidos.

En estas circunstancias, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno francés, no es suficiente que un Estado miembro adopte todas las medidas razonablemente posibles para alcanzar el resultado impuesto por las Directivas 89/369 y 89/429 (véanse, en este sentido, en relación con la Directiva 76/160, las sentencias, antes citadas, Comisión/Reino Unido, apartados 42 y 44; Comisión/Alemania, apartado 35; Comisión/Bélgica, C-307/98, apartado 51, y Comisión/Países Bajos, apartados 12 a 14)."

3.- STJCE 11 de julio de 2002. Asunto C-139/00 Comisión de las Comunidades Europeas / Reino de España.

"Incumplimiento de Estado - Directiva 89/369/CEE - Contaminación atmosférica Instalaciones de incineración de residuos municipales en la isla de La Palma (Sala Quinta)

En el presente caso, la Comisión no reprochó al Gobierno español no haber adaptado su Derecho interno a las disposiciones de la Directiva 89/369, o haberlo hecho incorrectamente. Por el contrario, la imputación de la Comisión se refiere a que, en casos concretos, es decir, en las instalaciones de incineración de Mazo y Barlovento, no se han cumplido determinadas obligaciones que se derivan de la Directiva 89/369.

El TJCE ha dicho lo siguiente, " para acreditar la existencia de un incumplimiento del artículo 2 de la Directiva 89/369 debe demostrarse además que las licencias de 9 de enero de 1992 no pueden considerarse autorizaciones previas de explotación conformes con los requisitos derivados de esta disposición.

Con carácter preliminar, procede recordar que, a tenor del artículo 2 de la Directiva 89/369, la concesión de la autorización previa de explotación de una nueva instalación de incineración de residuos municipales, que ya es necesaria en virtud de otras directivas, debe imponer el cumplimiento de todas las condiciones fijadas en los artículos 3 a 10 de dicha Directiva. Por tanto, suponiendo que la finalidad de las licencias otorgadas con arreglo al Reglamento de 1961 sea asimilable a la de las autorizaciones contempladas en el artículo 2 de la citada

derechos y deberes para los poderes públicos. Sometidos estos a un mayor grado de control sobre la estrategia de sus actuaciones.

En definitiva sometidos a un mayor grado de control democrático por parte de los ciudadanos. Desterrando concepciones sobre el diseño del desarrollo con incidencia ambiental más propias de Administraciones opacas. Haciendo, pura y simplemente, más propio del deseo de los ciudadanos las políticas territoriales, urbanísticas y económicas con incidencia ambiental, y más alejadas de un diseño de gabinete entre algunos iniciados o, según los casos patológicos de sobra conocidos, privilegiados.

**novedades
jurisprudenciales**



1. INCAPACIDAD TEMPORAL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABAJO. PAGO DELEGADO POR LA EMPRESA QUE, PESE A DESCONTAR LAS CANTIDADES EN LOS DOCUMENTOS DE COTIZACIÓN, NO ABONA LA PRESTACIÓN AL TRABAJADOR. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA EMPRESA, ADELANTO POR LA MUTUA, AL NO EXISTIR DESCUBIERTOS EN LAS COTIZACIONES. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL INSS COMO FONDO DE GARANTÍA DE ACCIDENTES DE TRABAJO. FALTA DE COMPETENCIA FUNCIONAL

Fecha: 05/12/2007 - Jurisdicción: Social - Ponente: MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia - Sala: Cuarta - (Tol 1222926)

ENCABEZAMIENTO

Resolviendo recurso contra resolución: Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 24/03/2006.

Número de Recurso: 3180/2006
Procedimiento: SOCIAL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil siete.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado por la Letrada Doña María José Alonso Gómez, contra la sentencia de 24 de marzo de 2006, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, que resolvió el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, contra la sentencia de 7 de diciembre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, en autos seguidos a instancia de Don Enrique, contra el INSS, la TGSS, FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61 y la empresa Comurca, S.L.

Se ha personado ante esta Sala en concepto de recurrido FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61, representada por el Letrado D. Florentino Gómez Campoy.

Es Magistrada Ponente la Excm. Sra. D^{ña}. MARÍA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de diciembre de 2001, dictó sentencia el Juzgado de lo Social nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, declarando como hechos probados los siguientes: "1º.- El actor, con DNI NUM000 y de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, sufrió un accidente de trabajo el 2-5-2000, cuando venía trabajando para la empresa demandada como peón de la construcción. Dicha empresa tenía cubiertos los riesgos laborales con la Mutua demandada, estando al corriente de pago de las primas. El actor fue baja en dicha fecha y alta el 4-10-2001. La base reguladora de la prestación ascendía a 4.900 pesetas/día. 2º.- La empresa demandada no abonó al actor las prestaciones de IT por la baja reseñada en el hecho anterior, durante el período 1-4-2001 y el 28-5-2001, que ascendían a 1.281'06€, pese a descontar las cantidades correspondientes en los preceptivos documentos de cotización. 3º.- El actor, que fue despedido improcedentemente por la empresa demandada en fecha 31-5-2001, interpuso reclamación previa en fecha 14-6-2002."

SEGUNDO.- El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal: "Estimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por DON Enrique frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA FREMAP, MATEPSS Nº 61 y COMURCA, S.L., sobre PRESTACIONES POR INCAPACIDAD TEMPORAL derivada de accidente de trabajo, debo de declarar y declaro el derecho de la parte actora al percibo de las prestaciones por IT derivadas de accidente de trabajo por el período comprendido entre el 1-4-

1. Incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Pago delegado por la empresa que, pese a descontar las cantidades en los documentos de cotización, no abona la prestación al trabajador. Responsabilidad directa de la empresa, adelanto por la mutua, al no existir descubiertos en las cotizaciones. Inexistencia de responsabilidad subsidiaria del INSS como fondo de garantía de accidentes de trabajo. Falta de competencia funcional (Tol 1222926)
2. Sociedades. Acción individual de responsabilidad de administradores ex art. 262-5º I sa y ex disposición transitoria tercera I sa. Cese de los administradores, que vendieron posteriormente sus acciones, con anterioridad a los hechos determinantes de la responsabilidad, habiéndose inscrito posteriormente en el registro mercantil el acuerdo de la junta de accionistas en la que se dispuso el cese (Tol 1213886)
3. Atribuye a España la jurisdicción para juzgar las entradas ilegales de extranjeros a bordo de naves sin pabellón, en virtud del principio de justicia supletoria que opera cuando no existe extradicción. Nuevo pronunciamiento del TS en relación al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en que se juzgan las entradas ilegales por vía marítima de personas a bordo de naves o similares, sin pabellón alguno (Tol 1233209)
4. Anula la subvención para defender a los afectados de Fórum y Afinsa y obliga a devolver las ayudas. Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, subvenciones, gastos de procedimientos judiciales. Concesión de determinadas subvenciones a unas asociaciones de consumidores, las mencionadas en el anexo I del RD, para el apoyo y asesoramiento de los afectados por la situación de las empresas Afinsa Bienes Tangibles, Sociedad Anónima y Fórum Filatélico, Sociedad Anónima; nulidad parcial por subvencionar también gastos de procedimientos judiciales (Tol 1269566)
5. Cese del administrador de una Comunidad de Propietarios. Falta de legitimación activa. Congruencia de la sentencia. La Junta de Propietarios es el órgano superior que decide las cuestiones comunitarias, entre las que se encuentran las concernientes al nombramiento y cese del administrador. La limitación del ámbito de la apelación requiere manifestación expresa. Contenido básico del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. El principio "pro actione" (Tol 1256792)

ha asumido las competencias del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, en caso de insolvencia de la empresa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 1966, de aplicación subsidiaria.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de suplicación la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social, habiendo dictado sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria de 24 de marzo de 2006, recurso 1206/03 desestimando el recurso interpuesto.

Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina por la citada demandada, aportando como sentencia contradictoria la dictada por esta Sala de lo Social el 26 de junio de 2002, recurso 2661/01.

El recurso ha sido impugnado por la representación letrada de Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social núm. 61, habiendo informado el Ministerio Fiscal que estima procedente el recurso.

SEGUNDO.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el presupuesto de la contradicción, tal como lo enuncia el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente idénticos las sentencias comparadas han emitido pronunciamientos diferentes.

La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala el 26 de junio de 2002, recurso 2661/01, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 2 de mayo de 2001, dictada en el recurso 288/01, interpuesto por el hoy recurrente frente a la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Murcia, en autos 562/00, seguidos a instancia de D. Rodrigo frente a la empresa "DIRECCIÓN000 C.B.", D. Felix y Doña María Inés, frente a la Mutua Ibermutuamur y al Instituto Nacional de la Seguridad Social, sobre prestaciones de incapacidad temporal derivadas de accidente de trabajo, casando y anulando la sentencia recurrida y, resolviendo

el debate planteado en suplicación, estimó el recurso de esta clase interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la referida sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Murcia, absolviendo a la Entidad demandada de las pretensiones de la demanda, como responsable subsidiario para caso de insolvencia de la empresa. Consta en dicha sentencia que el actor sufrió un accidente de trabajo el 19-11-1999, cuando prestaba sus servicios para la empresa demandada, que tenía cubierto el riesgo con Ibermutuamur, estando al corriente de pago de las cotizaciones, el actor permaneció en situación de incapacidad temporal desde la fecha del accidente hasta el 23-3-00, no habiendo la empresa abonado al actor las prestaciones de Incapacidad Temporal correspondientes a dicho período, pese a descontar las cantidades correspondientes en los preceptivos documentos de cotización.

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

A mayor abundamiento hay que poner de relieve la inexistencia de invocar sentencia de contraste alguna cuando se trata de una materia como la presente, en el que la representación letrada de la Mutua Fremap plantea, al impugnar el recurso, pero que, aún en el supuesto de que no hubiera sido planteada, debería ser examinada de oficio por la Sala por afectar al orden público la cuestión del acceso a suplicación por razón de la cuantía, ya que "puede ser examinada de oficio por la Sala, aunque no concurre la contradicción, puesto que afecta al orden público procesal y a su propia competencia funcional, sin que el Tribunal quede vinculado por la decisión que se haya adoptado en trámite de suplicación (asi. SSTS 09/03/92 —rec. 1462/90—; [...] 21/12/92 —rec. 2610/91—; 05/02/93 —rec. 101/92—; [...] 21/01/94 —rec. 4249/92—; [...] 30/12/94 —rec. 1702/94; 26/05/95 —rec. 1647/94—; [...] 21/11/96 —rec. 481/96—; 17/02/97 —rec. 238/96—; [...] 14/11/97 —rec. 714/97—; 09/03/98 —rec. 1306/97—; [...] 03/12/98 —rec. 350/98—; 21/01/99 —rec. 240/98—; [...] 21/03/00 —rec. 2506/99—; [...] 11/12/00 —rec. 2298/00—; 13/03/03

2001 y el 28-5-2001, ambos inclusive, de acuerdo con la base reguladora de 4.900 pesetas/día, prestaciones que ascienden a 1.281'06€, condenando a empresa demandada, COMURCA, S.L., como responsable directa, al pago de dicha prestación, y a la Mutua demandada al adelanto de la misma al trabajador demandante, así como al INSS, como continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, como responsable subsidiario, para el supuesto de insolvencia de la empresa demandada."

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de suplicación la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó sentencia con fecha 24 de marzo de 2006, con el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) contra la sentencia de fecha 7 de diciembre de 2001, dictada por el JUZGADO de lo SOCIAL Nº 1 de los de Las Palmas de Gran Canaria en los autos de juicio 551/2001, la cual confirmamos íntegramente."

CUARTO.- Por la representación procesal de INSS, se preparó recurso de casación para la unificación de doctrina contra la meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, y, emplazadas las partes se formuló en tiempo escrito de interposición del presente recurso aportando como contradictoria la sentencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2002 (RCUD. 2661/2001).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado por la parte recurrida personada, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon concluidos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de julio de 2007, en cuyo momento y con suspensión de dicho señalamiento, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de que pudiera decretarse nulidad de actuaciones.

SEXTO.- Evacuado el traslado conferido, el Ministerio Fiscal, presentó escrito en el sentido de que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado desde la fecha de la notificación

de la sentencia de instancia. Señalándose, nuevamente, para la votación y fallo del presente recurso el día 28 de noviembre de 2007, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 7 de diciembre de 2001, autos 551/01, estimando la demanda formulada por D. Enrique frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua Fremap, MATEPSS núm. 61 y Comurca S.L., sobre prestaciones por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, declarando el derecho de la parte actora al percibo de las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de accidente de trabajo, por el período comprendido entre el 1-4-2001 y el 28-5-2001, ambos inclusive, de acuerdo con la base reguladora de 4.900 pesetas/día, prestaciones que ascienden a 1281'06 euros, condenando a la empresa demandada Comurca S.L., como responsable directa al pago de dicha prestación y a la Mutua demandada al adelanto de la misma al trabajador demandante, así como al INSS, como continuador del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, como responsable subsidiario, para el supuesto de insolvencia de la empresa demandada. Tal como resulta de dicha sentencia, el actor sufrió un accidente de trabajo el 2-5-2000, cuando venía prestando servicios para la empresa demandada, que tenía concertado los riesgos laborales con la Mutua Fremap, estando al corriente del pago de las primas. El actor permaneció en situación de incapacidad temporal desde la fecha de accidente el 4-10-2001, no habiendo la empresa abonado al actor las prestaciones de incapacidad temporal desde el 1-4-2001 a 28-5-2001, pese a descontar las cantidades correspondientes en los preceptivos documentos de cotización. El trabajador fue despedido el 31-5-2001, habiendo sido declarado improcedente dicho despido. Dicha sentencia entendió que procedía condenar a la empresa demandada como responsable, con el debido adelanto de la Mutua a tenor de lo establecido en el artículo 126.3 de la Ley General de la Seguridad Social, con la responsabilidad subsidiaria del INSS, que

ni cuando el asunto 'posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes'.

VI. La notoriedad que abre el acceso al recurso de suplicación, no puede ser la 'notoriedad absoluta y general' de que habla el art. 281.4 LEC. Para su apreciación bastará con que, por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, la cuestión sea notoria para el Tribunal.

VII. Tampoco es necesaria la alegación y prueba de la afectación general en los casos en que la cuestión debatida 'posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes'. Se trata de una categoría próxima a la idea de notoriedad, pero en la que el vigor de la evidencia de la afectación múltiple es de menor intensidad. Por consiguiente, para que pueda ser apreciada, es necesario que ninguna de las partes se haya opuesto a la misma; si consta la oposición de alguna de ellas, no es posible aplicar este sistema de apreciación de la afectación múltiple.

VIII. En los casos que no tienen encaje en los supuestos anteriores, que son los que el art. 189.1-b) menciona en segundo lugar, si es necesaria la alegación y prueba de la afectación múltiple. Y la falta de una y otra o la insuficiencia de la prueba practicada impiden que el Juez o Tribunal pueda apreciar la concurrencia de dicha afectación.

IX. Corresponde en primer lugar al Juez de lo Social de instancia, ateniéndose a los criterios y exigencias expuestos en los razonamientos precedentes, analizar y resolver si en el proceso concurre o no afectación general. Pero similar facultad tienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver el recurso de suplicación, y esta Sala IV al examinar el recurso de casación para la unificación de doctrina. Pues, a pesar del carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional del segundo, se trata de una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala 'ad quem' sin necesidad de cumplir las rigurosas exigencias propias de aquellos.

X. De lo expuesto se deriva que al ser la afectación múltiple un concepto jurídico, en aquellos casos en los que esta Sala ha decla-

rado de modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión.

Ninguna de las circunstancias antes descritas concurre en el presente supuesto, sin que estemos ante un hecho notorio ya que, ni la naturaleza de la cuestión debatida, ni las circunstancias que en ella concurren, permitan calificar la existencia de notoriedad, no constando tampoco la existencia de un número relevante de procesos con iguales pretensiones. Por ello ha de concluirse que no cabía recurso de suplicación al amparo de lo establecido en el artículo 189.1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Tampoco abre la vía a dicho recurso el hecho de que en el pleito se discuta acerca del sujeto responsable del abono de la prestación que se reclama, ya que el artículo 189 de la Ley de Procedimiento Laboral, si no se supera el límite de los 1803 euros, únicamente concede recurso en los procesos que versen sobre prestaciones de la Seguridad Social, cuando el litigio se entable acerca del reconocimiento o denegación de la prestación, tal como prevé el apartado 1 c) del precepto, supuesto que no es el ahora sometido a la consideración de la Sala. En consecuencia, frente a la sentencia de instancia no cabía recurso, procediendo, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la declaración de nulidad de actuaciones desde la notificación de la sentencia de instancia que deviene firme.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Declaramos la nulidad de actuaciones desde la notificación de la sentencia de instancia que fue firme desde su fecha. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia

—rec. 1899/01—; [...] 06/10/03 —rec. 4254/02—; 25/02/04 —rec. 3490/02—; [...] 07/12/04 —rec. 4520/03; 06/10/05 —rec. 5834/03—; y 03/02/06 —rec. 4678/04—.

Ello es así porque tal cuestión no afecta sólo a ese recurso, el de suplicación, sino que se proyecta sobre la competencia del propio Tribunal Supremo, siendo así que el recurso de casación para la unificación de doctrina procede contra las sentencias dictadas en suplicación, lo que supone que la recurribilidad en casación se condiciona a que la sentencia de instancia fuera —a su vez— recurrible en suplicación, y por ello el control de la competencia funcional de la Sala supone el previo control sobre la procedencia o improcedencia de la suplicación (entre otras, las SSTs 19/07/94 —rec. 2508/93—; 20/01/99 —rec. 4308/98—; 21/03/00 —rec. 2506/99—; 27/06/00 —rec. 798/99—; y 26/10/04 —rec. 2513/03—).

TERCERO.- La cuantía del presente litigio asciende a 226.824 pesetas, cantidad inferior a las 300.000 pesetas que como umbral para el acceso al recurso señalaba el artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, actualmente 1803'04 euros, para que pueda interponerse recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el Juzgado de instancia por lo que, mediante providencia de esta Sala de 4 de julio de 2007 se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la posibilidad de que pudiera decretarse la nulidad de actuaciones por razón de la cuantía, alegando sustancialmente el organismo recurrente que la sentencia es recurrible por dos motivos, uno, porque no se trata de una mera reclamación de cantidad, sino que dirime quién es el sujeto responsable del pago de la prestación y, el segundo porque concurre la circunstancia de afectación general notoria y que posee claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. La parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso aduce que contra la sentencia de instancia no cabía recurso de suplicación ni, en consecuencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, informando, por su parte, el Ministerio Fiscal que concurre la causa de nulidad de actuaciones por falta de competencia funcional de la Sala de

Suplicación para conocer del recurso que ha dado lugar a la sentencia impugnada.

CUARTO.- La primera cuestión que procede abordar es la relativa a la competencia funcional de esta Sala, para conocer del presente recurso. Nuestra sentencia de 19-4-2005 (recurso 2517/2004) resume la doctrina unificada, en los siguientes términos:

"I. La 'afectación general' es, como declaró el Tribunal Constitucional, 'un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto' (SS. 142/1992 de 13 de octubre, 144/1992 de 13 de octubre, 162/1992 de 26 de octubre y 58/1993 de 15 de febrero).

II. La afectación general o múltiple supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa (siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen 'a todos o a un gran número' de aquellos) o los derechos de numerosos beneficiarios de la Seguridad Social frente a ésta.

III. Para apreciarla no es necesario que se hayan incoado muchos procesos judiciales; basta con la existencia de la situación de conflicto generalizado. Y éste existe desde el momento en que el empresario desconoce los derechos de sus trabajadores, o les priva de tales derechos. Lo que es predecible de las reclamaciones frente a la Seguridad Social, en los casos en que las Entidades Gestoras utilizan criterios uniformes para resolver los actos masa objeto de su competencia.

IV. La conclusión anterior no supone que la afectación general se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas. No se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de si el conflicto surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de unos derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social.

V. La triple distinción que establece el art. 189.1 b), pone de manifiesto que la alegación y prueba de la afectación múltiple, no es necesaria cuando se trate de 'hechos notorios',

condenar y condeno a los citados demandados a pagar solidariamente a la actora la cantidad de 10.570.131 pesetas, mas intereses legales, así como a las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia conforme a las bases del fundamento de derecho tercero. Y todo ello con expresa condena a los demandados en cuanto a las costas causadas en esta instancia".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado, y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Décima) dictó Sentencia en fecha 23 de septiembre de 2000 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Blanca Fernández de la Cruz Martín, actuando en nombre y representación de Don Javier y Doña Antonia, frente a la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de los de Madrid, en fecha 24 de abril de 1997, en los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante dicho órgano al núm. 0702/1996, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, con expresa imposición a la parte apelante de las costas ocasionadas en esta alzada".

TERCERO.- Por la representación procesal de don Javier y de doña Antonia se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo con apoyo procesal en los siguientes motivos:

Primero.- Por el cauce del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil.

Segundo.- Al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 148 del Reglamento del Registro Mercantil.

Tercero.- Al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de la jurisprudencia contenida en la sentencia de 10 de mayo de 1999.

Cuarto.- Al amparo del artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los artículos 133, 260 y 262, y con la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley.

CUARTO.- Por Auto de esta Sala de fecha 28 de noviembre de 2003 se admitió a trámite el recurso, y, evacuando el traslado conferido, por la representación procesal de la parte recurrida se presentó escrito de impugnación del mismo.

QUINTO.- Por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día veintinueve de noviembre del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación deriva del juicio de menor cuantía que fue promovido por la mercantil "Sony España, S.A." ejercitando la acción de responsabilidad de los administradores sociales frente a los ahora recurrentes en casación, con fundamento en lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera, y en los artículos 260.1.3º y 4º, y 262.5, todos ellos del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de julio de 1989.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, y condenó a los demandados, de forma solidaria, a pagar a la actora la suma reclamada por ésta, junto con los correspondientes intereses legales, y la cantidad, que se habría de determinar en ejecución de sentencia, correspondiente a las costas devengadas en el juicio ejecutivo promovido por la demandante frente a la sociedad de la que los demandados habían sido administradores, para reclamar la deuda de la que se hace responsable a éstos.

Consideró el Juez de Primera Instancia que la responsabilidad de los codemandados derivaba del hecho, que se tuvo por probado, de que no se dio oportuno cumplimiento a lo establecido en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Sociedades Anónimas, así como de las circunstancias, también acreditadas, de que la sociedad carecía de los correspondientes órganos societarios y de domicilio social, por lo que, dada la imposibilidad del funcionamiento de la mercantil, se estaría ante el supuesto de disolución previsto en el artículo 260.1.3º de la Ley de Sociedades Anónimas, siendo de aplicación lo previsto en

por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Luisa Segoviano Astaburuaga hallándose celebran-

2. SOCIEDADES. ACCIÓN INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES EX ART. 262.5º LSA Y EX DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA LSA. CESE DE LOS ADMINISTRADORES, QUE VENDIERON POSTERIORMENTE SUS ACCIONES, CON ANTERIORIDAD A LOS HECHOS DETERMINANTES DE LA RESPONSABILIDAD, HABIÉNDOSE INSCRITO POSTERIORMENTE EN EL REGISTRO MERCANTIL EL ACUERDO DE LA JUNTA DE ACCIONISTAS EN LA QUE SE DISPUSO EL CESE. MODULACIÓN DEL RIGOR DE LAS NORMAS ATRIBUTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD, CONFORME A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

■ **Fecha: 05/12/2007 - Jurisdicción: Civil - Ponente: IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia - Sala: Primera - (Tol 1213886)**

ENCABEZAMIENTO

Número de Resolución: 1325/2007
Número de Recurso: 5175/2000
Procedimiento: Casación

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Diciembre de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por la Procuradora Doña María Blanca Fernández de la Cruz Martín, en representación de don Javier y doña Antonia, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 23 de septiembre de 2000 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Décima), dimanante del juicio de menor cuantía número 702/96 seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid. Es recurrida la entidad "Sony España, S.A.", representada por el Procurador D. José Tejedor Moyano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número 13 de los de Madrid conoció el juicio de menor cuantía número 702/96 seguido a instancia de la mercantil "Sony España, S.A."

Por la representación procesal de la sociedad "Sony España, S.A." se formuló demanda

do Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...se dicte sentencia por la que se condene solidariamente a los demandados D. Javier y Dª. Antonia, al pago de 10.570.131 pts., más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición de la demanda y hasta el completo pago del precio, importe de las costas causadas en el procedimiento ejecutivo nº 783/93, tramitado ante el Juzgado nº 19 de Madrid, así como al pago de las costas causadas en este procedimiento".

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de don Javier y doña Antonia se contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dicte sentencia por la que, sin entrar en el fondo del asunto, estime la excepción planteada, y en caso de no apreciarse tal excepción, desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mis mandantes de toda clase de pedimentos formulados de contrario, imponiendo en todo caso a la demandante el pago de las costas causadas en este procedimiento".

El Juzgado dictó sentencia con fecha 24 de abril de 1997 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor: "FALLO: Que estimando como estimo la demanda interpuesta por el procurador D. José Tejedor Moyano, en nombre y representación de Sony España, S.A., contra D. Javier y Dña. Antonia, representados por la procuradora Dña. María Blanca Fernández de la Cruz Martín, debo de

Estos motivos estudiados de consuno deben ser estimados con las consecuencias que más tarde se dirán.

Procede precisar, ante todo, que la responsabilidad que se exige a los codemandados, en la condición de administradores sociales que ostentaron en su día, tiene su fundamento jurídico en lo dispuesto en el artículo 262.5, en relación con el artículo 260.1.3º y 4º, y en la Disposición Transitoria Tercera, apartado tercero, del Texto Refundido de Ley de Sociedades Anónimas, y su base fáctica se encuentra, por un lado, en la existencia de una deuda contraída por la sociedad con la mercantil demandante, en cuyo importe, junto con el de los correspondientes intereses y las costas del procedimiento ejecutivo promovido para su reclamación, se cifra la responsabilidad exigida; y por otro lado, en no haberse cumplido la obligación de adaptar los estatutos sociales en el plazo establecido en la Disposición transitoria tercera, apartado primero, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y en la concurrencia de las causas de disolución de la sociedad establecidas en los números tercero y cuarto del artículo 260.1 del mismo cuerpo legal, a saber, la imposibilidad del funcionamiento de la sociedad, y la existencia de pérdidas que han dejado reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, sin haberse aumentado o reducido éste en la medida suficiente, habiendo incumplido los administradores sociales las obligaciones dispuestas en los apartados segundo y cuarto del artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas en orden a promover la convocatoria de la junta general para acordar la disolución, y, en su caso, para promover judicialmente ésta, o instar la oportuna declaración de concurso, en este último caso, cuando tal cosa fuese exigible por ser de aplicación la redacción dada a los indicados preceptos, así como al apartado quinto del mismo artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Hecha la anterior precisión, resulta oportuno indicar que la responsabilidad de los administradores sociales que establece el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con su artículo 260, y también la que se deriva de la Disposición transitoria tercera de la misma Ley, ha sido

considerada por la doctrina jurisprudencial como una responsabilidad cuasiojetiva o, incluso, objetiva, con lo que se quiere decir en realidad que está basada en un hecho objetivo, la omisión de la convocatoria de la Junta o de la solicitud, en general, de la promoción de la liquidación—y ahora, tras la reforma operada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre Sociedad Anónima Europea, también del concurso—, así, como, en su caso, la falta de adaptación de los estatutos sociales en el plazo legalmente establecido, sin atender a la calificación de la conducta culpable o diligente del administrador en el ejercicio del cargo. Tal ha sido la razón de que, como se indica en la Sentencia de 5 de octubre de 2006, algunas decisiones de esta Sala, no pudiendo establecer la conexión entre el comportamiento y el daño, hayan señalado que se trata de una sanción o pena civil—Sentencias de 30 de octubre y 21 de diciembre de 2000, 29 de diciembre de 2000, 30 de enero de 2001, 12 de febrero de 2002, 20 de octubre de 2003, 16 de diciembre de 2004 y 16 de febrero de 2006—, expresión que, como se indica en dichas Sentencias, evoca no tanto la idea de “pena”, cuanto el concepto de una reacción del ordenamiento ante el defecto de promoción de la liquidación de una sociedad incurrida en causa de disolución, o, en general, ante el incumplimiento de deberes legales, que no requiere una estricta relación de causalidad entre el daño y el comportamiento concreto del administrador, ni una negligencia distinta de la prevista en los artículos 265.5 de la Ley de Sociedades anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. “La responsabilidad de que se trata —continúa diciendo la Sentencia de 28 de abril de 2006— no se basa en la relación de causalidad entre un determinado acto lesivo —como ocurre en la de los artículos 133 y 135 LSA— y el daño, que generalmente consiste en el impago de un crédito, puesto que, al menos en la causa de disolución del artículo 260.1.4º LSA, es la insolvencia de la sociedad, la insuficiencia de su patrimonio, el factor determinante de la frustración del crédito que ahora se reclama. No hay aquí la lesión directa que exige el artículo 135 LSA, pero puede haber un riesgo o peligro de que, en defecto de una liquidación ordenada, los acreedores

la Disposición Transitoria tercera, apartado tercero, y en el artículo 262.5, de la misma Ley, con arreglo a los cuales resultaba procedente declarar la responsabilidad, en este caso solidaria, de los administradores sociales por las deudas de la sociedad.

La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación que los demandados formularon contra la sentencia de primera instancia, que fue confirmada en todos sus extremos. La Sala de instancia —en lo que interesa para resolver el presente recurso de casación— señala (Fundamento de Derecho Undécimo de la sentencia) que es doctrina reiterada que, paralelamente a lo que ocurre con el nombramiento de los administradores (artículo 125 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas), la renuncia y separación de éstos sólo surte efecto frente a terceros desde el momento de la inscripción en el Registro Mercantil de tales hechos, y que en el caso examinado constaba inscrito el cese de los codemandados como miembros del Consejo de Administración de la sociedad; y se añaden las siguientes consideraciones: “Adviértase asimismo que al deber aplicarse en este caso la legislación posterior a la Reforma del Reglamento del Registro Mercantil operada por el R.D. de 29 de diciembre de 1989, el actual art. 147 de éste permite al administrador dimisionario o cesado solicitar del Registro que se inscriba su cese con la aportación de la documentación acreditativa de la misma (RR.D.G.R.N. de 26 de febrero de 1992 y 21 de noviembre de 1992, entre otras), a diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia del Reglamento de 14 de diciembre de 1956, donde no existía esa posibilidad, ya que el art. 109 en relación con el 108, obligaba a aportar testimonio notarial del acta de la junta o certificación de este acta, expedida por el secretario y visada por el Presidente cuyas firmas deberían ser legitimadas ante notario, o una escritura pública donde constase el cese, y, por tanto, era necesaria la intervención de los administradores que restaban para que el cese pudiera acceder al Registro y no dependía de la sola voluntad del dimisionario o cesado”. Concluye la Sala, después de analizar el fundamento y la naturaleza de la responsabilidad de los administradores establecida en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas, con los

siguientes razonamientos: “La circunstancia de que no haya sido hasta después de haber sido emplazados en el presente procedimiento que los acuerdos que se afirman adoptados en la Junta de la Sociedad celebrada en 11 de junio de 1992 impide que la fecha de dicha Junta pueda tenerse por eficaz frente a terceros sino desde el momento de su elevación a públicos mediante escritura de protocolización de 13 de diciembre de 1996 (folios 117 y ss.), instante hasta el cual son plenamente predecibles de los demandados las omisiones del incumplimiento de los deberes legales que pesan sobre los mismos relativos a la adaptación de la sociedad a la nueva normativa, a la inscripción del domicilio social y a la liquidación ordenada de la misma cuando se produzca algún supuesto de descapitalización, hechos que han quedado incólumes en esta alzada, al no haber sido debida y adecuadamente desvirtuados, y en los que la sentencia recurrida funda la responsabilidad de los administradores demandados apelantes determinante de su condena, circunstancia que impide el acogimiento del recurso y aboca a la confirmación de la sentencia apelada”.

SEGUNDO.- El recurso de casación que ahora se examina se articula en cuatro motivos de impugnación, todos ellos formulados al amparo de lo dispuesto en el ordinal cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero de ellos se denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 147 del Reglamento del Registro Mercantil, en tanto que en el segundo se alega la inaplicación del artículo 148 de la misma norma reglamentaria; en el tercero, se denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de esta Sala de fecha 10 de mayo de 1999, y en el cuarto y último se alega la infracción del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas, en relación con los artículos 133, 260, 262 y la Disposición Transitoria Tercera de la misma Ley.

Los cuatro motivos del recurso presentan unidad argumentativa y son complementarios los unos de los otros, confluendo en la infracción normativa que se denuncia en el último de ellos, por lo que van a ser analizados conjuntamente, dándose una misma y única respuesta a todos.

de 7 de febrero, 10 de mayo, 4 de julio, y 25 de septiembre de 2007).

La proyección de estas notas caracterizadoras de la responsabilidad y de los criterios jurisprudenciales expuestos al supuesto de autos obliga a tener en consideración, frente a la declarada existencia de las causas de disolución prevista en el artículo 260.1.3º y 4º de la Ley de Sociedades Anónimas, y frente a la también declarada falta de adaptación de los estatutos sociales en el plazo establecido por la Ley, por un lado, la relevante circunstancia de que los codemandados fueron cesados en su cargo de administrador por acuerdo adoptado en la junta general celebrada el día 11 de junio de 1992, tras la renuncia formulada por éstos ante Notario el día anterior; por otro, que el plazo para adaptar los estatutos sociales finalizaba el 30 de junio de ese mismo año, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria tercera, apartado primero, de la Ley de Sociedades Anónimas; asimismo, es relevante el hecho de que el día 6 de julio de 1992 los demandados vendieron las acciones de la sociedad de las que eran titulares, y que el acuerdo de cese adoptado por la junta general no fue elevado a público por los nuevos administradores sino hasta el día 13 de diciembre de 1996. Juntamente con lo anterior, presenta especial importancia la circunstancia de que la deuda, de la que se quiere responsabilizar a los demandados, fue contraída después de que éstos hubieran cesado en sus cargos de administrador.

Todos estos elementos tienen singular relevancia de cara a verificar la existencia de responsabilidad de los administradores sociales conforme a criterios tanto objetivos como subjetivos, según se ha expuesto, que aquí se resumen en la imposibilidad de los demandados de llevar a cabo la adaptación estatutaria una vez cesados, y en la correlativa posibilidad de cumplimiento del deber legal por los restantes administradores y por los designados en sustitución de aquéllos; en que la inactividad social se produce tras el cese y a resultas de la falta de protocolización e inscripción del nombramiento de los nuevos administradores; en la inexistencia de la deuda social reclamada al tiempo del cese; y, en fin, en la falta de constancia de la existencia de una situación económica integrante de causa de disolución de la sociedad, o de una

situación de insolvencia, al tiempo en que se produjo el cese.

El conjunto de tales circunstancias conduce a excluir en el presente caso la responsabilidad que se reclama con fundamento en el incumplimiento por los administradores de los deberes de adaptación de los estatutos sociales y de promoción de la ordenada liquidación de la sociedad, pues, por un lado, la obligación de adaptar los estatutos en el plazo legal se trasladó a los restantes administradores, así como a los que sustituyeron a los cesantes; y por otro lado, la obligación general de la que se ha de responder, y, especialmente, las causas de disolución ante las que surgen los deberes legales orientados a promover la disolución o declaración de insolvencia de la sociedad, obedecen a una causa externa a la actuación de los demandados, situada en la gestión de los asuntos sociales por quienes se mantuvieron en el cargo de administrador tras el cese de aquéllos, y sobre los que, en definitiva, recaen tales deberes legales.

Se ha de estar, pues, al criterio mantenido en la Sentencia (Pleno) de 28 de abril de 2006, en la que se tuvo en cuenta singularmente el hecho de la renuncia de la administradora a la hora de examinar su responsabilidad por el incumplimiento de deberes legales, para finalmente excluir.

TERCERO.- La consecuencia de todo cuanto se acaba de exponer no ha de ser otra que la estimación del recurso, pues han de considerarse vulnerados el artículo 262.5 y la Disposición transitoria tercera de la Ley de Sociedades Anónimas sobre los que los recurrentes han construido la denuncia casacional. Procede, por tanto, casar y anular la resolución recurrida, y revocar la dictada en primera instancia, para, en su lugar, desestimar la demanda y absolver a los demandados de todas las pretensiones deducidas frente a ellos, imponiendo las costas de la primera instancia a la parte actora, y sin hacer especial pronunciamiento de las de segunda instancia y de las de casación; todo ello de conformidad con los artículos 523, 710 y 1715 LEC. asimismo procede restituir el depósito constituido.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

de la sociedad sufran el agravamiento de su posición o los efectos de un comportamiento desordenado o arbitrario de su deudor, la sociedad, cuyo patrimonio es en principio la única garantía, que por efecto de este precepto se ve reforzada con la de los administradores que no hayan promovido la liquidación o el concurso a su debido tiempo”.

Ahora bien, tal y como se precisa en las Sentencias de 28 de abril de 2006 (del Pleno) y de 5 de octubre de 2006, esta caracterización de la responsabilidad no obsta a que los principios del sistema de responsabilidad general, y en especial la necesaria conexión entre las responsabilidades de la Ley de Sociedades Anónimas y las reglas generales de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil —y la jurisprudencia que los desarrolla—, determinen la necesidad de atemperar su apreciación y consecuencias, en razón de la valoración de la conducta de los responsables atendiendo a las circunstancias de carácter objetivo y subjetivo concurrentes; valoración a la que también es necesario llegar —como indica la Sentencia de 28 de abril de 2006— si se parte de una concepción de la responsabilidad de que se trata como una suerte de sanción. En esta Sentencia se explica esta modulación, partiendo de que la responsabilidad de los artículos 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, constituye un supuesto de responsabilidad extracontractual —no obstante decisiones orientadas en otro sentido— que requiere la existencia de un daño, por lo general, el impago del crédito que se reclama, el cual se presenta como indirecto desde la perspectiva del artículo 135 de la Ley de Sociedades Anónimas —toda vez que la insolvencia de la sociedad deudora no puede tomarse como un supuesto de lesión directa causada por los administradores—, y enlazado causalmente de forma muy laxa con el comportamiento omisivo de los administradores como son la carencia de convocatoria en plazo, o la omisión del deber de solicitar la disolución judicial o el concurso.

A partir de esos datos, daño y relación de causalidad preestablecida, se aplicarán las reglas y la técnica de la responsabilidad civil —continúa diciendo la Sentencia—, “evaluando los problemas de imputación

objetiva (conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de la generación del crédito, solvencia de la sociedad, existencia de créditos compensables de la sociedad frente a los acreedores que reclaman) y de imputación subjetiva, esto es, la posibilidad de exoneración de los administradores que, aun cuando hayan de pechar con la carga de la prueba —artículo 133.3 LSA— demuestren una acción significativa para evitar el daño —lo que se ha de valorar en cada caso— o que se encuentren ante la imposibilidad de evitarlo —han cesado antes de que produzca el hecho causante de la disolución, se han encontrado ante una situación ya irreversible— Valoración de la conducta de los administradores que se ha de producir forzosamente si se estableciera que estamos ante una sanción o pena civil, pues lo exigen los principios del sistema, y que aparece ya en decisiones anteriores, bajo diversos expedientes —Sentencias de 1 de marzo y 20 de junio de 2001, de 12 de febrero y 16 de octubre de 2003, de 26 de marzo de 2004, y de 16 de febrero de 2006, entre otras—”.

Debe añadirse que lo que se acaba de exponer respecto de la responsabilidad de los administradores, por incumplimiento de los deberes legales en orden a la disolución de la sociedad o a la declaración de concurso, es perfectamente aplicable a la responsabilidad por las deudas sociales prevista en la Disposición transitoria tercera, apartado tercero, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, para el caso de incumplimiento de la obligación de adaptar los estatutos sociales, pues participa de la misma naturaleza que aquélla.

Paralelamente a lo anterior, es preciso señalar que la jurisprudencia ha señalado que la inscripción registral del cese de los administradores no tiene carácter constitutivo, de modo que la imposibilidad de oponer a terceros los efectos del cese del administrador, cuando no ha sido inscrito —principio llamado a garantizar frente a terceros la efectividad de las obligaciones contraídas por los administradores aparentes en nombre de la sociedad—, no es suficiente para la integración de los elementos determinantes de la existencia de la responsabilidad de los mismos (Sentencias

ENCABEZAMIENTO

SENTENCIA Nº: 1092/2007

Excmos. Sres.: D. Andrés Martínez Arrieta
D. José Ramón Soriano Soriano
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En nombre del Rey
La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Diciembre de dos mil siete.

En el recurso de casación por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por EL MINISTERIO FISCAL, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Segunda, que condenó a M.L. y N.H. por delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando los recurridos M.L. y N.H. respectivamente representados por las Procuradoras Sras. Alberdi Berriatua y Ruiz Roldán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Granada, instruyó Procedimiento Abreviado 33/06 contra M.L. y N.H., por delito contra los derechos de los ciudadanos, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada, que con fecha 16 de febrero de dos mil siete dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS: "El presente proceso se incoó por atestada instruido por la Brigada Local de Extranjería y Documentación de la Policía en Motril tras la interceptación y captura en alta mar por una patrullera del Servicio Marítimo Provincial de

la Guardia Civil, sobre las 16:10 horas del día 27 de abril de 2006, de una embarcación neumática tipo "patera", marca Agro, de 8 metros de eslora por 2'5 metros de manga equipada con motor fueraborda de 40 CV, en la que navegaban sesenta y cinco inmigrantes irregulares siete de ellos menores de edad, entre los cuales se encontraban los acusados M.L. y N.H., al parecer todos procedentes de Marruecos y destino a las costas españolas. El punto de localización e interceptación de la "patera" obedece a las coordenadas 36º OIN de latitud y 002º 56'W de longitud que, de acuerdo con información suministrada por el Servicio Marítimo Provincial de la Guardia Civil en oficio dirigido a este Tribunal como prueba anticipada de la Defensa del acusado M.L., se ubica a unas 42'65 millas náuticas de la costa de Adra (Almería) y 50'75 millas náuticas de la costa Motril (Granada)".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos LA FALTA DE JURISDICCION de este Tribunal para conocer de los hechos objeto del presente proceso, siendo de oficio las costas procesales causadas.

Se acuerda la inmediata libertad de los acusados M.L. y N.H., poniendo en conocimiento se excarcelación a la Brigada de Extranjería y Documentación de la Jefatura Superior de Policía en Granada a los efectos correspondientes por si pudieran encontrarse ilegalmente en territorio español."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º LECrim., por inaplicación del art. 23.1 y, en su caso, del art. 23.4 h) LOPJ (según redacción dada por LO 3/2005), en relación con el art. 318 bis 1º y 3º CP. SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim., por vulneración

FALLO

Que debemos acordar lo siguiente:

1º.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Javier y doña Antonia frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 23 de septiembre de 2006.

2º.- Casar y anular la Sentencia recurrida, y, con revocación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid, en los autos del juicio de menor cuantía 702/96, desestimar íntegramente la demanda interpuesta por la mercantil "Sony España, S.A." frente a los recurrentes, a quienes se absuelve de todas las pretensiones deducidas frente a ellos, imponiendo a la parte demandante las costas de la primera instancia.

3º.- No hacer imposición de las costas de este recurso, ni de las de la segunda instancia.

4º.- Devuélvase a la parte recurrente el depósito en su día constituido.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos - Juan Antonio Xiol Ríos - José Antonio Seijas Quintana - Ignacio Sierra Gil de la Cuesta - Firmado - Rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

3. ATRIBUYE A ESPAÑA LA JURISDICCION PARA JUZGAR LAS ENTRADAS ILEGALES DE EXTRANJEROS A BORDO DE NAVES SIN PABELLÓN, EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA QUE OPERA CUANDO NO EXISTE EXTRADICION. NUEVO PRONUNCIAMIENTO DEL TS EN RELACION AL DELITO CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS, EN QUE SE JUZGAN LAS ENTRADAS ILEGALES POR VIA MARITIMA DE PERSONAS A BORDO DE NAVES O SIMILARES, SIN PABELLÓN ALGUNO. LA SENTENCIA CASA LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE PROCEDENCIA QUE SE DECLARÓ INCOMPETENTE POR FALTA DE JURISDICCION

Fecha: 27/12/2007 - Jurisdicción: Penal - Ponente: ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia - Sala: Segunda - (Tol 1233209)

RESUMEN

Delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA SUPLETORIA, CLÁUSULA DE CIERRE QUE ATRIBUYE A ESPAÑA LA JURISDICCION EN MATERIA DE INMIGRACION ILEGAL. Nuevo pronunciamiento del TS en relación al delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, en que se juzgan las entradas ilegales por vía marítima de personas a bordo de navos o similares, sin pabellón alguno. La sentencia casa la sentencia de la Audiencia de procedencia que se declaró incompetente por falta de jurisdicción.

DOCTRINA

A fin de evitar que quede impune un hecho estimado delictivo, además de los principios de territorialidad, personal y de jurisdicción universal, el llamado principio de justicia supletoria o del Derecho penal de representación, opera en caso de inexistencia de solicitud o no concesión de extradición, permitiendo al Estado donde se encuentra el autor, juzgarlo. Se trata de un criterio residual en los casos en que la comunidad internacional tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general.

promoción, favorecimiento o facilitación, sin exigir que se consiga llegar clandestinamente a territorio español (v. STS de 5 de febrero de 1998, y de 16 de julio de 2002).

Es importante destacar también que el bien jurídico protegido por el artículo 318 bis del Código Penal está integrado por dos tipos de intereses: el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que éstos movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada, y el interés mediato de proteger la libertad, seguridad, dignidad y derechos de los emigrantes.

Llegados a este punto, debemos dirigir nuestra mirada hacia el problema relativo a la jurisdicción que deba conocer de este tipo de conductas descubiertas e interrumpidas en aguas internacionales. Y, a este respecto, hemos de decir que no nos parecen suficientemente fundadas las razones expuestas por el Tribunal de instancia para entender que la jurisdicción española carece de legitimidad para ello.

En efecto, si el ejercicio de la jurisdicción penal es una manifestación de la soberanía del Estado, conforme al principio de territorialidad, a cada Estado le corresponde conocer, en principio, de todos los hechos delictivos cometidos en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (v. art. 23.1 LOPJ y arts. 14 y 15 LECrim.).

Sin embargo, el de territorialidad coexiste con otros principios que permiten perfilar la extensión y los límites de la jurisdicción española: a) el principio de la matrícula o pabellón, complementario del anterior en cuanto resulta su prolongación para embarcaciones y aeronaves; y b) el principio real o de protección de los intereses, que trata de amparar bienes jurídicos propios del Estado, con independencia del lugar en que se cometa el ataque.

Se basan estos principios en el interés nacional del bien jurídico protegido por el delito, bien se perpetre éste en el propio territorio, bien lo sea fuera de sus fronteras. Conforme a este principio, el art. 23.3 LOPJ dispone que la jurisdicción española conocerá de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio español cuando sean susceptibles de tipificarse conforme a alguno de los delitos enumerados en el citado artículo (entre los que

no figura el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

Junto a los principios de territorialidad y el real o de protección de los intereses españoles, también configura el alcance de la jurisdicción de los tribunales españoles el principio de personalidad o de nacionalidad, ya que, conforme al mismo, cada ciudadano se halla siempre sometido a la jurisdicción de su país. Así, la jurisdicción penal española conocerá de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1) que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito; 2) que el agraviado o el Ministerio fiscal denuncien o interpongan querrela ante los Tribunales españoles; 3) que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda (v. art. 23.2 LOPJ, modificado por L. O. 11/1999, de 30.4).

El principio de universalidad o de justicia mundial amplía también el ámbito de la jurisdicción española, en cuanto sirve para la protección de bienes esenciales para la humanidad, reconocidos por todas las naciones civilizadas, con independencia de la nacionalidad de los partícipes y del lugar de comisión, en cuanto, en esencia, atiende al conocimiento de los delitos propiamente internacionales. A este principio responde el art. 23.4 LOPJ, en cuanto determina la competencia de la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional, cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Delitos relativos a la prostitución y los de corrupción

del art. 24.1 CE que reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 18 de diciembre de 2007.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia provincial de Granada dictó sentencia en el presente procedimiento en cuya parte dispositiva declaró la falta de jurisdicción del tribunal para el enjuiciamiento de unos hechos que habían sido objeto de acusación contra dos acusados por delito del art. 318 bis a quienes se imputaba que patroneaban una embarcación con sesenta y cinco inmigrantes que procedentes de la costa africana tenían como destino España, siendo interceptados a 42,5 millas de la ciudad almeriense de Adra. Contra la resolución de la Audiencia provincial plantea recurso el Ministerio fiscal en el sentido opuesto con cita de anteriores resoluciones con un contenido similar por lo que es procedente remitirnos a esos pronunciamientos jurisprudenciales para la estimación de la impugnación y la anulación de la sentencia impugnada.

El Tribunal de instancia ha fundado su decisión en que la norma contemplada en el art. 23.4 de la LOPJ, que establece en nuestro Derecho el principio de jurisdicción universal para determinados delitos, no es de aplicación al caso, así como tampoco lo son los principios de territorialidad y personalidad.

Dijimos en la STS 198/2007, de 8 de octubre, y ahora reproducimos lo siguiente: "Afirma el Ministerio Fiscal que "la inmigración ilegal constituye uno de los problemas más graves que afronta nuestro país en la actualidad" y que "no parece aceptable entender que España no tiene jurisdicción en relación con los patrones responsables de las embarcaciones que se dirigen a nuestro país"; y, en este sentido, dice que, en su opinión, el Tribunal de instancia no presta la debida atención al Protocolo contra el Tráfico ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y al art.

110 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, en el que se prevé el derecho de visita en relación, entre otros supuestos, con aquellos buques que no tienen nacionalidad (como normalmente son las pateras o cayucos), pues, de no actuar en tales casos, este tipo de comportamientos quedarían impunes.

El delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, del artículo 318 bis, apartados 1º y 3º del Código Penal art.318, bi.1 art.318 bi.3, que el Ministerio Fiscal imputa a los acusados en esta causa y por el que solicita la imposición de una pena de prisión de siete años, es un delito de mera actividad que se consuma por la realización de los actos de promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas "desde, en tránsito o con destino a España". La conducta se describe, por tanto, de forma progresiva: promoción, que equivale a provocación, incitación o procurar su consecución; favorecimiento, integrado por cualquier acción de ayuda o apoyo al tráfico ilegal; y facilitar, que viene constituida por la remoción de obstáculos o prestación de medios para hacer posible el tráfico y que, en el fondo, no es más que una modalidad del favorecimiento. Podríamos decir que cualquier acción prestada al inicio o durante el desarrollo del ciclo emigratorio o inmigratorio y que auxilie a su realización en condiciones de ilegalidad está incluida en la conducta típica.

Ahora bien, como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva, favorezca o facilite por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito; lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplir la previsión normativa, por lo que pueden incluirse conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etc. Ello implica que sea irrelevante que los inmigrantes lleguen a acceder a la península o islas o no se concluya la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, por cuanto el delito se consuma por la realización de los actos de

CUARTO.- Que la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 (BOE de 27 de diciembre de 1971, núm. 309/1971), dice que "se entenderá por "alta mar" la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado" (v. art. 1), y declara que "estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía" (v. art. 2). "Todos los Estados, con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolan su bandera" (v. art. 4). Además, se previene que "el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar" (v. art. 12.2).

De cuanto queda expuesto, se desprende: a) que el derecho de libre navegación por alta mar se reconoce a los Estados y se ejercerá en las condiciones fijadas por las Convenciones internacionales y demás normas de derecho internacional; b) que, entre esas condiciones o exigencias figura la de que los buques tendrán la nacionalidad del pabellón que estén autorizados a enarbolar, y, en principio, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado ("el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad" (v. art. 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982).

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del art. 318 bis, apartados 1º y 3º del Código Penal art. 318 bis.1 art. 318 bis.3, por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden

la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años (v. art. 318 bis 1º y 3º CP art.318 bis.1 art.318 bis.3 y art. 2 b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000). La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables—al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)—se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, especialmente el art. 23.4 h) LOPJ art. 23.4 art.23 h, en relación con el art. 8.7 Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los Órganos jurisdiccionales españoles.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal.

FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGARAL

de menores o incapaces (modificado por L. O. 11/1999, de 30.4, por la que se han incluido los delitos de corrupción de menores e incapaces); f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Delitos de mutilación femenina (conforme a la L.O. 3/2005, en vigor desde el 10 de julio de 2005); y h) Cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.

No quedaría debidamente perfilado el ámbito de la jurisdicción española sin aludir al llamado principio de la justicia supletoria, también denominado del Derecho penal de representación, el cual opera en caso de inexistencia de solicitud o de no concesión de extradición, al permitir al Estado donde se encuentra el autor, con aplicación de la Ley penal, juzgarlo. El fundamento de este principio no es otro que el de la progresiva armonización de las distintas legislaciones como consecuencia de la estructura semejante de los Tratados internacionales, en cuanto vienen a diseñar unos tipos punibles e imponen normalmente a los Estados la obligación de introducirlos en sus ordenamientos jurídicos. De ahí que la incorporación de tales tipos penales en el Derecho interno permita la aplicación en su caso de la regla "aut dedere aut iudicare", si no se concediere la extradición.

Por consiguiente, si bien es verdad que en congruencia con su correlación con la soberanía, el principio de territorialidad es el criterio principal, este principio no es un principio absoluto, y existe consenso en la aceptación del criterio real o de protección de los intereses estatales y de nacionalidad; mientras que el principio de universalidad vendrá justificado en la medida en que se apoya en una legalidad internacional preexistente, de carácter convencional o consuetudinario. Por último, el criterio real del principio de justicia supletoria, entre los que definen el ámbito de la jurisdicción del Estado, trata de evitar que un hecho estimado delictivo quede impune, habida cuenta—como ya hemos dicho—que la comunidad tiende a considerar delictivos las mismas clases de hechos, en el contexto de determinados campos de interés general.

En referencia ya al caso objeto de la presente causa, hemos de tener en cuenta: 1º/ Que la inmigración ilegal constituye

actualmente uno de los problemas más relevantes de la Comunidad internacional, que de ordinario guarda una relación muy próxima con la denominada Delincuencia Organizada Transnacional, por lo que ha sido objeto de acuerdos y convenios internacionales como es el caso de la Convención de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002), BOE. 29.9.2003 (ratificado por instrumento de 21.2.2002, BOE. 10.12.2003), junto con el "Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire", que complementa la citada Convención, cuya finalidad no es otra que "promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional" (v. art. 1 de la Convención).

SEGUNDO.- Que el citado Protocolo establece que "los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar" (v. art. 7) y determina que "todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda" (v. art. 8.7).

TERCERO.- Que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (BOE. 14 de febrero de 1997, núm. 39/1997), determina que "la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral", y que "se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de derecho internacional" (v. art. 87.1), precisando que "cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque" (v. art. 91.1).

Decreto, formalizando demanda mediante escrito en el que termina suplicando a la Sala que "... dicte en su día sentencia por la que estimando íntegramente el recurso planteado, declare la nulidad del RD 613/2006 impugnado, con expresa imposición de las costas a la Administración demandada.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, formuló contestación a la demanda interpuesta y replica en su escrito a la Sala que "... dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso contencioso administrativo" y, mediante otrosí, interesa el recibimiento a prueba del procedimiento.

CUARTO.- En Auto de fecha 19 de marzo de 2007 esta Sala acordó recibir el proceso a prueba y, practicada ésta con el resultado que consta en autos y evacuadas las conclusiones por las partes, en Providencia de fecha 13 de diciembre de 2007 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 29 de enero de 2008, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La "Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo" impugna en este recurso contencioso-administrativo el Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, por el que se conceden determinadas subvenciones a unas asociaciones de consumidores, las mencionadas en su anexo I, para el apoyo y asesoramiento de los afectados por la situación de las empresas Afinsa Bienes Tangibles, Sociedad Anónima y Forum Filatélico, Sociedad Anónima. Los motivos de impugnación o razones jurídicas por los que la actora pretende la declaración de nulidad del citado Real Decreto son los siguientes:

Primero.- Inobservancia del trámite preceptivo consistente en el previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, que requiere o exige el artículo 28.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. A juicio de la parte actora, el estudio del expediente administrativo demuestra que ese informe del Ministerio de Economía y Hacienda fue trasladado o comunicado al

Ministerio de Sanidad y Consumo, proponente del Real Decreto, en un momento ya posterior a aquél en que el Consejo de Ministros aprobó éste; que lo hizo, así, sin conocer el contenido de dicho informe.

Segundo.- Vicio de desviación de poder. A juicio de la parte, la única razón que subyace en las subvenciones concedidas es la finalidad de acallar a las asociaciones de consumidores y usuarios, evitando cualquier intento de éstas de exigir responsabilidad patrimonial del Estado por la situación acaecida.

Tercero.- Vulneración del artículo 31.7.c) de aquella Ley 38/2003, pues en él se dispone que "en ningún caso serán gastos subvencionables los gastos de procedimientos judiciales", pese a lo cual, a juicio de la actora, son gastos de esta naturaleza los que contempla el artículo 3.2.b) del Real Decreto impugnado.

Cuarto.- Competencia desleal y prácticas abusivas de la competencia. Los poderes públicos, razona la parte, no pueden fomentar prácticas desleales para con otras asociaciones u otros profesionales que pueden ver atacados sus legítimos intereses. La concesión de subvenciones destinadas en parte a otorgar asistencia jurídica vulnera la Ley Reguladora de Asistencia Jurídica Gratuita y supone una actuación que se encuadra dentro de las prácticas abusivas del artículo 6.2.d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; en esencia, porque lanzar una campaña de gran impacto como la desarrollada el día 12 de mayo de 2006 por el Instituto Nacional de Consumo para captar asociados a favor de las asociaciones mencionadas en aquel anexo I, tiende de manera objetiva y directa a obstaculizar el acceso a las demás asociaciones, así como a despachos de procuradores y abogados, distorsionando la competencia; se produce un efecto inhibitor que condiciona el comportamiento de los afectados ante la expectativa de la gratuidad, y un efecto llamada a favor de las asociaciones subvencionadas, lo cual incide en la competencia con relación a otras asociaciones que han sido excluidas de la subvención.

Quinto.- Por fin, hay en la parte final del escrito de demanda una escueta mención de otras hipotéticas vulneraciones cuyos argumentos se solapan en buena medida con los de las anteriores.

RECURSO DE CASACIÓN por infracción de Ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada el día 16 de febrero de dos mil siete por la Audiencia Provincial de Granada, en la causa seguida contra M.L. y N.H., por delito contra el derecho de los ciudadanos extranjeros, que casamos y anulamos. Declarando de oficio el pago de las costas causadas.

En su consecuencia, declaramos que los hechos denunciados son competencia de la jurisdicción española; devuélvase las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida, que anulamos, dicte nueva sentencia sobre las pretensiones deducidas

por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Andrés Martínez Arrieta, José Ramón Soriano Soriano Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

4. ANULA LA SUBVENCIÓN PARA DEFENDER A LOS AFECTADOS DE FÓRUM Y AFINSA Y OBLIGA A DEVOLVER LAS AYUDAS. REAL DECRETO 613/2006, DE 19 DE MAYO, SUBVENCIONES, GASTOS DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES. CONCESIÓN DE DETERMINADAS SUBVENCIONES A UNAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES, LAS MENCIONADAS EN EL ANEXO I DEL RD, PARA EL APOYO Y ASESORAMIENTO DE LOS AFECTADOS POR LA SITUACIÓN DE LAS EMPRESAS AFINSA BIENES TANGIBLES, SOCIEDAD ANÓNIMA Y FORUM FILATÉLICO, SOCIEDAD ANÓNIMA; NULIDAD PARCIAL POR SUBVENCIONAR TAMBIÉN GASTOS DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

■ Fecha: 07/02/2008 - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Ponente: SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia - Sala: Tercera - (Tol 1269566)

ENCABEZAMIENTO

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Febrero de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO), representada por la Procuradora Rodríguez Teijeiro, contra el Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, de concesión de subvenciones a asociaciones de consumidores para el apoyo y asesoramiento de los afectados por la situación de las empresas Afinsa Bienes Tangibles, S.A. y Forum Filatélico, S.A.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de mayo de 2006 fue publicado en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, de concesión de subvenciones a asociaciones de consumidores para el apoyo y asesoramiento de los afectados por la situación de las empresas Afinsa Bienes Tangibles, S.A. y Forum Filatélico, S.A.

SEGUNDO.- La representación procesal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS BANCARIOS (AUSBANC CONSUMO) ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el referido Real

justifique, de acuerdo con el contenido de las bases de datos a que hace referencia el párrafo anterior". Se dice en el siguiente párrafo que "la justificación de la actividad se realizará antes del 28 de febrero de 2007, mediante la presentación de las bases de datos actualizadas, junto con la correspondiente demanda o demandas judiciales". Y se dijo antes, en el inciso inicial del número 3 del artículo 1, que "todas las organizaciones que se detallan en el anexo I forman parte del Consejo de Consumidores y Usuarios y públicamente han ofertado el asesoramiento gratuito a los afectados y su defensa en juicio".

No ofrece duda, por tanto, que la actividad que se subvenciona con aquella segunda modalidad de ayuda es o no deja de ser también la de la asunción por las organizaciones destinatarias de ella (a través, lógicamente, de los profesionales legalmente habilitados) de la representación y defensa judicial de los afectados por la situación de las mercantiles Afinsa Bienes Tangibles, S.A., y Forum Filatélico, S.A. Lo antes transcrito es demostrativo de ello y lo es más aún al observar que la financiación de los gastos de asesoramiento a dichos afectados, perfectamente subvencionables o no incluidos en la prohibición de aquel artículo 31.7.c), es el objeto de la primera modalidad de ayuda de las contempladas en el Real Decreto, esto es, de la prevista en su artículo 3.2.a), a la que se destina un importe máximo de 700.000 euros; y al observar que tanto el párrafo segundo como el párrafo cuarto del número 4 del artículo 3 del Real Decreto aluden a la actividad que ha de ser justificada a efectos del pago de la subvención en unos términos que conectan, sin posibilidad de equívoco, con una que no es otra que aquella de representación y defensa judicial de los afectados.

Se subvencionan así gastos de procedimientos judiciales, pues tal y como resulta de los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil referidos a la tasación de costas, en ese concepto se incluyen o de esa naturaleza participan los que retribuyen los derechos y los honorarios que respectivamente son debidos a quienes asumen en el proceso las funciones de representación y de dirección letrada.

Lo expuesto conduce también al rechazo de los argumentos que en contrario ofrece la Abogacía del Estado, pues los términos "de-

fensa en juicio" o "representación y defensa judicial" con que se expresa el reglamento, o la exigencia de que para la justificación de la actividad se acompañe "la correspondiente demanda o demandas judiciales", ponen de relieve que la actividad subvencionada con aquella segunda modalidad de ayuda no es, o no es sólo, una que meramente tenga relación con "actividades ante los Tribunales de Justicia". Y esos términos y esa exigencia, así como el objeto de la primera modalidad de ayuda, destinada a la financiación de los gastos de asesoramiento, ponen de relieve que los gastos subvencionados con la segunda no son meramente "gastos de asesoría jurídica". Se fija dicha Abogacía, también, en el inciso inicial de aquella letra b), pero no lo transcribe con toda exactitud, pues no dice "apoyo a la representación y defensa", sino, como antes transcribimos, "apoyo a la representación y de defensa". Por fin, el argumento último que ofrece aquella Abogacía, referido a que las Asociaciones de Consumidores y Usuarios gozan por Ley del beneficio de justicia gratuita, no deja de desviarse de la cuestión objeto de análisis, pues son los afectados por la situación de aquellas mercantiles y no esas Asociaciones quienes son representados y defendidos en juicio.

QUINTO.- Una vez apreciada la ilegalidad de la segunda modalidad de ayuda, deviene innecesario el análisis detallado de los demás motivos de impugnación, pues la primera modalidad, la que queda en pie, destinada como hemos dicho a la financiación de los gastos de asesoramiento a los afectados, no incurre en ninguna de las ilegalidades que denuncian esos restantes motivos. De un lado, porque claro es que nada se opone en nuestro ordenamiento jurídico, ni nada se alega en este sentido en el proceso, a que las Asociaciones de consumidores y usuarios perciban subvenciones con ese objeto o destino que queda en pie. Y, de otro, porque el Real Decreto impugnado expresa las razones que justifican que sean unas y no todas o no otras las organizaciones beneficiarias de las subvenciones otorgadas, señalando a tal fin que las beneficiarias son las más representativas a nivel nacional y las que públicamente se han ofrecido a asesorar a los afectados de forma gratuita. Si se estimó en más de 350.000 los afectados en todo el territorio nacional por la situación de aquellas

Se cita la Ley 47/2003, General Presupuestaria, y se afirma que se pretende hacer una utilización desviada de los fines de la subvención a costa de los presupuestos generales, en beneficio de diez asociaciones. Se invoca el artículo 9 de la Constitución y se dice que es la propia Administración la que promueve condiciones de desigualdad. También, que vulnera el derecho a la libre elección de quien haya de representar en juicio a los afectados. Que limita el derecho a la libre asociación, regulado en el artículo 22 de la Constitución. O que el Real Decreto impugnado vulnera los artículos 24.1 y 119 de la Constitución y 20.1 y 440.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como la Ley 1/1996 y su Reglamento, al incidir sobre el sistema de justicia gratuita.

SEGUNDO.- La prueba obrante en el proceso, e incluso las alegaciones que la misma parte actora hace en su escrito de demanda, conducen a tener por acreditado que el informe del Ministerio de Economía y Hacienda se emitió el día 18 de mayo de 2006. A partir de ahí, aquel primer motivo de impugnación ha de ser rechazado, pues la exigencia del artículo 28.2 de la Ley 38/2003 queda satisfecha y cumplida si el informe de aquel Ministerio precede a la aprobación de la norma y si el órgano que la aprueba tiene conocimiento de ello, esto es, de la existencia del informe y de su contenido. Con los datos aportados al proceso no cabe poner en duda que el Consejo de Ministros tuviera ese conocimiento en su reunión del día 19 de mayo de 2006 en que aprobó el Real Decreto impugnado, pues lo afirma así en éste y son los miembros del Gobierno y por tanto también los Ministros, todos ellos, los que se reúnen en Consejo. Si aquellos datos no permiten dudar de ese conocimiento, carece de toda trascendencia invalidante la circunstancia de que el documento escrito que contiene el informe se incorporara materialmente al expediente administrativo en una hora en la que ya había finalizado la reunión del Consejo.

TERCERO.- La misma suerte ha de correr el segundo de los motivos de impugnación, pues el vicio de desviación de poder, esto es, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, carece en este proceso de toda prueba, incluso de una que resultara avalada

a través o por la vía de las presunciones. Lo confirma así el estudio del escrito de conclusiones de la parte actora, pues si ahí, en ese escrito, es de esperar una exposición sucinta de los hechos y de las pruebas practicadas que sustenten y acrediten la imputación, es lo cierto que no hay modo de ver, de detectar, de percibir que entre los hechos que ahí se relatan y el fin espurio que se imputa al reglamento exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

CUARTO.- Por el contrario, si debemos acoger el tercero de los motivos de impugnación, pues siendo cierto, como lo es, que el artículo 31.7.c) de la Ley 38/2003 prohíbe subvencionar los gastos de procedimientos judiciales, lo es también que son gastos de esta naturaleza los que quedan subvencionados a través de la segunda de las modalidades de ayuda que contempla el Real Decreto impugnado, esto es, a través de la modalidad prevista en su artículo 3.2.b), para la que se destina un importe máximo de 1.300.000 euros. Es así por lo que a continuación exponemos:

Aunque la dicción literal del inciso inicial de dicha letra b) no es ya o por sí sola demostrativa de que sean gastos de aquella naturaleza los que también se subvencionan, pues se habla ahí, con una redacción no exenta de imprecisión e incluso de oscuridad, de financiación de los gastos originados "por el apoyo a la representación y de defensa de los intereses y derechos de los afectados"; si lo es, si es demostrativa de tal subvención prohibida, la redacción de su inciso final y de algunos otros párrafos de diversos artículos del reglamento que nos ocupa. Así, se dice en ese inciso final que aquel importe máximo de la subvención ahí dispuesta "se distribuirá en función del número de afectados sobre los que las organizaciones asuman su representación y defensa judicial". Se añade en el párrafo primero del número 4 del mismo artículo 3 que "el importe previsto en el párrafo b) se anticipará en octubre de 2006, a todas aquellas organizaciones relacionadas en el anexo I, que asuman la representación y defensa judicial de los afectados". Se repite en el párrafo tercero de ese mismo número 4 que "las cuantías de este segundo pago vendrán determinadas proporcionalmente por el número de representados que cada una de las asociaciones destinatarias de la subvención

5. CESE DEL ADMINISTRADOR DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. LA JUNTA DE PROPIETARIOS ES EL ÓRGANO SUPERIOR QUE DECIDE LAS CUESTIONES COMUNITARIAS, ENTRE LAS QUE SE ENCUENTRAN LAS CONCERNIENTES AL NOMBRAMIENTO Y CESE DEL ADMINISTRADOR. LA LIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA APELACIÓN REQUIERE MANIFESTACIÓN EXPRESA. CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. EL PRINCIPIO "PRO ACTIONE"

Fecha: 04/02/2008 - Jurisdicción: Civil - Ponente: ROMÁN GARCÍA VARELA - Origen: Tribunal Supremo - Tipo Resolución: Sentencia - Sala: Primera - (Tol 1256792)

ENCABEZAMIENTO

Número de Resolución: 42/2008
Número de Recurso: 4492/2000
Procedimiento: Casación

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil ocho.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados arriba indicados, ha visto el presente recurso de casación, interpuesto por don Arturo, representado por la Procuradora doña Elisa Bustamante García, contra la sentencia dictada en grado de apelación —rollo nº 83/2000—, en fecha 28 de julio de 2000, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo, dimanante de auto de juicio declarativo de menor cuantía, seguidos con el número 38/99 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ocaña. Ha sido parte recurrida la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA URBANIZACIÓN 000" de Lillo (Toledo), representada por el Procurador don Jorge Pérez vivas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- La Procuradora doña Ruth Gómez Iglesias, en nombre y representación de don Arturo, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía, turnada al Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ocaña, contra "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA URBANIZACIÓN 000" de Lillo (Toledo), en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado, que dicte en su día sentencia por la que se condene a la

demandada a estar y pasar por el pronunciamiento y declaración de nulidad del cese de su patrocinado, por ser nulo de pleno derecho al no estar ajustado a las previsiones de la Ley y los estatutos, retrotrayendo a situación obligacional al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo nulo, dictaminando la validez del vehículo de mandato remunerado entre las partes en tanto no se efectuó el cese o revocación del cargo conforme a derecho, con la obligación de abonar a mi mandante la suma mensual de 137.142 pesetas, IVA incluido desde el mes de febrero de 1998 y hasta tanto no sea cesado conforme a derecho, más los intereses legales y costas de este procedimiento.

2º.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, el Procurador don Moisés Mata Tizón, en su representación, tras alegar la excepción de falta de personalidad en el actor, solicitó su estimación, y, subsidiariamente, para el caso de no estimarse la excepción planteada, se dicte sentencia desestimatoria de la demanda con la correspondiente condena en costas a la parte actora.

3º.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ocaña dictó sentencia, en fecha 13 de diciembre de 1999, cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que apreciando la excepción procesal de falta de legitimación activa en la acción de nulidad interpuesta en la demanda promovida por la Procuradora Sra. Gómez Iglesias, en nombre y representación de don Arturo, contra la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA URBANIZACIÓN 000", debo absolver y absuelvo en la instancia a la demandada, sin entrar a conocer del fondo, con imposición de costas al actor. Que estimando parcialmente la acción de reclamación de cantidad interpuesta en la

dos mercantiles y si la decisión subvencional contempla un estado de cosas en el que los medios de que normalmente disponen las Asociaciones de consumidores y usuarios no son suficientes para hacer frente a un volumen de reclamaciones simultáneo tan elevado como el que se estaba produciendo, lógica es la opción de que los fondos públicos, siempre limitados, se destinen a aquellas organizaciones que por ser las más representativas a nivel nacional habían de ser receptoras de un número significativamente mayor de solicitudes de asesoramiento.

SEXTO.- En conclusión, procede estimar en parte este recurso contencioso-administrativo, declarando la nulidad de pleno derecho, no de la totalidad del Real Decreto impugnado, como pretende la actora, sino sólo del número 2, letra b), y del número 4, ambos de su artículo 3.

SÉPTIMO.- Esa estimación parcial conduce con toda naturalidad a que no hagamos imposición de las costas procesales causadas.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLO

ESTIMAMOS EN PARTE el recurso contencioso-administrativo que la representación procesal de la "Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios Ausbanc Consumo" interpone contra el Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, declarando como declaramos la nulidad de pleno derecho del número 2, letra b), y del número 4, ambos de su artículo 3, que respectivamente son del tenor literal siguiente: Número 2, letra b), del artículo 3: "Contribuir a la financiación de los gastos originados por el apoyo a la representación y de defensa de los intereses y derechos de los afectados, en un importe máximo de 1.300.000 euros que se

distribuirá en función del número de afectados sobre los que las organizaciones asuman su representación y defensa judicial". Número 4 del artículo 3: "El importe previsto en el párrafo b) se anticipará en octubre de 2006, a todas aquellas organizaciones relacionadas en el anexo I, que asuman la representación y defensa judicial de los afectados.

Con carácter previo a la realización de este pago, las asociaciones deberán justificar esta actividad mediante la presentación, previa autorización de los afectados para la cesión de los datos de carácter personal, de las bases de datos de los perjudicados cuyas reclamaciones se gestionen por las respectivas asociaciones de consumidores y usuarios. Las cuantías de este segundo pago vendrán determinadas proporcionalmente por el número de representados que cada una de las asociaciones destinatarias de la subvención justifique, de acuerdo con el contenido de las bases de datos a que hace referencia el párrafo anterior.

La justificación de la actividad se realizará antes del 28 de febrero de 2007, mediante la presentación de las bases de datos actualizadas, junto con la correspondiente demanda o demandas judiciales".

Desestimamos, por el contrario, las demás pretensiones deducidas en el proceso y no hacemos imposición de las costas causadas. Publíquese el fallo de esta sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, todo lo cual, y el Secretario, certifico.

LA URBANIZACIÓN000", e interés las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

Por la lectura de los antecedentes de hecho de la demanda en relación con su "petitum", se determina que se ejercitaron dos acciones: a) una, constitutiva, dirigida a obtener la declaración judicial de la nulidad del cese como administrador del demandante, por no ajustarse el acuerdo adoptado a las previsiones de la Ley y los Estatutos, con la solicitud de retroacción de la relación contractual entre las partes al momento inmediatamente anterior a la adopción del acuerdo nulo; y b) otra, declarativa, por la que se interesó el pronunciamiento de la existencia del vínculo contractual en tanto el administrador no sea cesado del cargo conforme a Derecho; y como efecto concatenado de las decisiones judiciales respecto a ambas acciones, se pidió el abono de la suma devengada desde la fecha en que tuvo lugar el cese hasta que no se produzca legalmente.

El Juzgado acogió la excepción de falta de legitimación activa en la acción de nulidad interpuesta en la demanda por la representación procesal de don Arturo, contra la Comunidad demandada, y absolvió a ésta sin entrar a conocer del fondo del asunto, y, asimismo, con aceptación parcial de la acción de reclamación de cantidad deducida en el escrito inicial, condenó a la litigante pasiva a indemnizar al actor en la cantidad de 1.134.421 pesetas con los intereses legales desde la interposición judicial; y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia en el sentido de acceder al recurso de apelación promovido por la demandada y no al interpuesto por la actora, y, con estimación de la excepción de falta de legitimación activa del actor para ejercitar la acción de nulidad formulada, absolvió a la Comunidad demandada de la pretensión deducida contra la misma, sin entrar a conocer del fondo del litigio.

Don Arturo ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia por los motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso, al amparo del artículo 1692.3, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 359, párrafo primero, de este ordenamiento, por cuanto que, según acu-

sa, la sentencia impugnada no es congruente con lo solicitado en el escrito de demanda, cuyo suplico refleja, de forma clara y literal, que lo interesado es la declaración judicial de nulidad del cese del recurrente como administrador de la Comunidad de Propietarios demandada, y no del acuerdo comunitario sobre esa cuestión, como erróneamente se ha entendido en la instancia decaes porque esta Sala tiene reiteradamente declarado que las sentencias desestimatorias de la demanda y absolutorias de la parte demandada no pueden tacharse de incongruentes, toda vez que resuelven todas las cuestiones propuestas y debatidas (aparte de otras, SSTS de 26 de julio de 1994, 25 de enero de 1995, 24 de enero de 2001 y 11 de julio de 2007), y, aunque esta doctrina presenta algunas excepciones, como las relativas al supuesto de que el sujeto pasivo se hubiera conformado total o parcialmente con la pretensión de la actora, no se resolvieran peticiones oportunamente deducidas por los litigantes, se alterara la "causa petendi" o el supuesto fáctico de la cuestión debatida, se transformara el problema litigioso, cuando la absolución se produjera por haberse apreciado una excepción no alegada ni susceptible de estimación de oficio, o se utilizaran argumentos distintos de los alegados por las partes si ocasionaran indefensión, ninguno de los supuestos excluyentes concurre en el presente caso.

Por demás, como señala destacada doctrina científica conforme a las previsiones legales, aceptada por esta Sala, la Junta de Propietarios es el órgano superior, que decide todas las cuestiones comunitarias y goza plenamente de las facultades para las actuaciones en el inmueble y, de hecho, nadie puede suplir sus competencias; la aprobación de cuentas, los presupuestos ordinarios y extraordinarios, las normas de funcionamiento, la autorización de obras, el nombramiento y cese de cargos y, en definitiva, cualquier decisión pasa por el previo acuerdo de la Junta; no es posible su sustitución por otros órganos intermedios, por lo que sería nulo un Estatuto que determinara la no existencia o cualquier disminución de sus prerrogativas, ya que estamos ante conceptos de carácter imperativo y fuera de la autonomía de la voluntad.

A estos efectos, sólo se necesitará el acuerdo de la mayoría de los asistentes, tanto para los cargos denominados "directivos"

citada demanda, debo condenar y condeno a la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA URBANIZACIÓN000" a indemnizar al actor en la cantidad de 1.134.421 pesetas con los intereses legales desde la interposición judicial, a partir de lo cual y hasta completo pago se devengará el interés legal incrementado en 2 puntos. Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad".

4º.- Apelada la sentencia de primera instancia y, sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia, en fecha 28 de julio de 2000, cuyo fallo se transcribe textualmente: "Declarando haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA URBANIZACIÓN000" y no, por contra, al recurso de apelación formulado por la representación procesal de don Arturo, debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e instrucción nº 1 de Ocaña, en autos de menor cuantía tramitados ante el mismo con el número de registro 38/1999, y, en su lugar, estimando la excepción de falta de legitimación activa del actor para ejercitar la acción de nulidad formulada, debemos absolver y absolvemos en la instancia a la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA URBANIZACIÓN000" de la pretensión deducida contra la misma, sin entrar a conocer del fondo de la "litis", condenando a la parte demandante-apelante al pago de las costas causadas en esta alzada por la interposición de su recurso, sin hacer expreso pronunciamiento de las generadas por el recurso de apelación promovido por la demandada al ser estimado aquél. De igual modo debe ser condenada la demandante al pago de las costas causadas en primera instancia".

SEGUNDO.- Doña Elisa Bustamante García, en nombre y representación de don Arturo, interpuso, en fecha 14 de diciembre de 2000, recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, por los siguientes motivos: 1º) Al amparo del artículo 1692.3, inciso primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulneración del artículo 359.1 de la citada Ley; 2º) al amparo del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 359 y 408 de la Ley Rituaria y 24.1 de la Constitución y jurisprudencia y doctrina

constitucional aplicables; 3º) al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por vulnerar la jurisprudencia que establece los principios interpretativos "pro actione" y de interpretación restrictiva de las excepciones procesales, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, y, terminó suplicando a la Sala: "(...) Dikte sentencia declarando haber lugar al mismo, casando y anulando la sentencia de la Sala de referencia, dictando otra en el sentido de estimar íntegramente la demanda interpuesta, al declararla ajustada a derecho en todos sus términos, considerando infringida la jurisprudencia aplicable al caso, y, subsidiariamente, ratificando la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este recurso, haciendo expresa condena en costas a la demandada para la primera y segunda instancia instancias y también en el presente, para el caso de que se opusiera injustificadamente a esta pretensión".

TERCERO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, el Procurador don Jorge Pérez Vivas, en nombre y representación de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA URBANIZACIÓN000" de Lillo (Toledo), lo impugnó mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2003, suplicando a la Sala: "(...) Previos los trámites procesales oportunos se sirva: a) Ratificar la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Toledo. b) Subsidiariamente desestimar íntegramente la demanda de juicio de menor cuantía interpuesta de contrario, por los motivos expuestos en el presente escrito y a lo largo de todo el procedimiento, y que no fueron analizados por la sentencia dictada en apelación por estimarse previamente la incongruencia de la sentencia dictada en primera instancia. c) En el todo caso imponer las costas a la parte recurrente".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 16 de enero de 2008, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ROMÁN GARCÍA VARELA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Arturo demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE

para alejarse de la obligación que tienen los Tribunales de despejarla desde los principios "pro actione" y de interpretación restrictiva de las excepciones procesales, amén de que la demandada nunca opuso ni pretendió el mantenimiento de dicha excepción, sino con el planteamiento de negarle legitimación al actor para reconocerlo únicamente a la "Asesoría San Luis, S.L.", por lo que habría de ser resuelto el presunto dilema en el sentido de considerar la petición como de nulidad del cese y no del acuerdo, pues nunca el actor se ha imputado la condición de copropietario ni directa ni indirectamente— se desestima porque confunde el concepto del principio "pro actione", el cual "exige una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales del modo más favorable para la acción y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo, sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictiva de aquellas normas procesales" (STC número 78/1991, de 15 de abril, y, en la misma línea, entre otras, SSTC números 57/1984, de 8 de mayo; 115/1984, de 3 de diciembre; 63/1985, de 10 de marzo; 89/1985, de 11 de julio; 164/1985, de 17 de diciembre; 100/1987, de 12 de junio; 109/1987, de 29 de junio; 5/1988, de 21 de enero; 21/1989, de 31 de enero; 216/1989, de 21 de diciembre; y 15/1990, de 1 de febrero).

Asimismo, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que los órganos de la Jurisdicción han de interpretar y aplicar los presupuestos, los requisitos y las reglas procesales de acceso a la Justicia, tanto en vía principal como en la de los recursos, del modo que mejor cumplan con su finalidad, que no es otra que regular el camino o "iter" procedimental, garantizando los derechos de todas las partes para llegar a la decisión final o de fondo, positiva o negativa, que es lo que las partes en realidad postulan (STC número 15/1990).

No se ha infringido el principio "pro actione" en la instancia, pues se ha permitido sin traba alguna el acceso a la Jurisdicción, sin perjuicio de que hubiera lugar legalmente a la estimación de la excepción de falta de legitimación activa del demandante para reclamar la nulidad del acto de cese de su cargo como administrador por no ser propietario de

la Urbanización, como exige el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, según cuyo precepto "los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes".

La recurrente aporta confusión con la alegación de que su petición era de nulidad del cese del administrador y no del acuerdo de la Junta relativa al mismo, con olvido de que la finalización de las labores administrativas de aquél sólo podían declararse de la manera efectuada, como se ha explicado en los párrafos segundo y tercero del fundamento de derecho segundo de esta sentencia.

Por último, las doctrinas jurisprudencial y constitucional, reseñadas en las sentencias citadas en el motivo, no son de aplicación al supuesto debatido.

QUINTO.- La desestimación del recurso produce los preceptivos efectos determinados en el artículo 1715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a las costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Arturo contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo en fecha de veintiocho de julio de dos mil. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. ROMÁN GARCÍA VARELA; JOSÉ ANTONIO SELJAS QUINTANA; IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA. Firmado y rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Román García Varela, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

(presidente, vicepresidente, vocales, etc.), como para los dedicados a funciones "administrativas" (secretario y administrador); de modo que el único sistema de nombramiento y cese es la decisión de la Junta de Propietarios, y cualquier designación o remoción por cualquier otra fórmula estaría sujeta a nulidad, incluso aunque hubiera una previsión estatutaria.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso, al amparo del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión de los artículos 359, 408 de este Texto legal y 24.1 de la Constitución, así como de las doctrinas jurisprudencial y constitucional aplicables, puesto que, según denuncia, la sentencia de la Audiencia incurre en incongruencia con lo instado por la demandada-apelante en el alegato y contenido de su recurso de apelación en la vista de apelación celebrada el 5 de junio de 2000, ya que ha justificado sólo la petición de impugnación de la sentencia del Juzgado en dos temas: "la revocación de la sentencia pues la duración del contrato era de siete meses y el cese lo hizo el órgano que tiene mayor poder de administración", según se recoge en el acta correspondiente, obrante en el rollo de apelación, contra cuyas únicas materias, constitutivas y delimitadoras de la "quaestio facti" y la "quaestio iuris", respondió la defensa del recurrente, sobre el marco establecido de contrario, sin que nada se alegara acerca de la presunta incongruencia en la que hubiera podido incurrir la sentencia de primera instancia al acordar la indemnización por resolución anticipada sin causa justa, lo que ha producido indefensión a don Arturo - se desestima porque, de una parte, el escrito formulado por la representación forense de la "COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE URBANIZACIÓN000" precisa exclusivamente que se interpone recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado en ambos efectos, y de otra, es doctrina jurisprudencial reiterada la de que cuando no se especifican las cuestiones objeto del recurso de apelación, se entienden comprendidas todas las que interesan al apelante, pues si la apelación se formula sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites

de la obligada congruencia (por todas, STS de 23 de marzo de 1963).

Es cierto que el criterio dominante en la jurisprudencia se circunscribe en que la limitación del ámbito de la apelación requiere manifestación expresa (aparte de otras, SSTS de 24 de abril y 2 de julio de 1992), pero, en el presente supuesto, sin perjuicio de la constancia en el acta de la diligencia de vista de que por el Letrado de la parte recurrente demandada "se impugna el recurso interpuesto de contrario y se solicita la revocación de la sentencia, pues la duración del contrato era de siete meses y el cese lo hizo el órgano que tiene el mayor poder de administración", no se hace manifestación alguna sobre el desistimiento de la inicial exposición global a que se refería el recurso, con lo que se mantiene éste en su integridad.

Por otra parte, el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere al tratamiento procesal de la obligación de compensación y de la nulidad del negocio jurídico en que se funde la demanda, no guarda relación con la problemática litigiosa y ni siquiera es citado por la sentencia recurrida.

Finalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva no consiste en la estimación de las pretensiones deducidas, sino en el acceso a los Tribunales, la propuesta y práctica de la prueba, la formulación de alegaciones y la obtención de una resolución fundada en Derecho (STC número 101/1987, de 15 de junio), todos cuyos presupuestos han concurrido en el caso que nos ocupa, sin que se haya producido indefensión.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de la doctrina jurisprudencial que establece los principios "pro actione" y de interpretación restrictiva de las excepciones procesales, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24.1 de la Constitución, e indica que es complemento de lo expuesto en el motivo primero, debido a que, según reprocha, la declaración "ex officio" de la falta de legitimación activa "ad causam" en la instancia, y con independencia del error acusado en el motivo primero, resuelve la duda que se podía suscitar por una redacción no suficientemente precisa de la "causa petendi" en el suplico de la demanda,

otras novedades jurisprudenciales

Privado

- Viviendas de Protección Oficial. Su compraventa por precio superior al legal no determina la nulidad el contrato. Supuesto de la cuestión. Interpretación del contrato - Tribunal Supremo - Sala Primera - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Ponente: IMAICIO..... (Tol 1227439)
- División de cosa común. Bien indivisible por razones jurídicas y económicas. Basta que uno de los comuneros solicite la venta en pública subasta para que así se acuerde - Tribunal Supremo - Sala Primera - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Ponente: ANTONIO ... (Tol 1227463)
- Incumplimiento contractual. Acciones relativas a ventas de chalets según el proyecto de ejecución con la presencia de diferencias entre lo proyectado y lo construido, y a la existencia de vicios ruinógenos en las edifica..... (Tol 1227482)
- Sociedad de la información - Obligaciones de los proveedores de servicios - Conservación y divulgación de determinados datos de tráfico - Deber de divulgación - Límites - Protección de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas - Compatibilidad (Tol 1233206)
- Acción de reembolso: no procede al descartarse la asunción de deuda. Interpretación de cláusula contractual; interpretación según intención de los contratantes, al no resultar dudosos los términos en que fue redactada; función del tribunal de instancia (Tol 1235314)
- Eficacia de compraventa de bien ganancial, realizada por el esposo, con el consentimiento implícito de la esposa. Prueba del consentimiento tácito; valor de las presunciones. Control casacional de la prueba de presunciones. Recurso de casación: improcedencia (Tol 1235318)
- Propiedad Horizontal. Propiedad "tumbada". Impugnación de acuerdos: acuerdo sobre modificación del emplazamiento de una torre y un tendido eléctrico, que afecta a elementos comunes. Necesidad del consentimiento unánime de los dueños - Tribunal Supremo (Tol 1235312)
- Bienes privativos y no gananciales por la valoración del material probatorio, destinado a destruir la presunción de ganancialidad a los bienes adquiridos durante el matrimonio - Tribunal Supremo - Sala Primera - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Ponente:..... (Tol 1245336)
- Resolución de 14 de enero de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Javier O.P. y por el notario de Marbella don Antonio Ruiz-Clavijo Laencina, contra la negativa del registrador de la propiedad (Tol 1233123)
- Reclamación frente al Consorcio de Compensación de Seguros de la inmunización que hubiera correspondido a las víctimas de un accidente ocasionado por vehículo no asegurado, realizada por la Compañía de Seguros que satisfizo mayor indemnización en virtud de (Tol 1229942)
- Cese del administrador de una Comunidad de Propietarios. Falta de legitimación activa. Congruencia de la sentencia. La Junta de Propietarios es el órgano superior que decide las cuestiones comunitarias, entre las que se encuentran las concernientes al (Tol 1256792)

- Servidumbre de paso. Eliminación de una puerta a la calle que impide el acceso al patio interior del inmueble. Omisión de técnica casacional; no fijación en un motivo del precepto infringido. Identidades referentes a los elementos personal, real y causal (Tol 1256802)
- Sociedad de gananciales. Préstamo concedido a uno solo de los cónyuges. Falta de prueba sobre su aplicación a la compra de un bien ganancial - Tribunal Supremo - Sala Primera - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER..... (Tol 1256809)
- El TS fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social (Tol 1258741)
- Tercera de mejor derecho. Técnica casacional; inoperancia e inconsistencia casacional cuando se invocan en un motivo preceptos de diferentes supuestos a regular; mezcla en un motivo de preceptos sustantivos con procesales. El pronunciamiento de la sentencia ... (Tol 1266370)
- Motivos casacionales que se rechazan por falta de buena fe procesal y por contradicción con actos propios del recurrente. - Tribunal Supremo - Sala Primera - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Ponente: ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS..... (Tol 1268803)
- Anula la subvención para defender a los afectados de Fórum y Afinsa y obliga a devolver las ayudas. Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, subvenciones, gastos de procedimientos judiciales. Concesión de determinadas subvenciones a unas asociaciones de (Tol 1269566)

SECCIÓN ESPECIAL DE MÁLAGA

- Acción negatoria de servidumbre sobre una propiedad que se disfruta en régimen de condominio. Autorización de la Comunidad de Propietarios. Audiencia Provincial de Málaga - Sentencia 381/2007 - Ponente: JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES (Tol 1216406)
- Impugnada la autenticidad de un documento privado. Cotejo pericial de letras como medio de prueba pertinente. Audiencia Provincial de Málaga - Sentencia 385/2007 - Ponente: JOSÉ LUIS LÓPEZ FUENTES (Tol 1216410)
- Audiencia Provincial de Málaga - Sentencia 364/2007. Ponente: MANUEL TORRES VELA.. (Tol 1216389)

Laboral

- El TC declara que no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio de huelga por parte de los trabajadores extranjeros. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad con los efectos (Tol 1222024)
- DESPIDO. El despido de un trabajador con causa en su enfermedad temporal no vulnera su derecho fundamental a la integridad física garantizado por el artículo 15 de la CE. La extinción del contrato de trabajo por causa de enfermedad no es discriminatoria..... (Tol 1244621)
- Conflicto Colectivo sobre reconocimiento del derecho a establecer un Comedor de Empresa. La aplicación del Decreto de 8 de Junio de 1938, sobre Establecimiento de Comedores en las Empresas es contrario a los principios que emanan de nuestra Constitución..... (Tol 1232937)

- Delito de integración en organización terrorista. Antecedentes acreditados policialmente - Juzgado de lo Penal - Jurisdicción: Penal - Auto - Ponente: BALTASAR GARZÓN REA..... (Tol 1238029)
- Delito de estafa. Presunción de inocencia: contenido de la garantía y alcance de su control en casación. Error de hecho: solo puede estimarse si su rectificación trasciende al sentido de la resolución.La casación satisface en nuestro sistema la exigencia de .. (Tol 1235258)
- Atribuye a España la jurisdicción para juzgar las entradas ilegales de extranjeros a bordo de naves sin pabellón, en virtud del principio de justicia supletoria que opera cuando no existe extradición. Nuevo pronunciamiento del TS en relación al delito con..... (Tol 1233209)
- Apropiación indebida. Infracción de ley. Carácter de la entrega del dinero y obligación de devolución: "señal" en operación de compraventa. Absolución - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN (Tol 1245306)
- Proceso de ilegalización y disolución de partidos políticos. Adopción de medidas cautelares. Se prohíbe la proclamación de las candidaturas presentadas para las próximas elecciones. Deniega la suspensión del partido por considerar la medida desproporcionada (Tol 1244620)
- Recurso de amparo promovido por don J.J.C. contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 149/2007, de 26 de febrero, condenatoria por delitos de amenazas y de enaltecimiento del terrorismo - Tribunal Constitucional - Jurisdicción: Constitucional (Tol 1233207)
- Sedaciones de Leganés. Auto confirmando el archivo. Declara por no puesta cualquier referencia a la mala praxis de los médicos por insuficiencia de hechos probados - Audiencia Provincial de Madrid - Jurisdicción: Penal - Auto - Ponente: ROSA BROBIA VARONA (Tol 1233205)
- Asesinatos y aborto violento. Se declara la autoría en función de la declaración ante la Policía que niega un todo momento y manifiesta que la ha sido arrancada con coacciones. El único dato corroborador indirecto es una huella palmar en una escalera..... (Tol 1213906)
- Delito de abuso sexual. Error de prohibición. Absuelto de abusar de su novia con quien mantuvo relaciones consentidas antes de cumplir 13 años, por desconocer que era delito a partir de la LO 11/199 - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción: Penal (Tol 1238023)
- Delito de integración en organización terrorista. Antecedentes acreditados policialmente. - Juzgado de lo Penal - Jurisdicción: Penal - Auto - Ponente: BALTASAR GARZÓN REA..... (Tol 1238029)
- Proceso de ilegalización y disolución de partidos políticos. Adopción de medidas cautelares. Se prohíbe la proclamación de las candidaturas presentadas para las próximas elecciones. Deniega la suspensión del partido por considerar la medida desproporcionada (Tol 1244620)
- Principio territorial: actos cometidos fuera del territorio dirigidos a introducir inmigrantes clandestinos (art. 318 bis CP). Lugar de omisión del delito: teoría de la ubicuidad. Interpretación del Pleno de la Sala 3.2.2005. Fundamento de la jurisdicción (Tol 1245304)
- Apropiación indebida. Infracción de ley. Carácter de la entrega del dinero y obligación de devolución: "señal" en operación de compraventa. Absolución - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN (Tol 1245306)
- Estafa inmobiliaria consistente en la captación de inversores para el negocio de las subastas judiciales de inmuebles a cambio de un interés mensual así como la posibilidad de adquirir inmuebles en las mismas. Delito de estafa continuado. Engaño suficiente.... (Tol 1251037)

- Expediente disciplinario. Sanción por FALTA MUY GRAVE. Invasión de la pista del Aeropuerto El Prat impidiendo la circulación de vehículos y aviones. Prescripción de la sanción. Video aportado como prueba documento inidóneo por falta de garantía de... (Tol 1233204)
- Incapacidad permanente: base reguladora; inaplicación de la doctrina del «paréntesis» al supuesto de incapacidad temporal en el que se extingue la relación laboral, desapareciendo la obligación de cotizar - Tribunal Supremo - Sala Cuarta - Jurisdicción: (Tol 1235078)
- El TS fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social (Tol 1258741)
- Extinción de Contrato de jugador de fútbol del Valencia C.F. - Juzgado de lo Social - Jurisdicción: Social - Sentencia (Tol 1258745)
- Incapacidad temporal por enfermedad profesional. Síndrome del túnel carpiano - Tribunal Superior de Justicia de País Vasco - Jurisdicción: Social - Sentencia - Ponente: GABRIEL BLURRUN MANSIDOR (Tol 1284844)

SECCIÓN ESPECIAL DE MÁLAGA

- Revisión del grado de invalidez reconocido y solicitud de modificación del relato fáctico declarado probado por el Magistrado de instancia. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Málaga - Sentencia 1461/2007 - Ponente: MANUEL MARTÍN HERNÁNDEZ-CARRILLO (Tol 1229314)
- Derecho a disfrutar de las vacaciones. Inadmisión por no observancia de los plazos legales establecidos. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede en Granada - Sentencia 1641/2007 - Ponente: ANTONIO ANGULO MARTÍN (Tol 1248216)

Penal

- Falta contra el orden público. Alcalde que se atribuye pública y ostensiblemente la cualidad de médico, sin poseer título académico que le confiera tal condición - Juzgado de 1ª Instancia - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: ÁNGELES PEZÉ BOTELLA (Tol 1228606)
- Asesinato. Imparcialidad de los Jurados; válida constitución pese a que uno admite que pensaba era culpable el acusado. Información anterior del hecho por los medios de comunicación. Presunción de inocencia. Confesión; validez como prueba de cargo.... (Tol 1229887)
- Delito contra los recursos naturales y el Medio Ambiente. Prisión e inhabilitación para la caza por organizar una cacería donde se abatió un tigre en un coto de Badajoz. - Juzgado de lo Penal - Jurisdicción: Civil - Sentencia - Ponente: RAFAEL ESTEVEZ BENI..... (Tol 1233210)
- Delito de abuso sexual. Error de prohibición. Absuelto de abusar de su novia con quien mantuvo relaciones consentidas antes de cumplir 13 años, por desconocer que era delito a partir de la LO 11/199 - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción: Penal (Tol 1238023)

Financiero-Tributario

Retrasación. No interrumpe el cómputo del plazo para su procedencia la interposición de recurso contencioso administrativo contra Acuerdo del Jurado fijando justiprecio - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia..... (Tol 1227372)

Gravamen complementario. Tasa Fiscal. Máquinas recreativas - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI..... (Tol 1235160)

Reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de información de la Central de Información de Riesgos del Banco de España acerca de la posición de riesgos de determinada entidad. La responsabilidad patrimonial de la Administración..... (Tol 1235143)

Proceso selectivo. Valoración de servicios previos. Estimatoria - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: JOSÉ DÍAZ DELGADO..... (Tol 1235136)

Regimen tributario de las instituciones de inversión colectiva (SICAV). Resulta aplicable el regimen fiscal regulado en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades - Tribunal Económico-Administrativo Central - Jurisdicción: Resolución..... (Tol 1233250)

Vulneración del Derecho a la intimidad del domicilio. Ruidos procedentes de máquina limpiadora del servicio municipal de limpieza - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: JOSÉ DÍAZ DELGADO..... (Tol 1229596)

Recurso extraordinario de casación interpuesto por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Sagunto frente al Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Primera, de..... (Tol 1229699)

Impugnación de Estudio de Detalle. Plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo: desde la notificación o desde la publicación. Contradicción declarada por la Sala de instancia entre el Estudio Detalle y las Normas Subsidiarias: es problema de..... (Tol 1229863)

Urbanismo. Suspensión de Planes. Aprobación de Normas Complementarias o Subsidiarias derivadas de la suspensión anulada: Improcedencia. Municipio de Campos - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente:..... (Tol 1222024)

Cómputo de plazo para la interposición del recurso de alzada ante el TEAC por el Director General de Tributos frente a resolución del TEAR. Bonos austriaco - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente..... (Tol 1227372)

Público

El TC declara que no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio de huelga por parte de los trabajadores extranjeros. El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad con los efectos..... (Tol 1229699)

Delito de asesinato de un indigente. Revoca parcialmente la sentencia del Jurado. Presunción de inocencia. Absolución de la coacusada por insuficiencia de las pruebas de cargo. Individualización de la pena. - Tribunal Superior de Justicia de Cataluña..... (Tol 1252007)

Delito de Integración en organización terrorista. Talibanes británicos. Conclusión del sumario. Contaminación por el internamiento ilegal en Guantánamo y otros centros. Se aprecia la inhumanidad de seguir el proceso. - Juzgado de lo Penal - Jurisdicción:..... (Tol 1264880)

Medidas Cautelares/Alejamiento (respecto a pareja). Medidas respecto a los hijos. Restricción de derecho fundamental. Necesidad de resolución motivada. Suspensión del régimen. Resolución Administrativa - Audiencia Provincial de Valencia - Sección Primera..... (Tol 1264991)

Integración en Organización Terrorista - Audiencia Nacional - Jurisdicción: Penal - Auto - Ponente: BALTASAR GARZÓN REAL..... (Tol 1269436)

Delito de asesinato terrorista. Grupo terrorista Grapo. Absolución por prueba insuficiente. Incomparecencia del testigo protegido. Citación judicial burocrática e indagación fiscal y policial rutinaria. Presunción de inocencia: racionalidad de la inferencia..... (Tol 1273811)

RESOLUCIÓN de 25 de marzo de 2008, de la Dirección General de Instituciones penitenciarias, por la que se actualizan las consignaciones económicas para la alimentación de los internos. - Dirección General de Instituciones Penitenciarias - Jurisdicción:..... (Tol 1273859)

Delito contra la salud pública. Voto particular - Tribunal Supremo - Sala Segunda - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA..... (Tol 1277257)

Caso Atutxa. Desobediencia grave. No inmunidad parlamentaria. Nueva doctrina acción en procedimiento abreviado. Acción Popular: límites a su ejercicio. Art. 782.1 LECrim. Posibilidad de instar apertura del juicio oral sin necesidad de personación formal..... (Tol 1279128)

Caso Tous. Delito de asociación ilícita para la comisión de delitos contra el patrimonio. Prisión provisional para nuevo detenido. Criterios para la imposición de la medida cautelar - Juzgado de 1ª Instancia - Jurisdicción: Penal - Auto - Ponente: Miñam..... (Tol 1279175)

Revocación condena Arzobispo de Granada. No se dan elementos para el delito de coacciones. Falta de injurias prescrita - Audiencia Provincial de Granada - Jurisdicción: Penal - Sentencia - Ponente: JUAN CARLOS CUENCA SÁNCHEZ..... (Tol 1269406)

SECCIÓN ESPECIAL DE MÁLAGA

Falta de imprudencia con resultado de lesiones. Principio de inmediatez y valoración de la prueba. Art. 741 LECr. No vinculación de los Tribunales a lo declarado por testigos y los procesados. Audiencia Provincial de Málaga. Sentencia 636/2007 - Ponente: LOURDES GARCÍA ORTIZ..... (Tol 1254994)

Abusos Sexuales a menores. Aunque la declaración de la víctima es prueba directa, la existencia de esa declaración se convierta por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente. Audiencia Provincial de Málaga - Sentencia 286/2007 - Ponente: FEDERICO MORALES GONZÁLEZ..... (Tol 1263746)

Urbanismo. Suspensión de Planes. Aprobación de Normas Complementarias o Subsidiarias derivadas de la suspensión anulada: Improcedencia. Municipio de Campos - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente:..... (Tol 1268718)

Anula la subvención para defender a los afectados de Fórum y Afinsa y obliga a devolver las ayudas. Real Decreto 613/2006, de 19 de mayo, subvenciones, gastos de procedimientos judiciales. Concesión de determinadas subvenciones a unas asociaciones de..... (Tol 1269566)

Resolución de contrato administrativo por caducidad. Precedente: sentencia de 19 de julio de 2004, dictada en el recurso de casación 4172 de 1999 - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: SEGUNDO..... (Tol 1288731)

Se impugna la Orden 298/2005 de 5 de agosto del Vicepresidente Primero de la Comunidad de Madrid, que resolvió el concurso de adjudicación de concesiones de explotación de programas del servicio público de la televisión digital terrenal local - Tribunal..... (Tol 1288734)

Retrasación: No interrumpe el cómputo del plazo para su procedencia la interposición de recurso contencioso administrativo contra Acuerdo del Jurado fijando justiprecio - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia..... (Tol 1268718)

Recurso extraordinario de casación interpuesto por la representación procesal del Excmo. Ayuntamiento de Sagunto frente al Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sección Primera, de..... (Tol 1281712)

Proceso de ilegalización y disolución de partidos políticos. Adopción de medidas cautelares. Se prohíbe la proclamación de las candidaturas presentadas para las próximas elecciones. Deniega la suspensión del partido por considerar la medida desproporcionada..... (Tol 1244620)

Gravamen complementario. Tasa Fiscal. Máquinas recreativas - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: ENRIQUE LECUMBERRI MARTI..... (Tol 1235160)

Reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de información de la Central de Información de Riesgos del Banco de España acerca de la posición de riesgos de determinada entidad. La responsabilidad patrimonial de la Administración..... (Tol 1235143)

Proceso selectivo. Valoración de servicios previos. Estimatoria - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: JOSÉ DÍAZ DELGADO..... (Tol 1235136)

Rechaza suspender la asignatura de Educación para la Ciudadanía por no concurrir el presupuesto esencial y básico para la adopción de las medidas cautelares, esto es, el "periculum in mora", ya que no se aprecian los posibles daños de difícil o imposible ... (Tol 1233208)

Sociedad de la información - Obligaciones de los proveedores de servicios - Conservación y divulgación de determinados datos de tráfico - Deber de divulgación - Límites - Protección de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas - Compatibilidad..... (Tol 1233206)

Impugnación de Estudio de Detalle. Plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo: desde la notificación o desde la publicación. Contradicción declarada por la Sala de instancia entre el Estudio Detalle y las Normas Subsidiarias: es problema de..... (Tol 1229863)

Vulneración del Derecho a la intimidad del domicilio. Ruidos procedentes de máquina limpiadora del servicio municipal de limpieza - Tribunal Supremo - Sala Tercera - Jurisdicción: Contencioso-Administrativo - Sentencia - Ponente: JOSÉ DÍAZ DELGADO..... (Tol 1229596)

STC 265/2007. Derechos fundamentales de los extranjeros: SSTC 236/2007 y 259/2007. Inconstitucionalidad de preceptos legales. Voto particular. - Tribunal Constitucional - Jurisdicción: Constitucional - Sentencia - Ponente: EUSEN GAY MONTALVO..... (Tol 1228677)

STC 260/2007. Derechos fundamentales de los extranjeros: sindicación, intimidad familiar, defensa en el procedimiento administrativo sancionador (SSTC 236/2007 y 259/2007), legalidad penal, libertad de circulación y libertad personal: sanción de expulsión..... (Tol 1228672)

Proceso de ilegalización y disolución de partidos políticos. Adopción de medidas cautelares. Se prohíbe la proclamación de las candidaturas presentadas para las próximas elecciones. Deniega la suspensión del partido por considerar la medida desproporcionada..... (Tol 1244620)

novedades legislativas



Privado

Tablas de muerte y supervivencia para el 2008. Baremo de indemnizaciones en accidente de circulación..... (Tol 1228731)

Laboral

Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa..... (Tol 1224596)

Orden de Cotización a la Seguridad Social para el año 2008 (Tol 1232941)

Orden TAS/71/2008, de 18 de enero, por la que se establecen para el año 2008, las bases de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores del Régimen Especial del Mar incluidos en los grupos segundo y tercero (Tol 123938)

Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados (Tol 1228732)

Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, en materia de órganos, instrumentos de coordinación y evaluación del Sistema Nacional de Empleo (Tol 1228706)

Orden TAS/29/2008, de 15 de enero, por la que se desarrolla el Real Decreto 869/2007, de 2 de julio, por el que se regula la concesión de prestaciones asistenciales en atención a las situaciones especiales derivadas del trabajo en la mar para trabajadores (Tol 1228603)

Financiero-Tributario

Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, en las materias referentes a los incentivos fiscales en la imposición indirecta, la reserva para (Tol 1224560)

Real Decreto-Ley de medidas de impulso a la actividad económica (Tol 1279084)

novedades destacadas

TABLAS DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA PARA EL 2008. BAREMO DE INDEMNIZACIONES EN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN (Tol 1228731)

REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY ORGÁNICA 15/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL (Tol 1228602)

REAL DECRETO POR EL QUE SE MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE CONDUCTORES, APROBADO POR EL REAL DECRETO 772/1997, DE 30 DE MAYO (Tol 1232939)

Público

Real Decreto 4/2008, de 11 de enero, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento de Seguridad Privada.....	(Tol 1224521)
Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos	(Tol 1232940)
Real Decreto-Ley 1/2008, de 18 de enero, por el que se determina el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) para 2008 y se concede un crédito extraordinario en el Presupuesto del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por importe de 20	(Tol 1228600)
Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.....	(Tol 1228602)
Real Decreto por el que se modifica el Reglamento General de Conductores, aprobado por el Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo.....	(Tol 1232939)
Real Decreto 9/2008, de 11 de enero, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.....	(Tol 1224562)
Orden VIV/946/2008, de 31 de marzo, por la que se declaran los ámbitos territoriales de precio máximo superior para el año 2008, a los efectos del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el.....	(Tol 1273812)
Resolución de 4 de abril de 2008, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 28 de marzo de 2008, por el que se revisan y modifican los tipos de interés efectivos anuales vigentes para los préstamos cualificados concedidos	(Tol 1273813)
Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada	(Tol 1279049)
Protocolo Facultativo a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006	(Tol 1279195)

"Protocolos Sobre Relaciones Laborales"	(Tol 1244598)
"Estatuto de los trabajadores 8ª Edición 2008"	(Tol 1244594)
"Guía Laboral: nóminas, contratos y Seguridad Social + CdRom"	(Tol 1244595)
"El acoso laboral antes llamado mobbing"	(Tol 1244597)
"La familia en el ámbito jurídico-laboral"	(Tol 1244596)
"Ley de dependencia y normas de desarrollo 1ª Edición 2008"	(Tol 1244593)
"Relaciones laborales en las administraciones Públicas"	(Tol 1289352)
"Lex Mentor Laboral 2008"	(Tol 1289381)
"Cómo redactar solicitudes, reclamaciones, demandas y recursos laborales"	(Tol 1289382)
"Todo Social 2008"	(Tol 1289383)
"Casos prácticos sobre el contrato de trabajo 2008"	(Tol 1289384)
"La negociación colectiva en España en 2005, 2006 y 2007"	(Tol 1289385)
"Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social"	(Tol 1289386)
"Accidentes de Trabajo, Responsabilidad empresarial y aseguramiento"	(Tol 1289387)

PENAL

"Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito"	(Tol 1244569)
"Seguridad Vial y Derecho penal"	(Tol 1244574)
"Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal"	(Tol 1244572)
"La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un Modelo Legislativo"	(Tol 1244570)
"Violencia de género y violencia doméstica"	(Tol 1244571)
"Circunstancias que Modifican la Responsabilidad Penal. Agravantes"	(Tol 1289356)
"El tratamiento de la insolvencia de las Personas Físicas"	(Tol 1289357)

FINANCIERO-TRIBUTARIO

"Manual de Gestión Empresarial: Explotaciones Agrarias 2007"	(Tol 1244557)
"Guía Práctica Sobre la Atención a Personas en Situación de Dependencia"	(Tol 1289342)
"La Protección Jurídica del Contribuyente en el Intercambio de Información Entre Estados"	(Tol 1289373)
"Prontuario Fiscal 2008"	(Tol 1289388)
"Código Tributario Impuestos 2008"	(Tol 1289389)
"Ley General Tributaria y Reglamentos de desarrollo"	(Tol 1289390)
"Guía Fiscal del Inversor"	(Tol 1289391)

PRIVADO

"Curso de Derecho Civil II Derecho de Obligaciones"	(Tol 1244552)
"Tutela de los Acreedores frente al Convenio Concursal: la oposición, la nulidad y la declaración de incumplimiento"	(Tol 1244560)
"Retracto convencional y legal"	(Tol 1244589)
"La Responsabilidad de los Administradores"	(Tol 1244591)
"Protocolos sobre propiedad horizontal"	(Tol 1244590)
"Ley de Adopción Internacional"	(Tol 1244580)
"El Intercambio de Obras Protegidas a Través de las Plataformas Peer-to-Peer"	(Tol 1244558)
"Impulso de la sociedad de la información"	(Tol 1244554)
"Ley y reglamento hipotecario Leyes complementarias"	(Tol 1244556)
"Curso de Derecho Civil III: Derechos Reales"	(Tol 1289339)
"Ley del Mercado de Valores"	(Tol 1289340)
"Leyes de Propiedad Horizontal. Anotadas y comentadas"	(Tol 1289341)
"Responsabilidad Civil por los Daños Causados por Animales"	(Tol 1289343)
"Cuestiones prácticas sobre la aplicación del artículo 1591 CC y la LOE de 1999"	(Tol 1289344)
"Novedades legislativas en materia matrimonial"	(Tol 1289346)
"Vivienda Familiar. Criterios y Modos de Atribución"	(Tol 1289347)
"Mora de Asegurador. Consignación de Cantidad a Indemnizar y Abono de Intereses del Art. 20 LCS"	(Tol 1289361)
"La intermediación inmobiliaria"	(Tol 1289376)
"El alquiler de vivienda"	(Tol 1289377)
"Subrogación en Arrendamientos de Local. Contratos Anteriores al 9 de Mayo de 1985"	(Tol 1289378)
"Junta de Propietarios. Facultades, Representación y Actas"	(Tol 1289379)

LABORAL

"Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público"	(Tol 1244565)
"Riesgo psicosocial en el sistema de protección social"	(Tol 1244599)
"La Ley de medidas en materia de Seguridad social de 2007"	(Tol 1244601)
"Seguridad en el trabajo"	(Tol 1244604)
"La ejecución en el proceso laboral"	(Tol 1244603)
"La última reforma de la Seguridad Social"	(Tol 1244602)
"Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS"	(Tol 1244600)

"La Fallida Reforma de la Constitución Española durante la VIII Legislatura (2004-2008)"	(Tol 1289369)
"El Cosmopolitismo Judicial en una Sociedad Global (Globalización, Derecho y Juegos)"	(Tol 1289370)
"¿Hacia una nueva doctrina constitucional del Estado Autódromo?"	(Tol 1289371)
"El Tratado de Lisboa: la Salida de la Crisis Constitucional"	(Tol 1289372)
"Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores"	(Tol 1289374)
"Guía para orientación legal en inmigración"	(Tol 1289380)

PROCESO CIVIL

"Amparo Constitucional y Proceso Civil"	(Tol 1244575)
"Prueba y Proceso Penal"	(Tol 1244576)
"Liquidación de bienes gananciales. Aspectos prácticos, procesales y sustantivos"	(Tol 1289345)
"Comentarios a la ley de arbitraje"	(Tol 1289358)
"La Prueba Pericial Médica"	(Tol 1289359)
"Condena en Costas. Criterios Generales de Imposición"	(Tol 1289360)
"El Proceso Monitorio en la Ley de Enjuiciamiento Civil"	(Tol 1289362)
"El Juicio Cambiario en la Ley de Enjuiciamiento Civil"	(Tol 1289363)
"Medidas Cautelares en el Proceso Penal 355 preguntas y respuestas Formularios"	(Tol 1289364)
"Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores"	(Tol 1289365)

"La Inspección de Hacienda. Problemas y Soluciones"	(Tol 1289392)
"Renta y Patrimonio Casos prácticos 2008"	(Tol 1289393)
"Todo IVA 2008"	(Tol 1289394)

PÚBLICO

"Innovación docente y calidad en la enseñanza de ciencias jurídicas en el espacio europeo de educación superior"	(Tol 1244553)
"La inmigración en España en 2006. Anuario de inmigración y políticas de inmigración en España"	(Tol 1244592)
"Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos"	(Tol 1244583)
"España en Europa - Europa en España (1986-2006)"	(Tol 1244582)
"Med. 2007 (El año 2006 en el espacio euromediterráneo)"	(Tol 1244581)
"Ley Orgánica Electoral LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General"	(Tol 1244579)
"Nuevas Expectativas Democráticas y Elecciones"	(Tol 1244578)
"Funciones y Órganos del Estado Constitucional"	(Tol 1244577)
"Ley de partidos políticos y derecho penal"	(Tol 1244573)
"El Procedimiento Administrativo Sancionador 2 Volúmenes + Cd Rom"	(Tol 1244568)
"Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos"	(Tol 1244567)
"Régimen disciplinario de los empleados públicos"	(Tol 1244566)
"Nuevo Derecho del Suelo"	(Tol 1244564)
"Protocolos de gestión de personal en la administración local"	(Tol 1244563)
"La Protección de Datos en la Administración Local"	(Tol 1244562)
"Inmigración y Gobierno local: experiencias y retos"	(Tol 1244561)
"Hipoteca del aprovechamiento urbanístico"	(Tol 1244559)
"Ley del Cine"	(Tol 1244555)
"Planeamiento Urbanístico Guía para su tramitación administrativa"	(Tol 1289348)
"La vivienda de protección pública en España"	(Tol 1289349)
"Contratos del sector público"	(Tol 1289350)
"El Protocolo Familiar Empresa Familiar y Publicidad Registral"	(Tol 1289353)
"Protección de datos personales para Servicios Sanitarios Públicos"	(Tol 1289354)
"Justicia militar"	(Tol 1289355)
"La Europa de los derechos, entre tolerancia e intransigencia"	(Tol 1289366)
"Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional"	(Tol 1289367)
"Mercado nacional único y Constitución"	(Tol 1289368)

otros libros destacados



AMPARO CONSTITUCIONAL Y PROCESO CIVIL privado

JUAN MONTERO AROCA

JOSÉ FLORS MATÍES

En el año 2005 se publicó la primera edición de esta obra. En ella se partía de que el amparo ante el Tribunal Constitucional era un verdadero proceso y de que este llamado tribunal era un verdadero órgano jurisdiccional. Las cosas han cambiado con la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. El gran número de amparos que llegaban anualmente ante el Tribunal han llevado a una reforma tan profunda de aquél que en la actualidad debe cuestionarse el significado de lo que los artículos 53.2 y 161.1, b) de la Constitución llaman «recurso de amparo». Si hasta ahora se trataba de verdadero proceso ante un órgano jurisdiccional, la situación actual es mucho más compleja.

Esta segunda edición no es, pues, una simple actualización. En ella ha sido necesario replantearse el amparo desde la gran reforma (aunque sea para después de un proceso civil) y de hacerlo siempre con el propósito de servir de instrumento a aquellos que precisan instar del tribunal la tutela de sus libertades y de sus derechos fundamentales.



Precio: 79,90 €

2008 - Tirant lo Blanch
Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
2ª Edición / 663 págs. / Tapo dura / Castellano / Libro
ISBN10 8498760062; ISBN13 9788498760064

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES (2ª Ed.) privado

ÁNGEL ROJO, EMILIO BETRÁN SÁNCHEZ, ANA BEÉN CAMPUZANO LAGUILLO, GAUDENCO ESTEBAN VELASCO, JOSÉ A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, JAVIER JUSTE, RAFAEL LARA, JOSÉ ORIOL LIEBOT MAJO, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, JESÚS R. MERCADER UGUINA, ESTEBAN MESTRE, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, BORJA SUÁREZ CORLUJO, MARTA VILAR, M^º ÁNGELES CUSCÓ

La responsabilidad de los administradores constituye uno de los temas de mayor importancia teórica y práctica, sujeta a continua revisión legislativa y de elevada litigiosidad. Tras el necesario análisis de los ámbitos objetivo y subjetivo, que constituyen el presupuesto, la obra se estructura distinguiendo entre la responsabilidad por daños causados a la sociedad, a los socios o a los terceros y las cada vez más numerosas y complicadas sanciones de que pueden ser objeto los administradores en su actuación, incluyendo las penales y las administrativas, para concluir con el estudio de las especialidades laborales y tributarias y con la posibilidad de cobertura de la responsabilidad a través del seguro. Por la finalidad que se persigue, la obra contiene una selección de los párrafos más significativos de las principales sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional y de las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

2008 - Tirant lo Blanch - Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
2ª Edición / 934 págs. / Tapo dura / Castellano / Libro
ISBN10 8498760275; ISBN13 9788498760279



Precio: 95,00 €

COMPETENCIAS DE LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

BLAS ALBERTO GONZÁLEZ NAVARRO, ANA MARÍA ORELLANA CANO, ENRIQUE PINAZO TOBES, M^º DEL MAR HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, NURIA A. ORELLANA CANO, ENRIQUE SANJUAN Y MUÑOZ, LUIS SHAW MORCILLO, ANA DEL VALLE HERNÁNDEZ Y PEDRO JOSÉ VELA TORRES

El presente trabajo es fruto de un intento de sistematización importante de las competencias atribuidas a los juzgados de lo mercantil tras su creación por la Ley Orgánica 8/2003 y su entrada en funcionamiento al año siguiente.

Se ha pretendido, esencialmente, extraer aquellas cuestiones más interesantes y polémicas que se han venido a plantear en dicho ámbito, desde una perspectiva esencialmente práctica.

La obra se distribuye en dos grandes apartados destinados al desarrollo de la materia concursal y de las denominadas "competencias añadidas" mercantiles (sociedades, competencia, publicidad, transportes, etc.).

El objetivo ha sido dar una visión de conjunto de los juzgados de lo mercantil tanto para el investigador que pretenda iniciar sus estudios en la materia como respecto del que pretenda profundizar, intentando localizar los apartados más destacados de la misma.

2008 - Tirant lo Blanch - Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
1ª Edición / 1408 págs. / Tapo dura / Castellano / Libro
ISBN10 8498760054; ISBN13 9788498760054



Precio: 99,90 €

administrativo

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

COMENTARIOS, JURISPRUDENCIA, FORMULARIOS Y LEGISLACIÓN



2 Volúmenes + CD Rom

JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT
GUADALUPE BUITRÓN RAMÍREZ

2008 - Tirant lo Blanch - Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
5ª Edición / 1982 págs. / Tapa dura / Castellano / Libro
ISBN10 8498760151; ISBN13 9788498760156

Precio: **179,90 €**

En la presente obra encontrará el lector una cumplida y actualizada referencia a la situación doctrinal, jurisprudencial y legislativa de todos y cada uno de los problemas que plantean en la práctica las infracciones y sanciones administrativas, tanto desde la óptica material (donde se analiza la problemática de los principios de legalidad, tipicidad o responsabilidad del infractor), cuanto desde la procedimental (donde se hace lo propio con temas tales como la proporcionalidad de las sanciones, la prescripción, la prohibición de "bis in idem", o los derechos del infractor o la presunción de inocencia, o la defensa, o la prueba, etc.). Además, y dado la proyección eminentemente práctica de la obra, en ella también se suministra un modelo de absolutamente todos los formularios a través de los cuales se desarrolla el procedimiento administrativo sancionador, desde los escritos de defensa e impugnación de los presuntos infractores, hasta las distintas clases de resoluciones administrativas susceptibles de ser acordadas.

Tiene el lector en sus manos una nueva edición de la obra "El Procedimiento Administrativo Sancionador" y en la que, por vez primera y todavía única en el mercado editorial, se aborda el comentario exhaustivo y sistemático al Título IX, relativo a la "Potestad Sancionadora", de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (Tomo II), así como a la totalidad del R.D.1398/1993, por el que se regula el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración (Tomo III).

Respecto de anteriores ediciones, esta quinta edición no sólo se presenta completamente revisada, actualizada y ampliada, sino que, además, incorpora a texto completo las más importantes y significativas sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo dictadas en la materia, además de un completo apéndice legislativo (con inclusión de toda la legislación general y sectorial, la autonómica sancionadora, así como la reguladora de la ejecución administrativa y del proceso contencioso-administrativo). Finalmente, en el CDROM que la acompaña, y para facilitar el uso y consulta de los distintos materiales, se ofrece al lector toda la jurisprudencia, la legislación y los formularios.

582 | OTROS LIBROS DESTACADOS

penal

PRUEBA Y PROCESO PENAL



Coordinador: JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER

Autores: KAI AMBOS, MARIO CHIAVARIO, CÉSAR R. CHISÓCTOMO BARRIENTOS PELICER, RICARDO CUELLAR CIVIL, ANDRÉS DE LA OÑA SAINZ, ESCLANDAR GANEM HERNÁNDEZ, NICOLÁS GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSCÁ, VICENTE C. GUZMÁN FLEJA, JUAN MONTERO AROCA, VÍCTOR MORENO CATENA, MARÍA-ANGELES PÉREZ CEBADERO, ANDREA PLANCHADELL GARGALLO, LUIS SALAS CALERO, JOSÉ MARÍA TIERNO PACHECO, JOHN A. E. VERWALDE, RICHARD VOGELER

Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado

2008 - Tirant lo Blanch - Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
1ª Edición / 627 págs. / Tapa dura / Castellano / Libro
ISBN10 8498760070; ISBN13 9788498760071

ISBN 10 8484568148; ISBN 13 9788484568148

Precio: **79,90 €**

Este libro quiere contribuir, desde el punto de vista español y del derecho comparado, a dar respuesta jurídica adecuada al gran aumento de la delincuencia, cada vez más organizada y sofisticada, cada vez más grave y cruel también, que hace muy difícil su persecución y castigo con las normas que hasta ahora tenemos y con el proceso penal actualmente vigente, en el específico ámbito de la prueba. La aplicación de normas y reglas probatorias sin la necesaria meditación y reflexión está llevando a una jurisprudencia muy discutible, cambiante e insegura en materia de prueba en el proceso penal, especialmente en temas de prueba prohibida, creándose un grave confusiónismo en la práctica actual, sobre todo ante el conocimiento público de absoluciones escandalosas o de condenas irritorias. La realidad actual exige cuanto antes una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal verdaderamente acusatoria, diseñada de modo tal que haga frente a estos problemas probatorios con la eficacia y eficiencia que nuestra sociedad democrática con toda justicia demanda.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO

Doctrina y Jurisprudencia

MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO

El ejercicio de la profesión médica bordea a menudo los límites de la responsabilidad no sólo civil, sino también penal. Las demandas en esta rama del Ordenamiento jurídico han aumentado sensiblemente en los últimos años, lo que reclama una delimitación precisa de las prácticas que pueden dar lugar a que-lla, evitando así que los profesionales de la sanidad actúen amenazados por la incertidumbre en torno a los consecuencias jurídico-penales de sus actos. Este es el principal objetivo de la obra, que sobre la base de un exhaustivo estudio de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales, traza los presupuestos de la responsabilidad penal médica en sus distintos aspectos: desde la derivada de la "malita praxis" a la que pudiera surgir por falta de información, pasando por el estudio del régimen de aplicación de delitos especiales, como la omisión del deber de socorro, la violación del secreto profesional médico, el intrusismo, la eutanasia o el aborto, entre otros.



2008 - Tirant lo Blanch - Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
1ª Edición / 752 págs. / Cartoné / Castellano / Libro
ISBN10 9788498761000

Precio: **69,90 €**

OTROS LIBROS DESTACADOS | 581

SECCIÓN DE PROPIEDAD HORIZONTAL Y DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

- Cuestiones procesales. Acumulación de acciones. Cuestiones complejas, por Alejandro Martín Delgado
- El arbitraje en materia de arrendamientos urbanos, por María José Rodríguez

SECCIÓN DE DERECHO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

- Protección del consumidor en la contratación inmobiliaria: información, transparencia y equilibrio contractual, por Blanca Sillero Crovetto
- Protección al consumidor en la compraventa de viviendas: derecho a la información, transparencia y equilibrio contractual, en el ámbito de la contratación bancaria, por María José Rodríguez
- Análisis desde el punto de vista jurisprudencial de la Ley 14/2013, de Medidas a adoptar para mejorar la protección, por Mª Elena Narvéz Valdía

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA

- El contrato de unión civil: realidad o necesidad de la desventaja, por María José Rodríguez
- Previsiones capitulares en las parejas de hecho, por Ángel Luis Rebolledo Varela
- Discriminación jurídica del matrimonio homosexual, por María José Rodríguez

SECCIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

- Víctima y agresor. Peculiaridades, por María José Rodríguez
- Las penas previstas por delitos relativos a la violencia de género: referencias jurisprudenciales, por Patricia Faraldo
- Infracciones penales relativas a la violencia de género, por Patricia Faraldo

DERECHO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

- La responsabilidad civil en los accidentes laborales, por María José Rodríguez
- Incapacidades permanentes y su valoración, por María José Rodríguez
- La aplicación del baremo en accidentes de circulación, por María José Rodríguez

SECCIÓN DE DERECHO DE EXTRANJERÍA

- Manual de buenas prácticas en la asistencia letrada a extranjeros, por Bartolomé José Martínez García

SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

- Hitos procesales en la tramitación de delitos fiscales desde la reforma de 2010, por María José Rodríguez
- Novedades en la Inspección Tributaria de operaciones impositivas, por Miguel Cremades Schultz

SECCIÓN DE DERECHO URBANÍSTICO

- El nuevo marco general que para la ordenación territorial y urbanística plantea la Ley 2/2007, por Luciano Parejo Alfonso
- Urbanismo y ordenación del territorio. La nueva Ley estatal de ordenación y gestión de la actividad de planificación, por Joaquín García Bernaldo de Quirós

administrativo

COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

JAVIER CEPEDA MORRÁS, CARLOS YAÑEZ DÍAZ, EUGENIO LÓPEZ ÁLVAREZ, ROBERTO CANTERO RIVAS, ANTONIO LUIS CASAMAYOR DE MESA, LAURA CEBRIÁN HERRANZ, JAVIER ESPINAL MANZANARES, ALEJANDRA FRÍAS LÓPEZ, ROCÍO GUERRERO ANKRENTI, ELENA HERNÁNDEZ SALGUEIRO, CARLOS HERNÁNDEZ CLAVIERE, FRANCISCO JAVIER IZQUIERDO FABRE, FÉLIX LARA GONZÁLEZ, VICTORIA LÓPEZ TORRALBA, FERNANDO LUQUE REGUIERO, TOMÁS NAVALPOTRO BALLESTEROS, EDUARDO PFLUGER TEJERO, PILAR RUBIO PÉREZ DE ACEVEDO, ESTHER ZAMORA MARTÍNEZ

La entrada en vigor de la nueva Ley 30/2007, de contratos del sector público, plantea la necesidad de todos los operadores jurídicos que intervienen en la contratación pública de adaptarse a una Ley que, en desarrollo de la normativa europea, contiene importantes novedades tales como el recurso especial, el diálogo competitivo, los contratos de colaboración público-privada así como cambios en la regulación de las garantías, los procedimientos de contratación, etc. Estos comentarios, realizados por Letrados de la Comunidad de Madrid, analizan la nueva Ley con una perspectiva esencialmente práctica buscando facilitar la aplicación de la nueva normativa tanto a los entes del sector público como a las empresas que concurren a las licitaciones.

Precio: **110,00 €**

2008 - Tirant lo Blanch - Tratados, Comentarios y Prácticas Procesales
1ª Edición / 1155 págs. / Tapa dura / Castellano / Libro
ISBN10 8498760909; ISBN13 9788498760903



OTROS LIBROS DESTACADOS | 583