

Abogados del Estado

Año X, Número 34 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



Entrevista a Marta Silva de Lapuerta, nueva Abogado General del Estado



Entrevista a James Goold, abogado de España en el caso Odyssey

Pág. 10



Bienvenida de la Asociación a los nuevos compañeros

Pág. 16



www.asoc-abogadosdelestado.es
www.abogadosdelestado.com.es
www.abogadosdelestado.com

Una página web al servicio del Cuerpo de Abogados del Estado y de todos los miembros de nuestra Asociación, donde podrán encontrar noticias, espacios de actualidad y entrevistas a personajes de interés, así como un área privada donde los miembros de la Asociación podemos consultar información específica, localizar a compañeros y descargar los ejemplares de nuestra revista.

- Actualidad y noticias.
- Cursos y eventos
- Prensa del día
- Enlaces a webs de carácter jurídico y de interés.
- Acceso a ejemplares de la revista de la Asociación.
- Datos de contacto de nuestros miembros.
- Información y noticias específicas de nuestra Asociación.

Toda transición obedece a un cambio y todo cambio genera expectativas más cercanas a veces al sueño de ganancia que a la efectiva realidad. Todo cambio origina turbulencias y toda turbulencia inseguridad. Todo pasará. La seguridad se asentará. La información dejará de estar sesgada o al menos el sesgo se podrá identificar. Al final la humanidad socializada en forma de ciudadana, sabe sobreponerse a los pesares, las tragedias y mucho más aún a las turbulencias.

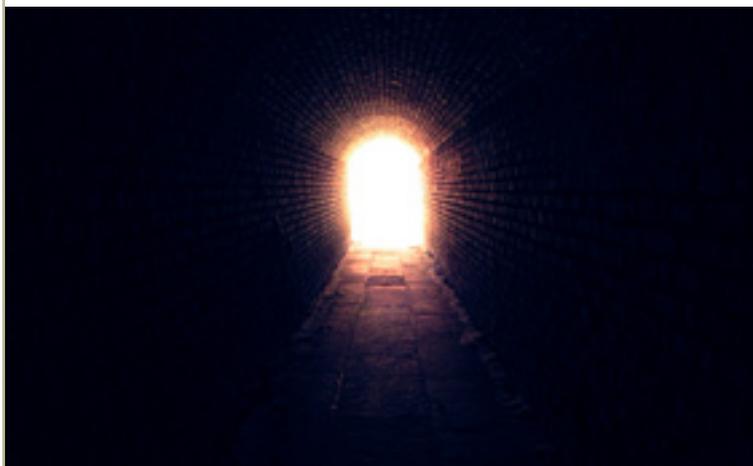
Cae en mi memoria aquello que dijo H.G. Wells en *La Guerra de los Mundos*: “*Los gérmenes de las enfermedades han atacado a la humanidad desde el comienzo del mundo, exterminaron a muchos de nuestros antecesores prehumanos desde que se inició la vida en la Tierra. Pero en virtud de la selección natural de nuestra especie, la raza humana desarrolló las defensas necesarias para resistirlos. No sucumbimos sin lucha ante el ataque de los microbios, y muchas de las bacterias –las que causan la putrefacción en la materia muerta, por ejemplo– no logran arraigo alguno en nuestros cuerpos vivientes. Pero no existen las bacterias en Marte, y no bien llegaron los invasores, no bien bebieron y se alimentaron, nuestros aliados microscópicos iniciaron su obra destructora*”.

Hemos superado cracks financieros, guerras mundiales, civiles y frías, crisis del petróleo, etc, superaremos ahora como siempre, crisis de liderazgo, hipotecas *subprime* o la deuda pública, que no es otra cosa sino el préstamo que debemos pagar entre todos.

Lo superaremos porque el afán por conseguirlo se encuentra en el propio germen de nuestra sociedad y de nuestra economía. El Estado del Bienestar no es la obra artificial de un grupo de talentosos gobernantes, es fruto del deseo de la voluntad de eso a lo que ha evolucionado el ser humano empeñado en vivir en sociedad como es el ciudadano.

De esta turbulencia saldremos los ciudadanos por aquello que hacemos todos los días como es querer vivir bien, querer bien a nuestras familias y querer el bien de aquéllos que están en peor situación.

De momento hace frío y hace falta que llueva ¿alguien duda de que no vendrán las lluvias y el calor? ■



Staff

Edita

Asociación de Abogados del Estado

C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid

Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173

Fax: 913 904 740

Consejo Editorial

Jorge Pipaón

Edmundo Bal

Julio Díez

Jesús López-Medel

Catalina Miñarro

José Ignacio Monedero

Alfredo Parra

Federico J. Ramos

Ignacio Ruiz

Tomás Suárez-Inclán

Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.

C/ Torquemada 16 4º. 28043 Madrid

www.artfactory.es

artfactory@artfactory.es

Fotografías

www.congreso.es

www.lamoncloa.gob.es

www.mju.es

www.commons.wikimedia.org

www.shipwreck.net (Odyssey Marine
Exploration)

Coordinador técnico

Luis Soriano

fotocomposicion@ibernet.com

Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares

C/ Pérez Herrera, nº 7. 28002 Madrid

Teléfonos: 914 156 886 / 914 151 864

composicion@canizares.com

Depósito Legal: M-21263-2003

Abogados del Estado. Revista de la Asociación es una publicación de distribución privada y gratuita entre los socios de la Asociación de Abogados del Estado y todas aquellas personas que su Consejo Editorial estime conveniente.

Esta revista no se hace responsable de las opiniones vertidas por sus colaboradores en las entrevistas y artículos publicados, ni se identifica necesariamente con las mismas.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de cualquier información gráfica o literaria, sin autorización previa del Consejo Editorial o el director.

Sumario

Entrevista

Marta Silva de Lapuerta, nueva Abogado General del Estado.....	6
James Goold	10

Actualidad

Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado	14
---	----

Crónica

Bienvenida de la Asociación a los nuevos compañeros	16
Breves	18

Opinión

Memorial de un miembro del Tribunal de Abogados del Estado.....	20
---	----

Cine

Comentario de la película “Una Noche en la Ópera”	26
---	----

Cultura

Exposición Chagall	32
--------------------------	----

Solidaridad

Hemofilia: Con tu apoyo no somos diferentes	34
---	----

Cuadernillo jurídico

José Aurelio Ruiz <i>Acontecimientos de excepcional interés público y beneficios fiscales</i>	2
--	---

Jesús Rodrigo Lavilla <i>Comentario de la sentencia de la sección quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2011</i>	14
--	----

Eugenio López Álvarez <i>Comentario de la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección Primera) de 17 de septiembre de 2010</i>	20
---	----

Eva Fuerte López y Paulino Fajardo Martos <i>Prejudicialidad: el tratamiento de la acción civil de resarcimiento ejercitada en el proceso penal</i>	26
--	----

EL MISTERIOSO CASO DE LAS FACTURAS MENGUANTES

Tus facturas mensuales se reducen. Tu nómina parece que se estira.

NUEVA CUENTA NÓMINA

EL ESTIRÓN

6% de descuento

en los recibos del hogar el primer año, para nuevos clientes¹. Benefíciate de una bonificación de **hasta 42 euros cada mes**.

Además, **sin comisiones** de administración y mantenimiento, con las tarjetas VISA y 4B MasterCard **gratis** y con un adelanto de la nómina de hasta 1.800 euros², **sin ningún gasto**.

¹ El resto de años te podrás beneficiar del 2% de descuento de los recibos del hogar (hasta 14 euros cada mes).

Se consideran recibos del hogar; teléfono fijo, móvil, Internet, gas, luz y comunidad de propietarios.

² Sujeto a los análisis de riesgo de los clientes.



grupobancopopular.es



grupobancopopular.mobi



902 301 000

 BANCO POPULAR

Marta Silva de Lapuerta

Abogado General del Estado

“ Los actuales departamentos de penal, civil-mercantil, laboral, y tributario están bien organizados y están dando buenos resultados, tanto en su actividad contenciosa propia, como en la consultiva para temas importantes y en la gestión del conocimiento ”

Nacida el 15 de febrero de 1969 en Madrid, es Licenciada en Derecho por el CEU y Abogado del Estado desde 1996. Ha sido Abogado del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, directora de la Asesoría Jurídica de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, Abogado del Estado en el Ministerio de Hacienda y Abogado del Estado-Asesora del Vicepresidente segundo del Gobierno y Ministro de Economía. En 2003 fue nombrada Secretario General y del Consejo de Administración de Sacyr-Vallehermoso, S.A., y directora general de su Asesoría Jurídica. Desde 2010 era Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional.

Pregunta: Sra. Silva, en primer lugar, reciba nuestra enhorabuena por su nombramiento como Abogado General del Estado. Ud. ha desarrollado una brillante carrera profesional desde que se incorporó al cuerpo de Abogados del Estado, tras haber pasado por la Administración y por varias empresas privadas, como Sacyr Vallehermoso o el Real Madrid. ¿Qué destacaría de su experiencia de gestión en la empresa privada?

Respuesta: Muchas gracias por su felicitación. Entrando a contestar su pregunta debo decirle que mi experiencia de gestión en la empresa privada ha sido muy positiva en cuanto me ha permitido conocer una realidad distinta a la Administración, con sus ventajas y con sus inconvenientes. Durante los seis años y medio que estuve al frente de la Secretaría General de Sacyr aprendí a dirigir a un equipo diverso de abogados, a relacionarme y valorar el trabajo de grandes despachos de abogados que colaboraban con nosotros, a participar en grandes operaciones corporativas, en momentos de expansión y de recesión. En fin, fue una experiencia que me hizo crecer como abogado y como persona.

En cuanto a mi etapa como secretario de la Junta Directiva del Real Madrid fue sumamente interesante. Me permitió participar en el órgano de dirección de uno de los mejores clubes de fútbol del mundo, con todo lo que ello implica: repercusión mediática incomparable con la de cualquier otra empresa, el prestigio internacional de la marca Real Madrid, la gestión del primer equipo, y ya directamente relacionado con mi cargo, la secretaría de las



Asambleas de Compromisarios con más de 1.000 participantes cada año.

P: ¿Es trasladable esa experiencia en el ámbito privado en la gestión de lo público por lo que se refiere a la Abogacía del Estado? En caso afirmativo, ¿cómo se podría hacer?

R: La realidad de una empresa del Ibex-35 o la de un club de fútbol y la de la Administración es obviamente muy distinta, pero de toda experiencia en la vida se debe aprender. Yo destacaría y reafirmaría el camino emprendido por mi antecesor en el cargo, D. Joaquín de Fuentes, en cuanto a la especialización por Departamentos. Creo que la forma de organizarse de los grandes despachos con los que he tenido el honor de trabajar es eficaz y creo que los actuales departamentos de penal, civil-mercantil, laboral, y tributario están bien organizados y están dando buenos resultados, tanto en su actividad contenciosa propia, como en la consultiva para temas importantes y en la gestión del conocimiento.

P: Ud. procede de una familia con gran tradición en el campo jurídi-

co ¿supone esto una mayor carga de responsabilidad o lo asume de forma natural?

R: Efectivamente, procedo de una familia con gran tradición jurídica, a la que pertenecen miembros destacados de nuestro querido Cuerpo, con una sólida formación y dedicación a “lo público”, con vocación de Servicio Público, eficacia, lealtad y honradez en los diversos puestos que en la Administración han desempeñado, no solo como Abogados del Estado en activo.

Para mí, sobre todo, han sido siempre un ejemplo a seguir, y el listón me lo han puesto muy alto.

P: ¿Cuáles son sus principales objetivos en su nuevo puesto al frente de la Abogacía General del Estado?

R: Mi primer objetivo es que los Abogados del Estado asesoren en Derecho en todas las decisiones, proyectos de disposiciones legales o reglamentarias y sean pieza fundamental para superar con éxito estos difíciles momentos que vive España. Es importante que quie-

“**Mi primer objetivo es que los Abogados del Estado asesoren en Derecho en todas las decisiones, proyectos de disposiciones legales o reglamentarias y sean pieza fundamental para superar con éxito estos difíciles momentos que vive España**”



nes están al frente de la Administración General del Estado (Departamentos Ministeriales, Organismos Autónomos, Agencias, Sociedades Estatales, etc.) conozcan, y tengan interlocución directa e inmediata con el Abogado del Estado en materia consultiva.

Por otra parte es también esencial que los Abogados del Estado ante los tribunales se relacionen directamente con su cliente, transmitiéndose recíprocamente la información que se requiera para llevar a buen puerto un litigio y por supuesto profundizar en la necesaria interrelación entre la Abogacía del Estado contenciosa y consultiva. También es trascendental seguir avanzando en la gestión del conocimiento de la Abogacía del Estado.

P: ¿Cómo valora la gestión del anterior Abogado General del Estado?

R: Joaquín de Fuentes ha dedicado casi 8 años de su vida profesional a dirigir la Abogacía del Estado. Solo por eso, no podemos más que estarle agradecidos pues es una tarea difícil que requiere mucha dedicación.

Además, valoro especialmente su esfuerzo por modernizar la Abogacía del Estado, creando los Departamentos que están dando muy buenos resultados.

“No es razonable que en la Administración de Justicia coexistan ocho sistemas procesales de gestión diferentes, ni la puesta en práctica de novedosos proyectos tecnológicos, cuyos ensayos y ajustes a través de experiencias piloto han tenido un elevadísimo coste”

También valoro muy positivamente y fue algo que me sorprendió gratamente cuando reingresé hace dos años, lo avanzado y útil del sistema informático Reges. Tanto para la llevanza y control de los asuntos, como para la gestión y uso del importante conocimiento jurídico de los Abogados del Estado, tanto desde una perspectiva teórica como práctica.

P: En general, el papel de la Abogacía del Estado resulta bastante desconocido para el común de los ciuda-

danos. ¿Desde su experiencia, cómo describiría la tarea que desempeña la Abogacía del Estado para el buen funcionamiento de la Administración del Estado?

R: Creo que la Abogacía del Estado es una institución necesaria y utilísima para el correcto funcionamiento de la Administración del Estado que ha sabido adaptarse a los cambios territoriales, organizativos y tecnológicos que se han producido en España en las últimas décadas.

Velar por la legalidad *a priori* de la actuación administrativa es esencial. Importantísimo también es la defensa de los derechos del Estado y de la legalidad ante los diversos órdenes jurisdiccionales y tribunales nacionales e internacionales.

Si a la importante labor encomendada, añadimos la sólida formación teórica, la experiencia práctica y la vocación de Servicio Público de los Abogados del Estado, puedo concluir diciendo que la Abogacía del Estado es pieza fundamental para el buen funcionamiento de la Administración del Estado.

P: Durante el acto de toma de posesión el Ministro, Alberto Ruiz-Gallardón, destacó algunos de los retos más importantes a los que se deberá hacer frente desde el Ministerio de Justicia, tales como la necesidad de desarrollar la modernización y generalización del uso de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia. ¿Hasta que punto considera compatible en el corto-medio plazo la ejecución de dichas reformas con la estricta política de austeridad planteada por el nuevo gobierno?

R: La situación económica que vive España, nos va a llevar necesariamente a adoptar medidas que supongan un recorte en el gasto, pero ello no va a ser óbice, para que el ministro Alberto Ruiz-Gallardón consiga todos los objetivos que se plantee. Voluntad política, inteligencia, trabajo y eficacia en su gestión no le faltan. Conseguirá, no me cabe ninguna duda, todos sus objetivos.

Como él mismo apuntó, uno de los aspectos básicos que debe ser objeto de revisión es el tecnológico. No es razonable que en el ámbito de la Administración de Justicia coexistan ocho sistemas procesales de gestión diferentes, como tampoco lo es la puesta en práctica de novedosos proyectos tecnológicos, cuyos ensayos y ajustes a través de experiencias piloto han tenido un elevadísimo coste. Como ejemplo, los recursos destinados a la digitalización masiva de documentos en papel de la Audiencia Nacional, cuando no había un claro planteamiento sobre lo que es un expediente judicial electrónico.

Por ello, los recursos económicos destinados a la introducción de nuevas tecnologías deben valorarse racionalmente, debiendo contar con el concurso del Consejo General del Poder Judicial y de las Comunidades Autónomas, y, singularmente, con las que tienen transferidas las competencias en materia de Administración de Justicia.

Solo así la actuación en el campo de las nuevas tecnologías aplicadas a la

Administración de Justicia puede ajustarse a la lógica y a la racionalidad. Una actuación coordinada es la única que permitirá el conocimiento inmediato y en red de los datos judiciales.

P: Como Abogado General del Estado y miembro de nuestra Asociación, ¿qué cree usted que puede aportar

Quiero mantener contacto con la Asociación y oír sus propuestas en los asuntos que afectan a nuestro Cuerpo: sistema retributivo, cargas de trabajo, gestión del conocimiento, organización de la Abogacía, etc.

ésta y qué relaciones va a mantener con ella?

R: Puedo decir con orgullo que soy miembro de la Asociación desde que ingresé en el año 1996. Los años que estuve en excedencia, fue la Asociación a través de sus útiles correos electrónicos la que me permitió seguir en contacto casi diario con la realidad de nuestro Cuerpo, ¡y qué ilusión me hacía recibir aquellos *e-mails* en muchos momentos de aquellos años! Con ello quiero plasmar la importancia que para mí tiene la Asociación.

Respondiendo a su pregunta, yo quiero mantener contacto permanente con la Asociación y oír sus propuestas en los diversos asuntos que afectan a nuestro Cuerpo: sistema retributivo, cargas de trabajo, gestión del conocimiento, organización de la Abogacía, etc.

Creo que la Asociación tiene un conocimiento profundo de la realidad de la Abogacía del Estado, de las preocupaciones y las ideas de los Abogados del Estado, por lo que contar con ella me parece fundamental. ■





ENTREVISTA A JAMES GOOLD

[Nota: La entrevista que a continuación publicamos fue realizada semanas antes de la decisión del Tribunal Superior de EEUU que ha permitido a España recuperar el tesoro del navío “Nuestra Señora de las Mercedes”, tras una larguísima batalla jurídica que el Estado español emprendió en 2007 contra la empresa Odyssey reclamando la propiedad del pecio.]

Integrando, casi, una sección de la revista que va deviniendo clásica y que, como la película de terror, podría denominarse *Los Otros*, traemos hoy a este rincón a uno de *Los Otros Abogados del Estado*, esto es, aquellos abogados de otros países que representan al Estado español –al Reino de España, que así nos llamamos fuera– en litigios extrafronterizos, allí donde la Abogacía del Estado no ostenta funciones de representación y defensa, y asume únicamente las de dirección y coordinación.

Hoy entrevistamos a Jim Goold, que defendió a España hace unos años frente a un grupo de Estados norteamericanos en el litigio sobre la propiedad de los galeones el Juno y la Galga, hundidos frente a las costas de Virginia, y que hoy representa y defiende al Reino de España en la reivindicación de los restos del buque Nuestra Señora de las Mercedes, hundido en batalla con la flota inglesa frente a las costas de Cádiz hace más de doscientos años. Se trata del conocido como asunto Odyssey, que hasta el momento ha dado la victoria a España frente a la empresa del nombre mencionado ante los tribunales norteamericanos.

Pregunta: Sr. Goold, usted es uno de los abogados más prestigiosos en Derecho Marítimo y en la recuperación de restos subacuáticos. ¿Podría contar a nuestros lectores los principales pasos de su carrera?

Respuesta: Me he dedicado activamente al Derecho Marítimo desde el principio de mi carrera, y mi trabajo en asuntos relacionados con la protección de restos subacuáticos comenzó al mismo tiempo. Me refiero a la “protección” de restos subacuáticos porque esta parte de mi trabajo se especializa en proteger los derechos de los propietarios de los buques históricos contra el saqueo y otras agresiones no autorizadas. En mi despacho, Covington & Burling, soy el especialista en Derecho Marítimo, pero también soy parte de un área más amplia en conflictos internacionales, incluido arbitrajes en Londres y otras altas instancias de resolución de conflictos con gobiernos y compañías extranjeras.

Mi experiencia incluye procesos judiciales y arbitrajes tanto en Estados Unidos y

Europa, como en países como Australia, Japón, Filipinas y Finlandia. Creo que es muy importante trasladar mi amplia experiencia de Estados Unidos y del extranjero a cada caso. Los jueces y árbitros no son especialistas de por vida en un área del Derecho. Encuentro importante reconocer esto y recordar siempre que se debe desarrollar y presentar un caso desde una perspectiva que los jueces y árbitros encuentren comprensible y lógica desde su propia experiencia.

Los asuntos relacionados con restos subacuáticos me llegan naturalmente a causa de que fui activo como arqueólogo y buceador antes de llegar a ser abogado. Continué activamente en arqueología subacuática y como buceador cuando tengo la ocasión, trabajando en proyectos científicos junto con las Administraciones públicas culturales en beneficio público y en contra de los cazadores de tesoros. Por ejemplo, hace varios años, organicé un proyecto con la Junta de Andalucía y la National Geographic Society para el uso de las últimas tecnologías de localiza-

ción de barcos hundidos en la Batalla de Trafalgar. Durante los últimos cinco años también he estado trabajando en un proyecto de localización de buques de guerra hundidos en una batalla entre las flotas de la antigua Roma y los cartagineses, próximo al noroeste de la costa de Sicilia. Creo que un abogado es realmente afortunado cuando tiene la oportunidad de trabajar en casos en que confluyen con fuerza sus intereses personales, ya se trate de arte, historia, arqueología, literatura...

P: ¿Cuáles son los *leading cases* en los que ha trabajado?

R: Dejando a un lado, por el momento, los asuntos que afortunadamente he llevado para España, algunos ejemplos de mis *leading cases* han incluido: arbitrajes en Londres y Bermudas reclamando a las aseguradoras la cobertura de pérdidas por catástrofes en las que han incurrido compañías de transporte y compañías farmacéuticas; reclamaciones judiciales relacionadas con plantas nucleares inoperativas; procesos judiciales y ar-

bitrajes en Estados Unidos y otras grandes capitales, relacionados con contratos de suministro energético y arbitrajes en el ámbito de inversiones internacionales relativos a reclamaciones frente a expropiaciones o trato discriminatorio. Otra área muy relevante en Covington & Burling es la investigación de supuestos pagos indebidos hechos por multinacionales, pero no sería adecuado discutir sus detalles, por supuesto.

P: ¿Podría contarnos algo acerca del asunto el Juno y la Galga, donde defendió los intereses de España contra un gran número de Estados de Estados Unidos?

R: El asunto el Juno y la Galga fue visto en su momento, hace 10 años, como un referente internacional de un proceso judicial en el que se analizaba el derecho de España y otras naciones a proteger sus buques hundidos y el patrimonio que estos buques representan. Juno fue una fragata de la Armada Española que se hundió sin supervivientes en una tormenta en el año 1802 cerca de Virginia cuando llevaba de vuelta a España un batallón de soldados con sus familias, después de 10 años en las “Américas”. La Galga naufragó por un huracán en la costa de Virginia en 1750 mientras escoltaba un convoy de buques españoles. Sin consultar a España, el Estado de Virginia contrató con una compañía caza tesoros para que recuperara con propósitos comerciales, los restos de estos buques. El Gobierno de España decidió que era inaceptable tener estos buques históricos y las tumbas de su tripulación tratadas de esta forma, por lo que acudió a los Tribunales de los Estados Unidos para detener esta actuación. Se trató de una decisión muy valiente, no es una decisión fácil para los gobiernos de otras naciones someterse a la jurisdicción americana. Las partes demandadas incluyeron 27 Estados de los Estados Unidos, quienes intervinieron contra España reclamando que los Estados costeros eran dueños y disponían de los pecios de España y otros países que se hallasen en sus aguas. El caso terminó con una victoria completa para España, un pronunciamiento contundente del Tribunal de Apelación por el que España permanecía siendo propietaria de los buques conforme al Derecho internacional, y sus emplazamientos me-

recen recibir la misma protección y respeto que los Estados Unidos y otras naciones civilizadas esperan que reciban sus propios buques hundidos y marineros naufragados. Todas las piezas recogidas de los buques fueron devueltas, por orden judicial, a España para su custodia. Fue un gran honor para mi ser premiado con la Cruz de la Orden de Isabel la Católica incluso antes de la victoria final, aunque me ofrecí a devolverla si perdía.

Uno de los temas más fascinantes en este asunto fue la alegación por los demandados de que España legalmente había abandonado sus buques hundidos en Norte América cuando cedió el territorio a Gran Bretaña en el Tratado de París

en 1763. Tuvimos éxito en mostrarle al Tribunal de Apelación no sólo que España no había abandonado sus buques hundidos, sino que conservó el derecho sobre la propiedad mobiliaria, sin límite de tiempo.

P: Normalmente se dice que los procedimientos legales en Estados Unidos son muy lentos y caros, y casi solo para ricos o grandes empresas. ¿Es cierto?

R: Esa es una muy buena, pero difícil, pregunta, sobre la que he pensado a lo largo de muchos años. Desgraciadamente, la respuesta es, de algún modo, que así es. Sin embargo, no es menos cierto que en otros países hay un sistema bien esta-



El asunto el Juno y la Galga fue visto en su momento como un referente internacional de un proceso judicial en el que se analizaba el derecho de España y otras naciones a proteger sus buques hundidos y el patrimonio que estos buques representan

blecido de *cuota litis* en el proceso civil, que permiten al abogado que asume un asunto ser pagado de llegar a un acuerdo o a un reconocimiento de los daños, si el asunto es un éxito. Un aspecto negativo de esto es que muchos observadores creen que contribuye a hacer de los Estados Unidos una sociedad muy litigiosa, con un largo número de procesos civiles que no debieran iniciarse. Por otro lado, hay ciertamente un problema en los casos penales, donde el sistema de abogados públicos para representar a personas está saturado e insuficientemente financiado. Yo mismo he asumido la defensa de algunos asuntos penales. La defensa fue un éxito, pero sé que un acusado que tuviera un abogado público que no fuera capaz de tener expertos que estudiaran cuidadosamente las pruebas, hubiera sido incapaz de alcanzar el mismo resultado.

Es cierto que los procedimientos legales en los Estados Unidos pueden ser más lentos que en otros países. Los jueces están frecuentemente sobrecargados con casos y pueden no tener tiempo para estudiar sus asuntos antes del juicio y deciden asuntos que debieran haber finalizado en fases previas. También, el sistema legal de los Estados Unidos permite mayor amplitud de proposición de pruebas que otros sistemas legales que conozco. Esto puede llevar a abusos como peticiones de acceso a muchos más documentos que los que el caso realmente necesita o el interrogatorio de muchos testigos que no son importantes. En los Estados Unidos esto es llamado *fishing expeditions*.

P: Ahora, si ello es posible, dado que el asunto está aún *sub iudice*, ¿podría vd. comentarnos algo acerca del caso Odyssey?

R: En este momento (octubre de 2011) el caso está en muy buena situación. En un primer momento el Juzgado de instancia, y después el Tribunal de apelación han respaldado completamente y sin fisuras la posición de España, incluyendo la declaración de que el “tesoro” debe ser devuelto a España.

Odyssey dio a conocer en abril del año 2007 que había recuperado más de 600.000 monedas de plata y oro de un pecio al sur de Portugal cuya identidad era desconocida, de acuerdo con las manifestaciones de Odyssey. Pero era lógico pensar que ese pecio se correspondía con un buque español que navegaba hacia Cádiz. Odyssey hizo esfuerzos por mantener secretas las fotografías, los videos y demás elementos que acreditaban la identidad del buque, incluso negando bajo juramento conocer la identidad del pecio. Odyssey también utilizó diversas argumentaciones que el juzgado calificó de “*falaces y totalmente carentes de fundamento*”.

Una importante victoria procesal estuvo representada por la orden judicial obligando a Odyssey a darnos acceso a los objetos recobrados del buque y a las fotos y videos del pecio en el lugar del hundimiento. Organizamos un equipo de destacados historiadores españoles, expertos en numismática y marina, y recabamos el parecer de diversos expertos



Una importante victoria procesal estuvo representada por la orden judicial obligando a Odyssey a darnos acceso a los objetos recobrados del buque y a las fotos y videos del pecio en el lugar del hundimiento

que examinaron todos los elementos de prueba disponibles, y elaboraron lo que el juzgado denominó una auténtica “enciclopedia”, demostrativa de que el pecio se correspondía con el buque de guerra Nuestra Señora de las Mercedes. La Mercedes se hundió en la batalla del 5 de octubre de 1804 contra un escuadrón de la Marina británica, en la que sufrió más de 200 bajas, entre oficialidad, tripulación y pasajeros, ya muy cerca de España, en un viaje desde El Callao y

Montevideo en el que transportaba a bordo más de 1.000.000 de pesos fuertes. El episodio de la Mercedes fue de una gran importancia para la historia europea y española, dado que el ataque de la armada británica llevó al Rey Carlos IV a declarar la guerra a Gran Bretaña, metiendo a España en la guerra napoleónica y todo el cataclismo que siguió. Al no estar el juzgado familiarizado con la historia de España, en el juicio intenté explicar que el episodio de la Mercedes ocupa en la historia española un lugar similar al del buque de guerra USS Arizona, que fue destruido en el ataque japonés a Pearl Harbor, lo que supuso la entrada de Estados Unidos en la II Guerra Mundial. De esta manera, intenté ayudar a comprender el significado de la Mercedes de una manera fácilmente comprensible en Estados Unidos.

Una vez acreditada y demostrada la identidad del buque hundido, el asunto se complicó con la personación en el pleito de la República de Perú, alegando que a partir de su independencia ostenta derechos sobre las monedas de oro y plata y sobre otros objetos provenien-



“Cuando he trabajado con o he sido ayudado por Abogados del Estado, he percibido en todo momento que estaba en un equipo integrado por abogados del más alto nivel de cualificación profesional, y que sus análisis y consejos iban a ser objetivos y minuciosos”

Odyssey, y el trabajo de su gente ha sido espectacular. El Ministerio percibió desde un primer momento que estábamos ante una materia de trascendencia para la nación, y que se trataba de una cuestión de principio obtener el reconocimiento de los derechos de índole internacional, a los que España no podía renunciar. Por otro lado, ha habido una contribución esencial por parte de la Armada, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, la Real Academia de la Historia, el Museo Nacional de Arqueología, la Embajada Española en Washington y otros organismos. Desde la Abogacía General del Estado, en cuanto asume la coordinación y dirección de los litigios en el extranjero, se ha desempeñado, asimismo, un papel esencial en la coordinación y aportación de orientación jurídica y estratégica.

P: Por último –y no por ello menos importante–, usted ha trabajado con Abogados del Estado españoles, ¿sería tan amable de darnos su opinión acerca de sus métodos de trabajo, cualificación profesional, adaptación al trabajo conjunto con colegas provenientes de diferentes sistemas legales, etc.? Por favor, Mr. Gould, siéntase libre y olvide en la medida de lo posible que está hablando para la revista “Abogados del Estado”. Le prometemos que no habrá represalias.

R: Durante este tiempo he adquirido un gran respeto tanto por la Abogacía del Estado como institución como por los Abogados del Estado con los que he trabajado. En los Estados Unidos, desgraciadamente, cada vez hay menor integridad en la profesión legal, así como en la profundidad y amplitud del consejo legal. Cuando he trabajado con o he sido ayudado por Abogados del Estado, he percibido en todo momento que estaba en un equipo integrado por abogados del más alto nivel de cualificación profesional, y que sus análisis y consejos iban a ser objetivos y minuciosos. He podido apreciar estas características en el curso del asunto Odyssey, en contraste con lo que también he visto en algunos de nuestros oponentes en este mismo caso. Creo que los Estados Unidos y bastantes otros países ganarían bastante si tuviesen alguna institución similar a los Abogados del Estado españoles. ■

tes del Virreinato del Perú, aunque a la sazón fuese territorio español. Además, veinticinco particulares, fundamentalmente españoles, argentinos y peruanos, se personaron a través de letrados norteamericanos reclamando derechos sobre las monedas halladas en la Mercedes en su condición de herederos de sus antepasados españoles.

Los dos tribunales norteamericanos han estado de acuerdo en que la prueba aportada por España muestra más allá de cualquier duda la identidad y la importancia de los restos hundidos. Desde un punto de vista jurídico, nosotros alegamos, y ambos tribunales así lo han establecido, que la Mercedes y sus pertenencias tienen inmunidad soberana para la jurisdicción norteamericana, que tanto la ley norteamericana como internacional prohíben inmisiones no autorizadas sobre el pecio, y que todos los objetos extraídos por Odyssey deben ser devueltos a España. Los principios básicos en los que se sustentan las sentencias incluyen la inmunidad soberana, que prohíbe a los tribunales norteamericanos ejercer jurisdicción sobre navíos y pertenen-

cias pertenecientes a otros Estados, en las circunstancias en que se encuentra la Mercedes, así como el cumplimiento del Tratado hispano-norteamericano de 1902, que específicamente reconoce de forma recíproca inmunidad de jurisdicción a los pecios respectivos. También ambos tribunales han declarado, de acuerdo con nuestras peticiones, que la cortesía internacional exige que las monedas y otros objetos sacados del pecio por Odyssey, y que un consultor de la propia Odyssey valora en unos 500 millones de dólares, deben ser devueltos a España.

Odyssey ha formulado un recurso ante el Tribunal de Apelaciones, a fin de que revoque su decisión y ha anunciado que recurrirá al Tribunal Supremo norteamericano a fin de que revise la sentencia. Creo, no obstante que es extraordinariamente improbable que los tribunales revisen la decisión, y, por ello, la sentencia del Tribunal de apelación será con toda certeza el último capítulo en este asunto.

P: A través del asunto Odyssey usted ha podido conocer desde dentro la Administración española. ¿Ha habido en este caso una adecuada coordinación entre los diferentes departamentos de la Administración?

R: La coordinación ha sido excelente. El ministerio de Cultura fue el Departamento de referencia en el caso

Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado

Los días 23 y 24 de noviembre se celebraron en el Palacio de Parcent las XXXIII Jornadas de Estudio de la Abogacía General del Estado sobre el actualísimo tema de “La legislación concursal, respuestas jurídicas para una crisis”. La modificación de la ley concursal fue aprobada por el Congreso el 22 de septiembre último, con un alto grado de consenso parlamentario.

La inauguración fue presidida por el Secretario de Estado de Justicia, don Juan Carlos Campo, el Abogado General del Estado, don Joaquín de Fuentes Bardají, y el Presidente del Consejo de Redacción de la empresa colaboradora, Thomson Reuters Aranzadi, y ex Fiscal General del Estado, don Javier Mos-coso del Prado. En ella, el Secretario de Estado afirmó que la Justicia debe erigirse en un aliado fundamental para la consolidación de las medidas de política económica, señalando que *“la respuesta jurídica es una respuesta orientada a dar seguridad, previsibilidad, estabilidad, y, en definitiva, a asentar las nuevas bases de un modelo económico más ético, buscando equilibrios estables, que respeten la pluralidad de intereses”*. Así, explicó que la reforma ha buscado el doble objetivo de ofrecer una salida a la situación de insolvencia del deudor y conseguir la descongestión de los juzgados de lo mercantil, necesaria para posibilitar la reactivación de la actividad económica.

El Gabinete de Estudios de la Abogacía General contó este año con la decisiva colaboración del Equipo de Coordinación Concursal de la Abogacía del Estado, cuyos miembros (Juan Manuel Herrero de Egaña y Espinosa de los Monteros, Director del Servicio Jurídico de la AEAT y del Equipo, Luis Serrano de Toledo, Concepción Ordiz Fuertes, Vicente Bartual Ramón y Amparo López Senovilla) intervinieron activamente, no

sólo como ponentes o coordinadores, sino en el diseño del programa.

Como conferenciante, inauguró el Secretario de Estado de Economía, don Juan Carlos Campa, que explicó con gran claridad los desequilibrios económicos que han llevado a la crisis; los retos para el reajuste de los sectores productivos; y las fortalezas, no siempre aparentes, de la economía española, fundamentalmente su potencial humano y su capacidad exportadora.

Desde la doctrina mercantil, contamos con la Profesora doña Juana del Pulgar Ezquerro, Catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad Complutense de Madrid, y uno de los miembros de la Comisión General de Codificación que elaboró el anteproyecto de ley, que expuso las líneas fundamentales de una de las innovaciones más importantes de la reforma, cual es la incorporación al articulado y la regulación más completa de los acuerdos de refinanciación, que hasta ahora se regulaban en una disposición adicional. Su conferencia fue completada en la mesa posterior que, coordinada por Diego Loma-Osorio Lerena, Abogado del Estado en el Gabinete de Estudios, contó con don Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado Presidente de la Secc. 15ª de la Audiencia de Barcelona; doña Carmen Alonso Ledesma, Catedrática de Derecho Mercantil y Consejera del Banco de España, además de vocal permanente de la Comisión General de

Codificación, e Idoya Arteagabeitia González, Subdirectora de Asesoría Jurídica del ICO y Abogada del Estado.

En otra conferencia, don Jesús Quijano González, Diputado y Ponente en la Comisión de Justicia del Congreso, además de Catedrático de Derecho Mercantil, explicó las claves de la rápida tramitación parlamentaria de la reforma concursal.

En unas Jornadas de la Abogacía General, la perspectiva de las Administraciones públicas es muy relevante: Juan Manuel Herrero de Egaña expuso la situación de la Administración tributaria ante los concursos. En una mesa redonda sobre los acreedores públicos contamos con la colaboración de doña Mª Angeles Lozano Mostazo, Directora del Servicio Jurídico de la Administración de la Seguridad Social, para exponer la defensa de la Administración de la Seguridad Social ante el concurso; don Juan Pedro Serrano Arroyo, Secretario General del FOGASA, para hablar de los convenios y otras actuaciones del Fogasa en el procedimiento concursal, y Cristina Coto del Valle, Subdirectora General del Servicio Jurídico de la AEAT, para tratar de la importante reforma referida al IVA en los concursos.

El Derecho administrativo y concurso, en otra mesa redonda, contó con la generosa participación de don Mario Garcés Sanagustín, Consejero de Hacienda y



Administración Pública del Gobierno de Aragón e Interventor de Hacienda, que expuso los problemas que plantea la crisis a las AAPP desde la perspectiva del Derecho Presupuestario. Asimismo, resultó de gran interés la intervención de la Abogada del Estado Matilde García Duarte, Directora General de Deportes, que trató de la polémica cuestión de la especificidad del deporte en el concurso de acreedores: la reforma ha tratado de evitar que la situación de concurso suponga una situación de ventaja para, sobre todo, los clubes de fútbol, que eludían así el cumplimiento de obligaciones impuestas por la normativa deportiva. Cerraron la mesa los Abogados del Estado del Equipo de Coordinación concursal Luis Serrano de Toledo, con sus reflexiones de Derecho Administrativo Económico sobre concurso y segunda oportunidad, y Concepción Ordiz, tratando la espinosa cuestión de concurso y su incidencia en la contratación pública.

La importante cuestión de los problemas laborales en el concurso, sobre la que también incide la reforma, fue tratada por el Profesor don Fernando Valdés Dal Re, al que tuvimos el placer de dar la bienvenida no sólo como Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social sino como Director General que fue del Servicio Jurídico del Estado. Posteriormente, completaron su exposición el Magistrado del Tribunal Supremo y reputado autor don Aurelio Desdentado Bonete, tratando específicamente de la extinción del contrato

de trabajo en el concurso, y la Magistrada de lo Mercantil doña Nuria Orellana, con una docta ponencia sobre la regulación de empleo en el concurso.

Para un último tema de interés, la reforma que ha afectado a la administración concursal, contamos con representantes de la Judicatura, la Administración pública y los propios administradores concursales, en las personas de don Javier García Marrero, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid, que trató de algunas cuestiones problemáticas que plantea el estatuto de la Administración Concursal; don Mariano González Gonzalo, Inspector de Hacienda y Jefe del Equipo Nacional de Recaudación, que habló de la AEAT como administradora concursal desde su importante experiencia; y don Leopoldo Pons Albentosa, Presidente del REFOR, que expuso la perspectiva de la administración concursal profesional en la reforma.

La conferencia de clausura fue impartida por el Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, don Juan Antonio Xiol Ríos, que hizo un completísimo recorrido sobre la Jurisprudencia de la Sala 1ª del TS en materia concursal.

En sus conclusiones, el Ministro de Justicia, don Francisco Caamaño Domínguez, destacó que la renovada Ley concursal favorece una economía más dinámica, innovadora y competitiva, y afirmó que la reforma se orienta a

“eliminar el estigma del concurso, dar una segunda oportunidad a las empresas con problemas de solvencia, establecer mecanismos de alerta sobre la verdadera situación patrimonial para tramitar el procedimiento adecuado, ya sea tendente a la liquidación o para cerrar el convenio, y por último, mejorar la situación de los trabajadores ante la solicitud o declaración del concurso”. Recalcó también que otra línea que mueve la reforma es la *“agilización y reducción de costes del procedimiento”*, mediante la modificación del abreviado, y destacó el papel del administrador del concurso como *“un asistente cualificado del juez mercantil, que permite que el juez se centre en su función de garantista de derechos y libertades”*. Concluyó por fin que las innovaciones han ido en una triple dirección: conseguir una rebaja de los costes asociados al concurso, una mayor profesionalización y descongestión de trámites judiciales, señalando que *“con la reforma de la ley concursal hemos abierto nuevas posibilidades para asegurar la solvencia de proyectos empresariales viables y merecedores de confianza”*.

Clausuraron las Jornadas el Ministro, el Abogado General del Estado, y el Secretario General Técnico de Justicia, el también Abogado del Estado José Antonio Perales Gallego.

Si bien las intervenciones serán publicadas, pueden ya consultarse en la página web del Ministerio de Justicia. ■

Bienvenida de la Asociación a los nuevos compañeros

Durante el mes de diciembre de 2012, la Asociación, como es tradicional, ofreció una cena de bienvenida a los nuevos compañeros aprobados en la última oposición. Asistieron todos los recién aprobados y la práctica totalidad de los integrantes del Consejo Directivo. Se celebró en Pedro Larumbe, como otros años y resultó a plena satisfacción.

Nuestro Presidente destacó, en el discurso de bienvenida, la importancia de formar parte de nuestra Asociación, subrayando que somos de las pocas Asociaciones de funcionarios del Grupo A1 que agrupamos a todos los compañeros en cualquier situación administrativa, con un índice de afiliación que supera el 90% de los Abogados del Estado. Señaló las distintas funciones que la Asociación cumple para cada uno de los tres colectivos de compañeros (servicio activo y especiales, excedentes y jubilados) bajo la premisa básica de mantener y fomentar la unidad del Cuerpo y, por encima de todo, el compañerismo, que constituyen nuestras divisas como Hermandad.

Les exhortó no sólo a la afiliación a la Asociación, sino, además, a la participación activa en la misma, aportando sus ideas, criticándola constructivamente, trabajando en la tarea de construcción de nuestras ideas y pensamientos comunes.



“Nuestro Presidente destacó que somos de las pocas Asociaciones que agrupamos a todos los compañeros en cualquier situación administrativa”

Les encareció la necesidad de mantener el debido respeto a todos los compañeros, la firme asunción de la importante responsabilidad que desempeñan en su puesto de Abogados del Estado, la necesidad de atenderlo con plena dedicación y brillantez, como miembros de un Cuerpo más que centenario que hereda un gran prestigio, que tiene la obligación de mantenerlo e incrementarlo y dejarlo en legado para las generaciones futuras de Abogados del Estado. ■





En estos últimos meses...



LA NUEVA Abogada General del Estado ya se ha puesto en contacto con la Asociación, asistiendo a la reunión del Consejo Directivo del pasado mes de enero. El clima de la reunión fue cálido y expectante, por ambas partes...



FELICITACIONES a todos los compañeros que han sido recientemente nombrados para el desempeño de cargos de cierta responsabilidad en la Administración: Ministros, Secretarios de Estado, Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos, etc, etc. Desde estas páginas, enhorabuena y ánimo, porque no son tiempos fáciles para los gestores.



ÁNIMO a los que se quedan en la Abogacía del Estado, con muchos huecos que no van a ser llenados y con la misma –o más– carga de trabajo. Por lo menos ya se han incorporados los compañeros de la última promoción (¿última promoción durante mucho tiempo? ¡Esperemos que no!).



SE HA HECHO una emisión de sellos conmemorativa del 130 aniversario de la creación del Cuerpo de Abogados del Estado. ¡Qué mayores somos! Se prevé que la misma se presente en fechas cercanas a nuestro aniversario, el día 10 de marzo.



SE CELEBRÓ la Asamblea General de Fedeca de la que salió elegido Presidente el compañero Jorge Pipaón. Enhorabuena, y gracias a María Luisa Cano de Santayana por su brillante y entregada defensa de nuestros intereses como colectivo.



EL PRESIDENTE de la Asociación, previa deliberación del Consejo Directivo y a solicitud de un asociado, remite carta, no publicada, al diario El Mundo, poniendo de manifiesto que D. Antonio Gala nunca aprobó la oposición de acceso al Cuerpo de Abogados del Estado.

La Abogacía del Estado recibe la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort



El pasado 25 de noviembre el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, ha concedido en consejo de Ministros, seis Grandes Cruces de la Orden de San Raimundo de Peñafort a los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, Carrera Fiscal, Secretarios Judiciales y demás Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, Abogacía del Estado, Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil. Estas distinciones son otorgadas por *“la defensa de los derechos y libertades frente a la violencia terrorista y desde el reconocimiento a todas las víctimas que permanecerán por siempre en nuestra memoria”*. La Gran Cruz es la más alta condecoración de la Orden de San Raimundo de Peñafort, cuyos galardones están vinculados al mundo del Derecho. ■

Jornadas de Abogados del Estado-Jefes



Las Jornadas de Abogados del Estado-Jefes se celebraron los días 19, 20 y 21 de octubre de 2011 en el Parador de Turismo de Segovia, con la asistencia del Abogado General del Estado, los Subdirectores Generales de la Abogacía General del Estado, el Director del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado, el Consejero Técnico Jefe de los servicios de Informática, los Abogados del Estado-Jefes de las distintas Abogacías del Estado, excepto ausencias puntuales debidamente justificadas, los Subdirectores del Servicio Jurídico de la Abogacía General del Estado y otros miembros de la organización especialmente invitados para desarrollar determinadas ponencias. ■

La creación judicial del derecho y el precedente vinculante

Martín Orozco Muñoz / Aranzadi - Thomson Reuters

Cuando un juez resuelve un caso no se limita a aplicar una norma jurídica predeterminada por el ordenamiento como única solución de la litis, sino que es el propio juez quien seleccionando las diversas alternativas normativas que el ordenamiento le ofrece y eligiendo, de entre ellas, la que considera más pertinente para la solución del supuesto planteado, realiza, a través de un acto discrecional, la creación judicial del Derecho, esto es o más de la norma aplicada en la sentencia. La creación judicial del Derecho es causa principal de la inseguridad jurídica del justiciable: tanto por la imprevisibilidad de las resoluciones judiciales como por la eficacia retroactiva de los cambios de criterio.

La presente obra analiza la creación judicial del Derecho como fenómeno real y consustancial a todo sistema jurídico y afronta una defensa de la implantación de la vinculatoriedad plena de la jurisprudencia de los órganos de casación y del prospective overruling como instrumentos eficaces para limitar la creación judicial del Derecho y su negativa incidencia sobre la seguridad jurídica.

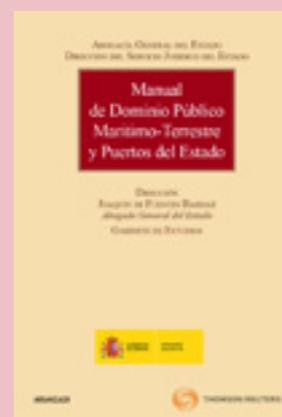


Manual de Dominio Público Marítimo-Terrestre y Puertos del Estado

Abogacía General del Estado

Dirección del Servicio Jurídico del Estado / Aranzadi - Thomson Reuters

Recientemente ha aparecido editada una nueva obra coordinada y escrita por compañeros. Esta última obra, Manual de Dominio Público Marítimo Terrestre y Puertos del Estado se enmarca en la serie de manuales jurídicos sobre cuestiones de relevancia pública publicados por la Abogacía General del Estado en colaboración con Thomson Reuters Aranzadi. El objetivo en esta ocasión es ofrecer al mundo editorial una obra que aborda, en profundidad y sin abandonar una eminente orientación práctica, las novedades jurisprudenciales y legislativas más relevantes, en una materia en la que la labor del Abogado del Estado está íntimamente imbricada, tanto en su función consultiva a lo largo de los distintos procedimientos administrativos como en su función procesal. Esta obra trata, en dos bloques diferenciados, las cuestiones más relevantes que atañen al dominio público marítimo terrestre y, en otro, el sistema de puertos estatales, a la luz de la reciente aparición del texto refundido.



REFLEXIÓN DE NOVIEMBRE

Nuestra compañera Bárbara Aranda de Valencia nos envía este texto, que a continuación reproducimos. Su autora es Dolores Montoya, y tiene la brillante iniciativa de compartir mensualmente una "reflexión" que publica en un tablón de expresión libre, donde cada cual se expresa con poesía, avisos, etc. Desde aquí enviamos nuestra enhorabuena a Dolores y le animamos a continuar con su inspiradora labor.



Cuando otro actúa de una manera que no resulta adecuada decimos que tiene mal carácter, pero cuando lo haces tú, son los nervios.

Cuando otro no quiere innovar y se apega a sus métodos o gustos es obstinado, pero cuando tú lo haces, entonces se trata de firmeza.

Cuando otro hace las cosas con calma es que va a paso de tortuga, pero cuando tú lo haces despacio es porque te gusta pensar muy bien antes de tomar decisiones.

Cuando otro encuentra defectos es un maniático, pero cuando lo haces tú es porque sabes discernir.

Cuando otro se expresa con modales delicados y suaves es débil, pero cuando tú los tienes eres cortés y amable.

Cuando otro dice una verdad que no gusta es cruel, pero cuando tú lo haces es porque quieres ser sincero aunque la verdad resulte dolorosa.

Cuando otro no cumple con su deber es un irresponsable, pero cuando tú no lo haces es porque realmente no puedes llegar a todo.

Cuando otro cumple con su deber es para acumular puntos, pero cuando tú haces lo que debes es porque te consideras una persona responsable.

Memorial de un miembro del Tribunal de Abogados del Estado

José Eugenio Soriano García | Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura

No está de moda la Memorialística. Y son tantos los profesores que participan frecuentemente en oposiciones y concursos que la reflexión de uno de ellos, como ésta que hago, podría considerarse un ejercicio entre extravagante y banal. Y no obstante, creo que asumiré esas críticas, ya que mi opinión es que, lejos de toda tosquedad, una especulación sobre lo que significan unas oposiciones en nuestros días, es tarea obligada para quien durante seis meses ha tenido que estar en el tribunal que las decidía. Y sería bueno que algunos otros colegas sacaran también conclusiones y reflexionaran sobre lo que supone en nuestros días un acceso a la función pública basado exclusivamente en el mérito y la capacidad y regido sólo por el principio de transparencia cuyo eje esencial, en pruebas como ésta, es la oralidad sobre un temario completo que es el que determina las pruebas y que no está al alcance del opositor manipular, como sucede en tantas y tantas pruebas hoy día en otras “oposiciones”.

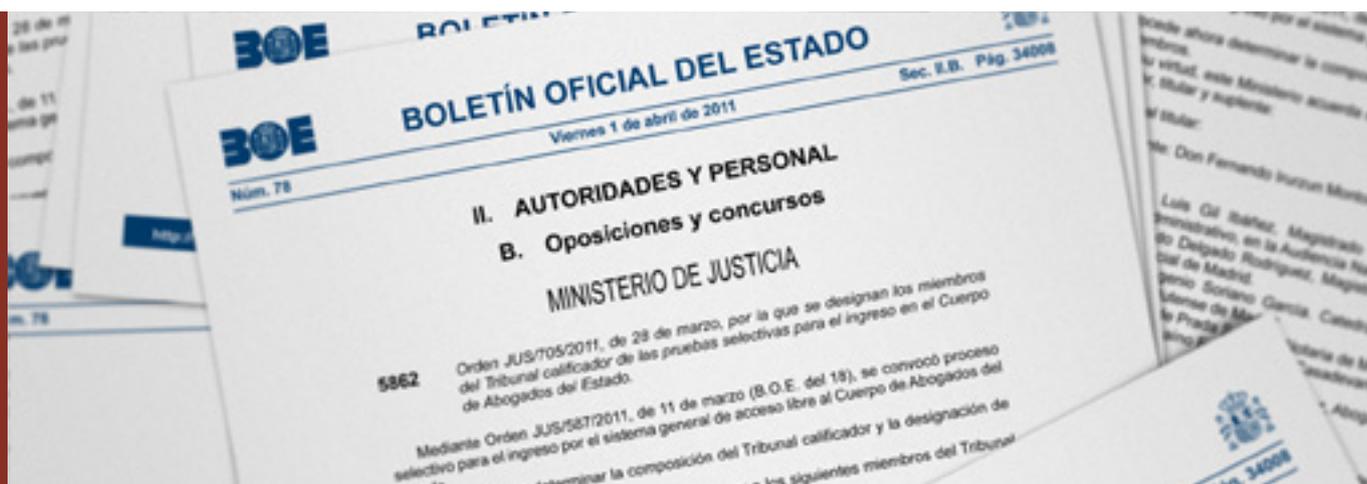
Las líneas que siguen a continuación se basan en una oposición concreta, Abogados del Estado. Lo cual obligará a centrarse en esta selección, si bien aprovecharé tanto para indicar algunas ideas que he tenido ocasión de meditar durante un semestre, así como proyectar también otras que se refieren con alguna mayor generalidad, a otros aspectos concretos sobre ámbitos materiales de los cuerpos del Estado, que ya adelante, tendrían que quedar muy mejorados.

Dejo ya establecida la opinión de que la oralidad, con la que se desarrollan los

dos enormes primeros ejercicios, es el fundamento de la transparencia. El opositor tiene que exponer los temas sin otro apoyo que su propia capacidad y preparación. Y hacerlo de manera franca, directa y fiscalizable, ante el propio Tribunal de Oposiciones y con público que puede asistir y de hecho asiste, para así comprobar que efectivamente se cumplen todas las condiciones por las que un opositor ha relatado y construido perfectamente el ejercicio que le ha tocado en suerte exponer. Suerte que también supone una muestra añadida de la transparencia, ya que su exposición se basa en el *alea* de un temario que se ha de conocer perfectamente con carácter previo. *Alea* sí, desde luego, pero *alea* controlada, fiscalizada, dado que todos y cada uno de los temas que componen el programa tiene un tipo de exposición perfectamente programado, en la que no existe ni por asomo, preferencia previa o prejuicio favorable sobre un tema u otro por parte del Tribunal. En definitiva, se le pide al opositor que exponga una serie de temas, todos de igual valor, demostrativos de su dominio sobre la asignatura correspondiente a la parte del programa que expone.

La oralidad, tengo que insistir, es fundamental, y acompañada de la igualdad –puesto que cada vez que expone un opositor, los temas que ha expuesto vuelven a entrar en el bombo de forma que todo opositor cuenta siempre con las mismas posibilidades– configuran un ejercicio absolutamente igualitario entre todos los concurrentes a la oposición. No hay forma de tener preferencia alguna así sobre un opositor u otro, y, me apresuro a indi-

car que no existe ningún tipo de conocimiento previo del opositor por parte del tribunal, ya que el hecho de exponer durante una hora larga un ejercicio no permite la menor cercanía entre el opositor y el Tribunal. De hecho, aún superados los ejercicios, no resulta fácil recordar el nombre y aún las características del opositor, dado que son bastantes los que exponen sus ejercicios. Hay pues transparencia unida a distancia, lo que configura una situación de excelencia en lo que a la independencia hace, y así, desde luego, no caben ningún tipo de preferencias. Lo cual unido a la clara y severa discusión entre siete miembros tras la realización de cada ejercicio por cada opositor, permite un juicio lo más equitativo posible. Y, no obstante, “*Errare humanum est!*” (Marco Tulio Cicerón. Filípicas, 12, 5): puede ocurrir que siete hombres (naturalmente en genérico, dado que el número de Vocales femeninos es superior inclusive) justos, se equivoquen alguna vez. Yo personalmente confío en no haberlo hecho, pero sería soberbia fútil pretender que siempre he acertado. Y admito que alguna vez puede que, en el límite, la decisión pueda no ser la más acertada siempre, ya que en debates arduos y largos, son tantos y tantos los matices que quizás alguien que fuera omnipotente y tuviera toda la información posible y una infinita capacidad de acierto, mejorara esa decisión. Pero ni en los Tribunales de Justicia, permitan el exceso, se debate, delibera y adopta su decisión con mayor voluntad de conseguir una decisión justa. Puede siempre mejorarse el *decision making process* y fórmulas habrá para conseguirlo, pero mi experiencia es que en general existen posibilidades altas de



adoptar una decisión equitativa. Puede que en algún caso no siempre se acierte, pero el grueso de las decisiones, creo, se adopta con honradez extrema lo que determina que, siempre dentro de lo humano y en un arte tan difícil como es juzgar a los demás, se busque la solución más justa y adecuada a cada caso y, por inducción, a la generalidad de todos ellos.

Comenzaré por indicar que mi impresión, mi juicio en realidad, está influido por la excelente forma en que se desarrolló la oposición, debido en amplia medida al buen hacer de su Presidente, Fernando Irurzun, quien con solvencia, prudencia y con excelente criterio siempre supo atender a todas las circunstancias que constantemente se van presentando, además de manejar con sabiduría los egos de los siete miembros (multiplicados por dos en algunos casos, como explicaré) que constituíamos el Tribunal. Ha sido todo un ejemplo, y demuestra lo importante que siempre resulta en todas las organizaciones, incluso en una tan pequeña como un Tribunal de oposiciones, un líder que tenga mano izquierda (y también mano derecha), conocimiento de la dinámica de grupos y sensatez en el manejo de los asuntos humanos. Claro está que en eso influye mucho el azar porque no siempre se va a disponer de personajes de alta calidad, ya que los conocimientos por buenos que sean no suponen liderazgo, como tampoco añaden otras calidades que las técnicas. Lo cual, me lleva a pensar que tiene que meditar mucho cualquier dirigente a la hora de designar la persona, dentro del círculo de posibles elegibles, que se haga cargo de una carga semejante.

Porque no quepa la menor duda de que estar durante varios meses, tres tardes completas por semana dedicado a esta tarea, es, sin más, una carga y bastante fuerte. Carga que el Estado no quiere compensar, ya que las dietas que abona son, sin más, ridículas, y muestran el poco aprecio por la cosa pública que el propio Estado tiene. Esto debería arreglarse, decididamente, y bien que lo digo no pensando ya en mí, que ya he contribuido en esta ocasión y que considero ampliamente cumplido mi deber para con el Estado en lo que hace a la selección de alto personal. El Estado tiene que tomarse en serio esta dedicación, no puede seguir siendo tan cicatero que llegue a la pura pobreza y debe adoptar una decisión de tipo profesional al respecto.

Aprovecho para indicar, tal como anunciaba al principio, que, pronunciándome sobre otros temas, también debería el Estado ocuparse de los edificios que han de tener, en este caso, los Abogados del Estado, ya que parece mentira que desde la Ley Camacho, allá por los años ochenta del siglo XIX, carezcan de un sitio estable y bien reconocible; lo cual es perfectamente posible y que en otros países se ha conseguido, por ejemplo, si miramos la sede de los grandes cuerpos en Francia o Italia. Hay que ponerse con toda seriedad a la búsqueda de una sede suficiente y relevante, ya que la función lo merece y los servicios prestados al Estado lo demuestran. A veces la Dirección General de Patrimonio se ha planteado inclusive vender edificios del Estado. Pues bien, creo mejor que busque en serio, totalmente en serio, una serie, digamos definitiva, que tenga el orna-

to suficiente para residenciar el Servicio Jurídico del Estado, concentrando la mayor parte de los efectivos y que sea motivo de orgullo como sede de importancia de una Institución del Estado. No puede ser que la Fiscalía cuente con tres palacios y la Abogacía del Estado tenga una sede itinerante y bastante pequeña.

Y aprovecho asimismo para dar mi opinión, aún no solicitada, sobre la configuración organizativa de la Abogacía General. A mi juicio, si continúa la actual estructura de Subsecretaría, tendría que adscribirse a Presidencia del Gobierno, ya que cobra todo sentido que el asesoramiento se dé por el máximo nivel de la Abogacía al máximo nivel de la Política. Superada ya la adscripción de quienes fueron en origen Letrados de la Hacienda Pública, lo que determinó su vinculación con el Ministerio ubicado en la Real Casa de la Aduana, su traspaso al Ministerio de Justicia fue una equivocación con toda probabilidad. Ciertamente que el Ministerio de Justicia, desde que aparecen los numerosos titulares del Consejo General del Poder Judicial, queda un tanto desleído, casi licuado. Y con ello, se aferra a la Abogacía General como clavo a la pared, considerando que la pérdida de tal Centro Directivo, equivaldría a su deshecho. Pero esa es la forma de pensar más reaccionaria, creo. No se desmorona el Ministerio de Justicia por prescindir de un Centro que históricamente no estuvo allí y que resulta más que dudoso que preste sus servicios correctamente en tal ubicación organizativa, enviando a Presidencia del Gobierno, simplemente, algunos efectivos. El Ministerio de Justicia, tendría un papel inmenso tanto

si se concentrara en su rol de generador de Leyes (en sentido preciso), como si fuera capaz de embridar, previo cambio legislativo, al Consejo General del Poder Judicial, probablemente el órgano más desacreditado de la organización pública tal como está ahora configurado normativamente (a salvo siempre las personas que lo componen). Ése es, ahora y por bastante tiempo, el gran desafío del Ministerio de Justicia: convertirse en la clave de la regeneración institucional que tanto y tanto demanda la sociedad y que tan necesaria resulta si de verdad queremos superar la crisis general en que se encuentra nuestro país. Abordar reformas como la propuesta, o la del Tribunal Constitucional –inclusive si necesario fuera con reforma de la Constitución– son desafíos formidables a los que habría que dar respuesta enérgica desde el Ministerio de Justicia, lo cual, ya de por sí, consume una inmensa e intensa cantidad de tiempo. Por ello, admitir que la Abogacía General del Estado pase a tener otra configuración, no restaría un ápice de importancia política al Ministerio de Justicia, si de verdad, y no solamente, se tomara en serio su papel de generador del cambio institucional y no se entretuviera en los temas de gestión de puros asuntos, que en definitiva es lo que tiene que hacer la Abogacía General del Estado.

Con ello, llego a la conclusión, inevitable, de que, pese a las reticencias políticas y la crisis económica, debería recuperarse el diseño, en fase *dormant*, que yace en los cajones del Ministerio y permitir, justo ahora con el cambio de diseño gubernamental, que se diera el paso definitivo de crear una “Agencia”. No corren buenos tiempos para las Agencias, ciertamente. Y no solo por causa de la crisis económica, sino por la utilización partidista que se ha hecho de ellas, especialmente en los muy últimos tiempos. No obstante, no hay regla sin excepción, y así como razones institucionales y económicas pueden recomendar austeridad, traducible incluso en la supresión de algunas de ellas, es-timo más que suficiente que es hora ya de reconocer a la Abogacía del Estado, por los servicios prestados desde 1881 en que el Ministro de la Unión Liberal Juan Francisco Camacho de Alcorta, dentro de su notable aportación a la Hacienda Pública, creara el cuerpo, –que tenía antecedentes en los Letrados de lo

Hoy en día, cuando está de moda limitar el número de funcionarios como consecuencia de la crisis económica, sería más necesario que nunca contar con la independencia funcional que solamente garantiza, desde luego, la autonomía organizativa

Contencioso creados por Bravo Murillo en 1849– y que cinco años después en 1885 ya desplazan al Promotor Fiscal y se encargan también de los asuntos contenciosos, lo que desde entonces desempeñan continuamente. Y parte de ese reconocimiento, que el Estado en sí mismo tanto necesita, consiste en proteger la organización en la que desenvuelven sus trabajos. Y una Agencia, permitiría superar el rígido corsé de Función Pública, que tantas rigideces está imponiendo en la organización a este Centro Directivo. Hoy en día, cuando está de moda limitar el número de funcionarios como consecuencia de la crisis económica, sería más necesario que nunca contar con la independencia funcional que solamente garantiza, desde luego, la autonomía organizativa. Y eso, en nuestros días, se llama Agencia. Si el Estado quiere disponer de un buen asesoramiento en Derecho, tiene que ir por este camino y no continuar pesadamente transitando la ya conocida vía de la organización tradicional.

Volvamos, no obstante, de nuevo al hilo principal de este artículo.

Cuestión importante, considero, es que quienes formen parte del Tribunal como titulares, ocupen su puesto sin vacilaciones la mayor parte del tiempo. Ciertamente es que al ser tan escasa, casi lesiva, la dieta que se abona, cualquier profesional



que esté formando parte de un tribunal de oposiciones encontrará muchas ocasiones para justificar su ausencia. Y también es cierto que el voluntarismo y la pura moral, tienen sus límites. Pero no obstante, es fundamental mantener la unidad de criterio y esto solo se consigue si el miembro titular, haciendo un fuerte sacrificio, desde luego, atiende personalmente durante todo el tiempo sus obligaciones como miembro titular, evitando que el suplente le sustituya. Y desde luego esto resulta ya imprescindible en el caso de los ejercicios prácticos, que previamente se leen, puesto que no se puede juzgar sin haber escuchado atentamente el caso práctico; como es sabido éstos se leen primero por el opositor y luego se juzgan todos al final, razón por la cual, solamente quienes hayan estado formando parte continuamente y sin interrupciones de la lectura del caso práctico, estará en condiciones de juzgarlo con conocimiento de causa al final, y poder además comparar a unos opositores con otros. En el caso de los Abogados del Estado, sabiamente, esto se lleva a rajatabla y muestran el camino a seguir; pero me consta que no es así en otras oposiciones, lo cual llevaría en su caso inclusive a la anulación del ejercicio en un caso de nulidad de pleno derecho.

En definitiva, hay que dar un cierto toque profesional y de reconocimiento a la



Hay que dar un cierto toque profesional y de reconocimiento a la labor del miembro del Tribunal de oposiciones, lo cual, supone en mi criterio, dedicarse durante una temporada de forma absoluta los cinco días de la semana y por completo en la jornada correspondiente

labor del miembro del Tribunal de oposiciones, lo cual, supone en mi criterio, dedicarse durante una temporada de forma absoluta los cinco días de la semana y por completo en la jornada correspondiente. Naturalmente, atendiendo como es debido a esa dedicación en el ámbito material y presupuestario.

Cuestión fundamental es el del número de plazas a cubrir. Aquí, en nuestro país, ciertamente la planificación de los recursos humanos en el ámbito público es y ha sido inexistente. Es un puro tira y afloja entre Función Pública, el Centro Directivo correspondiente y el Ministerio de Economía. Lo cual sorprende, porque en otras Administraciones, la Universitaria por ejemplo, en un solo día de BOE se publican más plazas de profesores que Abogados del Estado, Letrados del Consejo de Estado e Inspectores de Hacienda juntos. Hágase la prueba y se comprobará y desde luego si vamos a cualquier semana, por ejemplo ésta del lunes 28 de noviembre al domingo 4 de diciembre, se verá que el número de profesores universitarios incorporados a las Universidades multiplica por varios dígitos al de las tres oposiciones juntas citadas. Con lo cual, además de llegar a la conclusión (que algún día se verá, supongo, si se cumplen con la mentalidad de los convocantes de plazas universitarias) de que en nuestro país cada dos metros

habrá algún Premio Nobel de cualquier cosa, también se extrae otra conclusión más modesta que es la siguiente: no existe el menor inconveniente presupuestario para multiplicar por dos o por tres el número de plazas en cuerpos como los citados. Y no existe ese problema ya que las Universidades Públicas viven también de los Presupuestos, no de las tasas universitarias, por lo que no se sabe por qué arte extraño no habrían de poder atenderse a las necesidades mucho menores de cubrir tales puestos en estos cuerpos del Estado.

La cuestión, en mi opinión, parte por hacer un análisis de necesidades de plazas en función de las necesidades también de las Administraciones. No cabe sin más convocar por razón de forcejeos entre unos centros y otros. Tiene que existir racionalidad en la convocatoria de forma tal que la cobertura de plazas responda a las exigencias de la función pública y del servicio público. Y para hacerlo, un mínimo de análisis técnico y económico, con examen de los parámetros correspondientes (por ejemplo, en este caso, comprobando el número de litigios—entre otras muchas variables— con el número de funcionarios y ver cómo realmente se puede llegar a hacer viable que respondan a todas las demandas con la calidad que tienen y no tener que hacerlo con inevitables prisas dado el número de

asuntos que pesa sobre cada uno de ellos. Y así con otros múltiples parámetros, todos los cuales, al final, ofrecerán un polinomio fiable del número de plazas que se necesitan, y de la frecuencia con que hayan de ser convocadas). Y luego, además programar las sucesivas convocatorias mediante una declaración clara en forma de resolución que indique que durante los siguientes años se pretende convocar las siguientes plazas, con el consiguiente aumento de la demanda de opositores al fijar así la oferta. El Estado, de una vez por todas, puede, sin violación del principio de anualidad presupuestaria, hacer una declaración que genere legítima confianza y que despeje las necesidades públicas reales. El principio de realidad, es absolutamente imprescindible de aplicar en la política de nuestros tiempos. Hay que hacer realismo político. Y eso parte de conocer con exactitud las necesidades que efectivamente se tienen y su proyección inmediata. Así, si con esos parámetros —y los que fueran necesario añadir— se sabe con bastante exactitud cuáles son las necesidades que tiene el Estado, en este caso de asesoramiento jurídico, se podría programar y así establecer un curso fluido y no a saltos y sobresaltos, de lo que se puede demandar de la sociedad y lo que ésta está dispuesta a ofrecer también. Porque se trata de eso, de conseguir que el Estado haga una oferta en más largo plazo y con compromisos asumibles, que luego, efectivamente, habrá que concretar, pero que ya permiten racionalizar las ofertas concretas. Y en ello, una vez más, lograr una Agencia es el camino imprescindible para conseguirlo.

En esta línea de proponer algunas mejoras, creo que es de interés repensar el actual programa de oposiciones. Consecuencia de las directrices establecidas en las ofertas públicas de empleo, existe la tendencia, auténtica manía, a bajar el número de temas, como si con ello se facilitara el acceso. No tiene sentido, en mi opinión. Muchos temas son hoy una amalgama de lo que eran ayer, ofreciendo un resultado abigarrado, un cúmulo de cuestiones a decir en un solo tema que, francamente, hace imposible su exposición clara, su manifestación diáfana. Con lo cual crean un problema doble, pues suponen tanto para el opositor como para el tribunal una tortura saber si efectivamente se ha respondido

correctamente. Sin paradoja alguna, muchos temas tienen que ampliarse, porque mientras más tiempo tenga el opositor de ofrecer su visión y relatar una descripción seria del tema que le ha correspondido desarrollar, más y mejor resultará todo. Porque ganará el opositor, ganará el Tribunal y ganará el Estado, que así tendrá seguridad de que se conoce bien el temario y con ello el Derecho aplicable. Porque no quepa la menor duda de que, como la propia sociedad conoce y reconoce y yo personalmente estoy en condiciones, digamos notariales, de afirmar, quien conoce el temario de estas oposiciones, conoce bien el Derecho aplicable. Otra cosa distinta es que tengan que *aggiornarse*, ponerse al día, formarse, lo cual debería ser otro requisito ulterior, sobre el que ahora no nos pronunciamos más pero que dejamos apuntado.

En Abogados del Estado, la oposición consta de dos ejercicios teóricos –uno de derecho privado y otro de derecho público, dicho sea genéricamente– un ejercicio de idiomas y dos ejercicios prácticos.

En mi opinión, habría que suprimir los prácticos y por el contrario aumentar los teóricos, naturalmente, me apresuro a indicar, colocando al funcionario recién aprobado como funcionario en prácticas por un tiempo prudencial para que ahí aprenda la práctica.

Como ejercicio teórico, propongo añadir uno sobre derecho europeo y derecho internacional. No puede ser que se limite a unos cuantos temas encajados más o menos en otras partes del programa. El derecho europeo, antiguo derecho comunitario, merece que se estudie con absoluta profundidad y eso exige todo un temario aparte. Más de la mitad –y me quedo corto– del derecho que se aprueba en el Parlamento es derecho comunitario. De ahí la necesidad de su estudio intenso y extenso. Y también, en medida no desdeñable, añadir derecho internacional, pero hacerlo de verdad. Hoy son cientos de tratados los que tiene firmado el Reino de España, estamos en un mundo global con un derecho cada vez más global, el apoyo jurídico no puede quedar

La oposición consta de dos ejercicios teóricos –uno de derecho privado y otro de derecho público, dicho sea genéricamente– un ejercicio de idiomas y dos ejercicios prácticos

encerrado en un auxilio meramente diplomático, sino que hay que dar algunos pasos más, especialmente cuando existan temas de responsabilidad jurídica –y no meramente diplomática– y ligados a asuntos que se acaben ventilando ante Tribunales y Cortes de todo tipo; además hay que hacer un seguimiento jurídico de los asuntos y de los temas, saber a quien se contrata como bufete de referencia en el exterior, etc. En definitiva, en el ámbito internacional, se necesita ya disponer de puros Abogados, del Estado en este caso.

Tengo criterio propio sobre los denominados casos prácticos. En mi opinión, quienes han superado ya los ejercicios teóricos, bien merecen una confianza casi definitiva. No tiene sentido que tras ese enorme despliegue de conocimientos, luego, en un momento determinado, no se vea un punto concreto, por ejemplo una legitimación, una caducidad, una prescripción, o simplemente un erróneo cálculo de cuál es la norma aplicable. Estos ejercicios, realizados en diez horas, no pueden suponer, a mi juicio, otra cosa que una lucha contra el azar. Porque los ejercicios teóricos tienen un azar limitado ya que son combinaciones, variaciones sobre un programa cerrado, de forma que un opositor que conozca todos los temas podrá defenderlos en gran medida. Pero un ejercicio práctico, no. El azar es infinito. Y la experiencia demuestra –y son datos públicos que pueden comprobarse– que un opositor hace magníficamente un ejercicio práctico (en este caso el 4º) y lo hace mal, incluso muy mal, en otro ejercicio práctico (el 5º). Y al revés también. De forma que tengo para mí que se trata simplemente de “ver” el caso un día y no hacerlo en el siguiente. Y eso sucede simplemente porque aquí hablamos de experiencia práctica. Porque es experiencia universal que cualquier Licenciado en Derecho, comienza los primeros pasos con algunas equivocaciones que luego rápidamente la experiencia corrige. Y eso exactamente sucede aquí también. Esto es, que si un opositor que ha logrado ya superar los ejercicios prácticos se le encomienda como funcionario en prácticas que comience a trabajar como adjunto a un Abogado del Estado, podrá tener y cometer algunos errores al principio, pero los corregirá rápidamente y ya



desde la plataforma de sus conocimientos teóricos logrará y alcanzará el nivel que se le supone con enorme facilidad y fiabilidad.

Me atrevo a hacer la siguiente “prueba del nueve”: si los ejercicios prácticos se colocaran, los dos, al principio de la oposición y fueran “ciegos”, esto es, de lectura puramente anónima, veríamos que el resultado de la oposición inevitablemente variaría. Siendo rigurosos, podría hasta ocurrir que, dependiendo de la exigencia de acierto (en algunos puntos sí que hay que acertar y dar la única respuesta posible, aunque en la inmensa mayor parte del resto de los aspectos de un ejercicio haya, como siempre sucede en Derecho, una multiplicidad de opiniones válidas y presentables), ningún opositor llegara a aprobar. Y en todo caso, simplemente, también quienes hayan tenido mayor experiencia práctica previa, tendrían sin duda alguna, mayores oportunidades en principio.

Con esto quiero probar que los ejercicios prácticos llevan a una amplísima discrecionalidad que en realidad se resolvería bien si el opositor aprobado en los tres ejercicios que propongo estuviera a continuación algún tiempo como adjunto a un Abogado del Estado. Tiempo éste que debería ser suficiente para valorar si en efecto en algún caso no tiene suficiente raciocinio para llevar adelante una Abogacía del Estado, lo cual, creo, se dará en muy escasas ocasiones.

Finalmente, y también en aspectos de puro detalle, no tiene sentido que la protección a los minusválidos se traduzca en que siempre y en todo caso la plaza reservada no acrezca al sistema general. Porque si ni siquiera firma quien pudiera ser beneficiario de tal reserva, o si no se presenta, no puede ser que el Estado se quede sin un efectivo, que puede ser tan necesario para atender con solvencia superior a las exigencias que le demande al Estado la realidad cotidiana. Generar más albur sobre el número de efectivos es un despropósito. El apoyo, imprescindible, a quienes lo necesitan debe ser coherente y racional, esto es, al menos que se dé, efectivamente, a quienes lo necesitan, pero si éstos deciden que no van siquiera a firmar la oposición o deciden no presentarse a la misma, eliminar esa



Los ejercicios teóricos son combinaciones, variaciones sobre un programa cerrado, un opositor que conozca todos los temas podrá defenderlos en gran medida. Un ejercicio práctico, no

plaza es un solemne contradicción con las verdaderas intenciones de la reserva.

En fin, estas notas constituyen una pequeña aportación que hago desde mi condición de profesor, ya que si de algo sirve —que no sé bien siquiera si sirve— la profesión que tengo, es para observar la realidad, no quedarse quieto ante ella y procurar mejorarla. Y hacerlo, aún a riesgo de equivocarme, si es que me equivoco, ya que el “derecho a equivocarse”, es el que mueve el mundo de las ideas. Y si abre un debate, aunque sea interno, esta discreta contribución habrá conseguido su cometido.

P.D. Redactado ya este artículo, aparecen como normas, anunciadas en el

Consejo de Ministros del viernes día 30 de diciembre de 2011, la congelación de plantillas. No se distingue entre lo que se necesita incluso como pura inversión y no como gasto a sumar al déficit sin más, y lo que son puros costos evitables por falta completa de justificación.

En el fondo lo que falta es un examen en profundidad de lo que tiene que programar la Administración como recurso imprescindible inclusive para funcionar. Un ejemplo muy a cuento, sería el de la necesidad de Jueces, del que los miembros de la Abogacía del Estado no dejan de constituir, como en otros cuerpos también, un adlátere. Está en juego la seguridad jurídica y no tiene el menor sentido que la Administración continúe al albur, al simple tira y afloja, sin saber resueltamente qué es lo que necesita, con qué método calcularlo y como conseguir sus objetivos dentro de una programación temporal que aúne calidad y respuesta a las necesidades. Hay que cambiar este estado de cosas y la improvisación permanente, inclusive la que ahora se da para realizar un alto en las convocatorias, es simplemente, continuar jugando al azar y sin una verdadera Administración racional. Programación, planificación y cálculo con método adecuado son las verdaderas respuestas, que todos, inclusive los mercados, agradecerán. ■

Los HERMANOS MARX UNA NOCHE EN LA ÓPERA



Comentario de la película “Una Noche en la Ópera”

EL CINE EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA (VII)

Ignacio del Cuvillo Contreras | Abogado del Estado

El objeto del comentario va a ser esta vez una parte de *Una Noche en la Ópera*, una película de humor, sencilla en apariencia, pero bastante complicada si se tiene en cuenta que está protagonizada por esos genios de la comedia, por esos grandes payasos, que actuaron con el nombre de Los Hermanos Marx, contemporáneos del maestro Chaplin, de Laurel y Hardy, de Abbot y Costello y tantos otros que fueron fruto de una época muy difícil de la historia moderna: los años 30. No voy a comentar la película entera. Prescindiré, con lágrimas de risa en los ojos de la inimitable escena del camarote, bien asimilada en el lenguaje cotidiano (había más gente que en el camarote de los hermanos Marx) y me voy a centrar en la parte conocida como la clásica escena del contrato.

“Uno de los mejores métodos para criticar los defectos y vicios personales y sociales ha sido siempre la sátira”

Los principales guionistas fueron George S. Kaufmann y Morrei Ryskin, especialistas en comedias del más refinado humor, como *Vive como quieras* y *Al servicio de las damas*, amén de algunas de las mejores de los Marx, producidas por la Paramount. Kaufman aprendió a trabajar con los hermanos, pródigos en cambiar los diálogos para introducir sus propios trucos. Se dice que una vez Kaufman

dijo a Ryskin en un ensayo: “Acabo de oír una línea de nuestro guión...”.

La escena debe analizarse sin caer en el hechizo de las palabras que salen a borbotones de los labios de sus dos protagonistas, Otis Driftwood y Fiorello, interpretados por Groucho y Chico Marx. Hay que llegar al fondo, a la verdadera intención de los guionistas y los actores que era hacer una severa crítica de los abogados norteamericanos, cuyo lenguaje profesional resultaba incomprensible y absurdo para sus clientes.

Uno de los mejores métodos para criticar los defectos y vicios personales y sociales ha sido siempre la sátira. La usaron, entre otros muchos, en la literatura Aristófanes, Marcial, el Arcipreste

de Hita, Cervantes, Quevedo, Rabelais, Voltaire, Mark Twain, Orwell, Jardiel y Darío Fo, y en el cine Chaplin y los Monty Python. No olvidemos la crítica de revistas como *La Codorniz* y *El Hermano Lobo*, *Le Canard Enchaîné* o *Private Eye*.

Creedme si os digo que la escena es una lección de técnica de negociación, de cómo debe ser y no ser un contrato y que es aplicable en todos los tiempos y en todas las jurisdicciones.

Antes de reproducir el diálogo y de revisarlo, es imprescindible resumir el argumento. La señora Claypool (Margaret Dumont) contrata los servicios de Otis Driftwood (Groucho Marx) para introducirla en sociedad. Otis consigue una cita con el director de la Compañía de Opera de Nueva York, Herman Gottlieb (Siegfried Rumann), quien va tras la fortuna de la señora Claypool, como Otis pero de manera más respetable, y la había convencido para pagar 1.000 dólares diarios a un famoso tenor, Rodolfo Lasparri (Walter Wolf), por cantar en Nueva York. Otis, viendo provecho en el trato, decide anticiparse en comprometer a Lasparri. En estas, se topa con Fiorello (Chico Marx) que representa a su propio tenor, el desconocido Riccardo Baroni (Allan Jones), y empieza la diversión...

Otis: *Acabo de acordarme de que he venido buscando a alguien. ¿Sabe usted quien es?*

Fiorello: *Tiene gracia, se me acaba de ocurrir.*

Otis: *Lo sé, lo sé. Busco al mejor tenor del mundo.*

Fiorello: *¿Cómo dice? Pero si soy su representante.*

Otis: *¿De quién?*

Fiorello: *Del mejor tenor del mundo.*

Otis: *¿El tipo que canta en la opera de esta ciudad?*

Fiorello: *Claro.*

Otis: *¿Cómo se llama?*

Fiorello: *¡Qué importa! No puedo pronunciar bien su nombre. ¿Para qué lo quiere usted?*

Otis: *Quiero contratarlo para la Opera de Nueva York. ¿No sabe usted que toda América está ansiosa por oírle cantar? ¿Puede venir mañana?*

Fiorello: *Si usted le paga lo suficiente, podría venir ayer. ¿Cuánto le va a pagar?*

Otis: *No sé. Veamos... mil dólares por noche... y como tengo derecho a un pequeño porcentaje... le pago diez dólares.*

Fiorello: *Diez dólares... (se ríe) conforme.*

Otis: *Pero recuerde que además me llevo un 10% por la negociación.*

Fiorello: *Sí, y yo otro 10% por ser su representante. ¿Cuánto le queda?*

Otis: *Le quedan ocho dólares.*

Fiorello: *¿Ocho dólares? ¡Si le tiene que mandar a su madre cinco por semana!*

Otis: *Pues le quedan tres.*

Fiorello: *¿Se puede vivir en Nueva York con tres dólares?*

Fiorello: *De acuerdo.*

Otis: *Muy bien (saca unos documentos y entrega uno a Fiorello.) Aquí están los contratos. Ponga su nombre al principio y firme al final.*

Fiorello: (mira los papeles por arriba y por abajo) *¿Qué dice?*

Otis: *Léalo.*

Fiorello: *Léalo usted.*

Otis: *Se lo leeré. ¿Me oye?*

Fiorello: *No he oído nada. ¿Ha dicho usted algo?*

Otis: *No he dicho nada que valga la pena oír.*

Fiorello: *Por eso no he oído nada.*

Otis: *Pues por eso no he dicho nada.*



La escena del contrato es una lección de técnica de negociación

Otis: *Como un príncipe. Desde luego no podrá comer pero podrá vivir como un príncipe. Sin embargo, sobre esos tres dólares tendrá que pagar el impuesto sobre la renta, y además un impuesto federal, un impuesto estatal, un impuesto municipal y una tasa de basuras.*

Fiorello: *¿A cuánto sale todo eso?*

Otis: *Imagínese, si no canta muy a menudo puede no perder nada.*

Fiorello: *¿Sabe usted leer?*

Otis: *Sé leer pero no veo. No lo puedo enfocar bien (acerca y aleja el documento de su cara). Ah, ya lo veo. Preste especial atención a la primera cláusula porque es muy importante. Dice que (habla con rapidez)... “la parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte.” Está muy claro, ¿verdad?*

Fiorello: *No, no está bien.*

Otis: *¿Qué le pasa?*

Fiorello: *No sé, repítala.*

Otis: *Dice que “la parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte.”*

Fiorello: *Ahora me suena mejor.*



“La parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte”

Otis: *Porque ya la va usted cogiendo. ¿Le gustaría oírla otra vez?*

Fiorello: *Solo la primera parte.*

Otis: *¿Quiere usted decir la parte contratante de la primera parte?*

Fiorello: *No, solo la parte de la parte contratante de la primera parte.*

Otis: *Muy bien, dice que... “la parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte y la parte contratante de la primera parte será considerada en este contrato...” Mire, por qué vamos a discutir por una cosa como esta. La quitamos, ¿vale?* (corta parte del documento).

Fiorello: *De todas formas era demasiado largo (se ríe). ¿Qué nos queda?*

Otis: *Nos queda como medio metro. Ahora viene esto: “la parte contratante de la segunda parte será considerada como la parte contratante de la segunda parte”.*

Fiorello: *No lo entiendo.*

Otis: *¿Pero qué pasa ahora?*

Fiorello: *No me gusta tampoco la segunda parte.*

Otis: *Se habrá quedado usted en la primera parte.*

Fiorello: *Mire, ¿por qué la primera parte de la segunda parte contratante no puede ser la segunda parte de la primera parte? Así llegaríamos a algo.*

Otis: *En lugar de volver a eso, ¿qué le parece si...?* (corta otro trozo).

Fiorello: *Bien.*

Otis: *Ahora viene algo que seguro le va a gustar. Se va a volver loco.*

Fiorello: *No, no me gusta.*

Otis: *¿Qué es lo que no le gusta?*

Fiorello: *Sea lo que sea no me gusta.*

Otis: *Está bien, no rompamos nuestra vieja amistad por una cosa como esa. ¿Listo?*

Fiorello: *Sí (corta un trozo más). La parte siguiente no creo que le guste a usted.*

Otis: *Su palabra me basta. ¿Le basta a usted la mía?*

Fiorello: *Debería decir que no.*

Otis: *Bien, suprimimos dos cláusulas más (las corta). Después viene la parte contratante de la octava parte...*

Fiorello: *No, no (sigue cortando).*

Otis: *¿No? La parte contratante de la novena parte...*

Fiorello: *No, esa tampoco está bien (la corta). Oiga, ¿por qué su contrato es más pequeño que el mío?*

Otis: *No lo sé, debe haber pasado usted una mala noche. De todas formas, ya estamos de acuerdo, ¿no?*

Fiorello: *Desde luego.*

Otis: *Pues ponga su nombre aquí (le da una pluma) y entonces el contrato ya tendrá efectos legales.*

Fiorello: *No me acordé de decirle que no sé escribir.*

Otis: *(sacudiendo la pluma) No me importa, la pluma no tiene tinta. Pero, oiga, hemos cerrado el contrato, ¿verdad?*

Fiorello: *Claro, se lo ha ganado.*

Otis: *Hemos cerrado el contrato, aunque sea pequeño.*

Fiorello: *Espere, espere, ¿Qué dice aquí?*

Otis: *Oh, eso. Es una cláusula normal, la hay en todos los contratos. Dice solo que “si una de las partes no estuviese en pleno uso de sus facultades mentales, el contrato sería automáticamente nulo.”*

Fiorello: *No sé qué decir...*

Otis: *Está en todos los contratos. Es lo que se llama “cláusula de sanidad”.*

Fiorello: *(riendo a carcajadas) No me va usted a engañar; no hay cláusulas de sanidad.*

Otis: *(abandonando toda esperanza de éxito, le da una moneda a Fiorello) Bien, para usted la perra gorda.*

La escena se divide en dos partes, diferenciadas y relacionadas, la negociación previa de las condiciones esenciales del contrato y la del clausulado del documento.

La negociación de un contrato bilateral, como es el de servicios a que la escena se refiere, apunta a lograr un acuerdo lo más satisfactorio posible para ambas partes sobre el objeto y el precio. La mayor incongruencia con que nos tropezamos en la escena es que las partes desconocen que están negociando sobre objetos distintos: Otis cree estar

contratando los servicios del mejor tenor del mundo, o sea Lasparri, mientras que Fiorello quiere aprovechar la ocasión para favorecer a su representado, el principiante Baroni. Es evidente que en este supuesto el acuerdo que se logre podría ser declarado nulo por error esencial en el objeto. Pero en la vida real se dan casos en que las partes no tienen un conocimiento exacto del objeto sobre el que negocian. Recordemos las compraventas de empresa. El comprador, atraído por las excelencias proclamadas en los cuadernos de venta, asume que va a adquirir una empresa rentable y sana y pone todo su interés en hacerlo, y el vendedor, sabedor, pocas veces ignorante, de la propia realidad que gestiona, intenta deshacerse de ella a toda costa. Por eso la práctica ha sancionado toda una serie de cláusulas de saneamiento a cargo del vendedor, además de lo previsto en el Código Civil, para compensar los perjuicios del comprador.

La discusión sobre el precio es divertida porque demuestra el interés desmesurado de los oponentes por contratar y pone a caldo tanto a los intermediarios, cuyo lucro personal se antepone en el

caso a toda otra consideración, como a los sistemas tributarios de las administraciones públicas que gravan sucesivamente el mismo hecho imponible. La retribución neta a percibir por el prestador del servicio alcanza cotas ridículas, pero el deseo de conseguir el contrato es tal que los representantes aceptan cualquier exigencia. En las mismas compraventas antes aludidas, se pueden advertir dichos vicios. A veces la necesidad de traspasar una empresa en pérdidas, por toda clase de razones políticas, ha sido tan intenso que no sólo se han aceptado precios bajos sino también negativos.

“La crítica de la película a los contratos y de paso a los abogados que los redactan rayaría en la crueldad si no fuera por el tono desenfadado de los intérpretes”

Una vez conseguido el acuerdo sobre cosa y precio, aunque pueda estar viciado por el error en el objeto, Otis Driftwood procede a iniciar la segunda fase, la negociación del contrato de formalización. Su táctica es inicialmente avasalladora para concluir cuanto antes: *“Ponga su nombre al principio y firme al final”* —dice a Fiorello— abrigando la esperanza de que éste acepte. En la vida real no hay que menospreciar así al adversario. Bien es verdad que en casos de total desigualdad entre las partes, en los conocidos contratos de adhesión, con harta frecuencia se firma sin leer. Este fenómeno se multiplica hoy en las compras de programas por Internet. Pero no es lo habitual en la práctica jurídica, aunque exista algún caso vivido, en que, después de un cortés intercambio de palabras, una parte entregó a la otra una copia del contrato, le requirió para que se lo leyera y, después de un cierto tiempo, le intimó diciendo: *“No entiendo qué hacéis que no habéis aceptado ya, el contrato no tiene nada nuevo, es lo que habíamos convenido ayer...”*.

La estrategia de Fiorello, conocedor de que Otis pretende a un cantante distinto, es combatir el contrato escrito y le lleva a adoptar la táctica precisamente



opuesta. Desconocedor de los formulismos legales, desconfía de todo y va objetando cláusula tras cláusula alegando lo primero que se le ocurre y llegando a rechazar alguna incluso antes de oírla: “Lo que sea, no me gusta”. Tampoco es aconsejable, evidentemente, esta manera de proceder. Ambas partes se deben buena fe y han de justificar sus propuestas y contrapropuestas con argumentos que pueden ser muy breves pero siempre adecuados. Las negativas, no ya infundadas sino escasamente basadas, causan dificultades en toda negociación. Nadie está dispuesto a ceder si no se le convence.

La crítica de la película a los contratos y de paso a los abogados que los redactan rayaría en la crueldad si no fuera por el tono desenfadado de los intérpretes. El lenguaje jurídico, como cualquier otro de raíz técnica, no es fácil de entender. Los profesionales protegen sus conocimientos detrás de los vocablos y con la exclusiva que así consiguen se convierten en los modernos “brujos de la tribu”. En todas las épocas nos tropezamos con este fenómeno. Se dice, y bien, que el conocimiento da poder. El derecho a la información es una conquista del ciudadano, adquirida por medio de las constituciones políticas. El moderno periodismo intenta repetidamente atravesar las murallas del hermetismo de los poderes públicos y privados y servir la noticia al lector. Pero la mayor habilidad de los ti-

“El lenguaje jurídico, como cualquier otro de raíz técnica, no es fácil de entender”

tulares de todo poder reside en el disfraz formal de los saberes. Tanto los políticos en sus labores legisladoras como los jueces y abogados escriben sus opiniones, fallos y trabajos con un lenguaje poco inteligible por regla general. Cada día se comprueba en los Boletines Oficiales. Y, ojo, que el fenómeno podría poner a prueba, sin exageración, la vieja máxima –esencia de la norma legal– de que ignorarla no excusa de cumplirla. Las más de las veces el entendimiento de las leyes está reservado solo a la pericia y experiencia del técnico jurídico, y en última instancia a la interpretación de los tribunales.



Los abogados norteamericanos ejercen la profesión en un país heredero de la “common law” inglesa, donde la ley escrita es bien escasa y el contrato es casi en exclusiva la ley que regula los compromisos de las partes. Los textos son abundantes y floridos. Todo debe estar en el contrato. Una de sus características es la costumbre de definir en una cláusula inicial –la cláusula de definiciones– los conceptos más importantes para no dejar duda alguna sobre su sentido. Entre ellos está el concepto de parte contractual y éste es el centro de lo más divertido de la negociación entre Otis y Fiorello. La famosa frase de “La parte contratante de la primera parte será considerada como la parte contratante de la primera parte”, leída por Otis a gran velocidad para que no la capte su contrario, resulta chocante al oído.

La versión española busca además un efecto grotesco adicional. La original es más suave: “The party of the first part shall be known in this contract as the party of the first part”. Su traducción sería: “la parte de la primera parte será considerada en este contrato como la parte de la primera parte.” Obvio.

Los guionistas no inventaron nada. La definición es real. Recuerdo un contrato en que el concepto de “First Party” o “Primera Parte”, se definía así: “First Party shall be the first party”, o sea





“El contrato verbal ha tenido buen fin para todos, haciendo buena la vieja regla jurídica de que en cualquier manera que uno quiera obligarse queda obligado”

“Primera Parte será siempre (en este contrato) la primera parte”. A ver si consigo explicar en serio la ya famosa cláusula. “La parte de la primera parte” y “la parte de la segunda parte” son referencias que se hacen en el contrato encaminadas a identificar a las personas que en él intervienen y se obligan entre sí. Pero no incluyen nombres concretos. En el contrato que se analiza hay dos partes, primera y segunda. Siempre que en el clausulado se lea “la parte de la primera parte” hay que entender que es la persona o parte que integra en exclusiva el concepto de “Primera Parte” del que no forma parte ninguna otra persona o parte. Y lo mismo sucede con la parte o persona que integra la “Segunda Parte”. No sé si he aclarado algo, pero, si leéis la explicación tan deprisa como lo hace Otis Driftwood, puede que tenga algo de gracia.

Después de la furia rompedora que les ha llevado a reducir los documentos a la mínima expresión, Otis quiere dar validez legal a los acuerdos logrados y trata de que Fiorello firme. Este se evade diciendo que no sabe escribir pero Otis, en su desesperado afán de conseguir los servicios del mejor tenor del mundo, declara concluido el contrato (aunque sea pequeño), lo que ratifica Fiorello. Sin embargo, culminando su estrategia de atacar el texto escrito, pregunta el sentido que tiene una cláusula final que lee en el tro-

cito de documento que le queda. Otis le responde algo que los abogados decimos cantidad de veces: es una cláusula habitual en todos los contratos. En el presente caso es la que llama “cláusula de sanidad”, perfectamente obvia pues los contratos no son válidos si una parte no está capacitada para emitir su declaración de voluntad con pleno conocimiento. En la práctica real sabemos de sobra de la existencia de cláusulas y de contratos enteros que vienen calificados de *standard* o usuales. Por medio de ellos se intenta confundir a la parte contraria con textos largos de complicada redacción y apenas legibles por el reducido tamaño de la le-

tra, escasa separación de las líneas y falta de puntos y aparte. Pero, cuidado, en muchas negociaciones, donde una parte cree ocupar una posición predominante, se califican de usuales cláusulas que no lo son, e incluso que han aparecido recientemente. Procede, si no rechazarlas de plano, al menos pedir explicación de su sentido, alcance y efectos. Después de llevar varios años negociando contratos de financiación en Londres, aprendí de un colega inglés algo que debería haber sabido desde el principio, que toda cláusula es negociable, con tal de que uno se atreva y sepa cómo hacerlo sin riesgo del resultado deseado.

Para terminar el comentario, he aquí que nuestros ya amigos Otis y Fiorello han llegado a concluir el acuerdo que tan fervientemente deseaban sin necesidad de formalización escrita. La negociación no ha sido inútil. Ha servido para que se conozcan y estén dispuestos a cumplir con sus obligaciones, aunque los servicios contratados fueran los de cantantes distintos. En el curso de la película se verá que el mejor tenor del mundo no estará disponible para la representación. El éxito obtenido por el sustituto probará que los vicios del consentimiento quedaron subsanados al coincidir en una sola persona los servicios demandados y ofrecidos. El contrato verbal ha tenido buen fin para todos, haciendo buena la vieja regla jurídica de que en cualquier manera que uno quiera obligarse queda obligado. ■







Chagall

Del 14 de febrero al 20 de mayo en el Museo Thyssen-Bornemisza y Fundación Caja Madrid

Marc Chagall cultivó durante más de ochenta años un arte inspirado en el amor, los recuerdos, las tradiciones rusas y judías, los acontecimientos históricos o los hitos artísticos de los que fue testigo y en muchas ocasiones protagonista. Esta retrospectiva presenta su evolución artística en orden cronológico, así como los grandes temas que recorren la obra de este artista imprescindible para imaginar el siglo XX.

Nacido en la ciudad bielorusa de Vitebsk, Chagall tuvo una larga vida casi centenaria, marcada por todos los grandes acontecimientos históricos de la primera mitad del siglo XX. Trabajador incansable y siempre abierto a nuevas experiencias y conocimientos, su producción artística es rica y abundante; estuvo siempre abierto a explorar nuevas técnicas –óleo, grabado, escultura, cerámica, vidriera...– y acometer nuevos proyectos.

La amplitud de esta retrospectiva, con un total de 169 obras, ha obligado a dividir la exposición en dos espacios. Por un lado, las salas del Museo Thyssen-Bornemisza expondrán trabajos de sus primeros años y de su periodo en París, la capital de la vanguardia en ese momento; también se recoge su experiencia en la Rusia revolucionaria y en Francia, hasta llegar al exilio forzado en Estados Unidos en 1941.

Por su parte, en las salas de la Fundación Caja Madrid la atención se centrará en el período americano y en su evolución artística posterior; se insistirá en los asuntos bíblicos que preocupaban al artista y en su relación con los poetas contemporáneos, además de presentar distintas obras de escultura, cerámica y vitrales.

El resultado, una larga y completa selección de obras maestras realizada por el comisario de la muestra Jean-Louis Prat, presidente del Comité Chagall, que hacen de esta exposición un acontecimiento artístico de primer orden, difícilmente repetible, y una ocasión única para acercarse a la extensa y particular obra de este artista imprescindible. ■

Hemofilia CON TU APOYO NO SOMOS DIFERENTES



La historia de la Hemofilia es, probablemente, tan antigua como la del mundo. De hecho parece que ya existen referencias históricas a la hemofilia en el Talmud Babilónico judío, siglo V d.C., donde los rabinos se dieron cuenta de que algunos niños varones sangraban mucho cuando se les practicaba la circuncisión, por lo que modificaron los reglamentos para ayudar a las familias donde se daba esta circunstancia. Pero la difusión de su conocimiento se debe en gran parte a los descendientes de la Reina Victoria de Inglaterra. Es por ello que a finales del siglo XIX la Hemofilia fue conocida como la “Enfermedad Real” porque afectó a miembros de Casas Reales de Inglaterra, Prusia, España y Rusia.

Por tanto seguramente la conozca de oídas, pero, ¿en qué consiste realmente? ¿Cómo la definimos en pleno siglo XXI? Pues la hemofilia es una enfermedad hereditaria, que no se contagia, que afecta a los varones y que se caracteriza por la deficiencia de uno o varios de los factores que intervienen en la coagulación de la sangre. Si no se atiende adecuadamente ese déficit puede provocar hemorragias internas o externas, a veces de manera espontánea, que inciden principalmente en músculos y articulaciones.

Desde FEDHEMO sabemos que es fundamental la educación, por ello trabajamos ofreciendo servicios de apoyo a niños, a padres, a jóvenes adolescentes, adultos y a mujeres portadoras

Resumiendo, para que esa deficiencia de factor de coagulación de la que hablamos no sea tal, y los niveles se asemejen a los de una persona sana, la persona con Hemofilia necesita administrarse vía intravenosa el factor de coagulación deficiente. Y aquí es donde entra la Federación Española de Hemofilia (FEDHEMO), desde hace 41 años.

FEDHEMO es una entidad sin ánimo de lucro constituida en 1971 y declarada de Utilidad Pública en el año 2.000. Está integrada por 21 asociaciones auto-

nómicas y provinciales. Nuestro objetivo es representar y defender los derechos de las personas con Hemofilia y otras Coagulopatías Congénitas. Para ello trabajamos en tres vertientes:

1. En constante diálogo con la Administración Pública y los agentes sanitarios para incidir en políticas de mejora socio-sanitaria.
2. Educación y apoyo psicosocial a las personas con hemofilia y sus familiares.
3. Sensibilización a la sociedad.

Desde FEDHEMO sabemos bien que en una enfermedad crónica, para toda la vida, como la Hemofilia, es fundamental la educación. En un primer momento el apoyo psicosocial para intentar manejarla antes de que ella maneje al niño, a la persona con hemofilia y su familia, se hace imprescindible. Por ello trabajamos ofreciendo servicios de apoyo a distintos niveles, es decir, a niños, a padres, a jóvenes adolescentes, adultos y a mujeres portadoras (las mujeres que tienen el gen de la Hemofilia son llamadas portadoras, no la padecen, pero pueden transmitirla a sus descendientes).

Intentamos propiciar que las personas con Hemofilia sean responsables de su propia situación. Realicen un “autotratamiento”



(cuidado y manejo de su enfermedad) que les posibilite una actividad normalizada, con una calidad de vida óptima, para cumplir sus sueños y deseos y para aportar en sociedad como cualquier otro ciudadano.

Para este “autotratamiento” es fundamental la administración vía intravenosa del factor de coagulación deficiente, bajo un protocolo higiénico y de pasos de actuación; que es ejecutado en primera instancia en el hospital por personal facultativo, posteriormente tras formación que brinda FEDHEMO es ejecutado de forma domiciliaria por los padres y tras varios años es el propio paciente quien lo realiza. Es fundamental un buen soporte de fisioterapia y rehabilitación, es decir, un ejercicio físico controlado que proteja y fortalezca las articulaciones. Y desde luego no olvidar las revisiones periódicas en el hospital de referencia.

Los factores de origen recombinante, elaborados en el laboratorio, no provenientes de donaciones de sangre, así como la profilaxis (la administración de la medicación varias veces a la semana antes de que se produzca el sangrado), han cambiado favorablemente la calidad de vida en la persona con hemofilia, sin embargo el aspecto psicosocial es también muy importante.

“ Los factores de origen recombinante, elaborados en el laboratorio, no provenientes de donaciones de sangre, así como la profilaxis, han cambiado favorablemente la calidad de vida en la persona con hemofilia ”

En FEDHEMO trabajamos con un equipo técnico profesional para realizar nuestro día a día, siendo una pieza fundamental los propios pacientes, sus familias, y todo un grupo de voluntarios ajenos a la enfermedad que se adhieren a nuestra tarea y formar parte de ella. Resaltamos dos: la Comisión Científica de la Real Fundación Victoria Eugenia (grupo de médicos del campo de la hematología que de forma voluntaria trabajan como foro de debate y órgano de consulta sobre distintos aspectos relacionados con el avance en el diagnóstico, tratamiento

y seguimiento de las coagulopatías congénitas) y los voluntarios, personas anónimas que se insertan en los proyectos y los hacen suyos.

Uno de estos proyectos que realiza FEDHEMO son los “Albergues de verano para Niños con Hemofilia de 8 a 12 años”. Los realizamos anualmente con todo un equipo multidisciplinar voluntario al servicio de 60 niños con Hemofilia de toda España. En el Centro de Formación Permanente en Hemofilia, situado en Totana, Murcia. Allí aprenden sobre su enfermedad, a manejarla, a saber qué deportes son recomendados para ellos, qué tipo de fisioterapia es la indicada, cómo administrarse con tal solo 8 años el factor de coagulación vía intravenosa ellos mismos, conocer otros niños en su misma situación y favorecer que lleven a cabo su vida lo más autónoma posible, sin depender del hospital. ■



Para colaborar con este proyecto:

Nº cuenta:

2038 1050 57 600001 4041 (Bankia)

Declarados de Utilidad Pública



Asociación de Abogados del Estado

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Acontecimientos de excepcional interés público y beneficios fiscales

José Aurelio Ruiz

Abogado del Estado

“Los denominados programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público surgen con la finalidad de incentivar la financiación privada en actuaciones públicas añadiendo, a la publicidad que pueden obtener a través de su condición de patrocinador del evento, una serie de beneficios fiscales que les permiten recuperar gran parte de la aportación”

El 11 de febrero de 2011 la Dirección General de los Tributos emitió Resolución vinculante tras consulta planteada por el Consorcio para la Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de 1812. La consulta se elevó con la finalidad de desbloquear la negociación de los convenios a través de los que se trataba de articular la aportación económica, en concepto de patrocinio, que las empresas privadas se proponían realizar para apoyar el evento, conforme a la regulación contenida en la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de Entidades sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo. En la consulta se planteaban dos cuestiones:

1) Si las cantidades aportadas por patrocinadores tenían la consideración de gasto fiscalmente deducible.

2) Si los servicios prestados por el Consorcio, estaban sujetos al IVA.

La Resolución de la DGT determinó que ni las aportaciones en concepto de patrocinio se pueden considerar gastos fiscalmente deducibles, ni los servicios prestados por el Consorcio estaban sujetos al IVA.

La interpretación de la DGT ha paralizado la actividad de mecenazgo de las empresas privadas, que han declinado participar económicamente en el evento.

Esta actitud nos hace recapacitar sobre un sistema que presenta algunas sombras y que, quizás, requiera una revisión sobre la base de la experiencia acumulada durante los últimos años, en este y otros eventos.

Las dudas se generan, sobre todo, con relación a aportaciones en concepto de patrocinio por empresas de grandes dimensiones y a la aplicación del beneficio fiscal previsto en el artículo 27.3, primero, a) de la Ley 49/2002, deducción en la cuota del impuesto de sociedades del 15 % de gastos de publicidad. Hemos de partir de una introducción en la materia.

PROGRAMAS DE APOYO A ACONTECIMIENTOS DE EXCEPCIONAL INTERÉS PÚBLICO

Los denominados programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público surgen con la finalidad de incentivar la financiación privada en actuaciones públicas añadiendo, a la publicidad que pueden obtener a través de su condición de patrocinador del evento, una serie de beneficios fiscales que les permiten recuperar gran parte de la aportación, en algunos casos, hasta el 90%.

Regulados en la Ley 49/2002, de Régimen Fiscal de Entidades sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo ya, en su Exposición de Motivos se recoge su creación como novedosa, aunque con anterioridad diversas normas establecieron un régimen de incentivos fiscales similares (Exposición Universal Sevilla 1992; Juegos Olímpicos Barcelona 1992; Madrid, Capital Europea de la Cultura 1992; Proyecto Cartuja 1993 y otros). Lo que sí pretende esta Ley es establecer un marco normativo común para todos los acontecimientos de esta naturaleza.

Este marco normativo está constituido por el artículo 27 de la Ley 49/2002, que define los programas de apoyo a acontecimientos de excepcional interés público como el conjunto de incentivos fiscales específicos aplicables a las actuaciones que se realicen para asegurar el adecuado desarrollo de los acontecimientos que, en su caso, se determinen por Ley.

La aplicación de esta requiere que el especial, excepcional, interés público sea reconocido por una norma con rango de ley. Para que el acontecimiento se desarrolle con garantías, se incentiva la realización de aportaciones económicas desde el sector privado, reconociendo a estos mecenas una serie de beneficios fiscales.

Desde el punto de vista de las sociedades privadas el artículo 27.3 de la Ley 49/2002, establece dos opciones posibles:

Primera) **Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, podrán deducir de la cuota íntegra del impuesto el 15 por 100 de los gastos** que, en cumplimiento de los planes y programas de actividades establecidos por el consorcio o por el órgano administrativo correspondiente, realicen **en la propaganda y publicidad de proyección plurianual que sirvan directamente para la promoción del respectivo acontecimiento.**

El importe de esta deducción no puede exceder del 90 por 100 de las donaciones efectuadas al consorcio encargado de la realización de programas y actividades relacionadas con el acontecimiento. De aplicarse esta deducción, dichas donaciones no podrán acogerse a cualquiera de los incentivos fiscales previstos en esta Ley.

Cuando el contenido del soporte publicitario se refiera de modo esencial a la divulgación del acontecimiento, la base de la deducción será el importe total del gasto realizado. En caso contrario, la base de la deducción será el 25 por 100 de dicho gasto.

Segunda) **Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a una deducción en la cuota íntegra del impuesto del 35 % de las donaciones y aportaciones que realicen en favor del consorcio,** deducción ésta recogida en el artículo 20 de la Ley, al que se remite expresamente el artículo 27.2.

Si bien la aplicación de estas deducciones en la declaración del Impuesto de Sociedades no puede exceder del 35% de la cuota íntegra, las cantidades correspondientes al período impositivo no deducidas podrán aplicarse, respetando dicho límite, en las liquidaciones de los períodos impositivos en los 10 años inmediatos y sucesivos.

El beneficio fiscal más atractivo es el recogido en la opción primera, pues permite recuperar hasta el 90% de la

aportación y su regulación se completa con el desarrollo verificado por el Real Decreto 1270/2003, de 10 de octubre.

En la práctica supone que por la empresa se realiza una aportación económica al Consorcio gestor del acontecimiento, para financiar el desarrollo de su programa de actividades y presenta un plan detallado de la publicidad que va a realizar del acontecimiento, soportes publicitarios (televisión, carteles, vallas, etc.) y en qué medida va a figurar el evento en tales soportes, acompañando el importe de los gastos en que va a incurrir por tal publicidad. El Consorcio, a la vista del Plan que se le presenta, emite una Certificación, en la que hace constar que la actividad o gasto se enmarca en cumplimiento de los planes y programas de actividades y califica los gastos de propaganda y publicidad como de esencial o no esencial, calificación de gran trascendencia, pues si es esencial la base de deducción será la totalidad del gasto realizado, si no lo es, será el 25% de dicho gasto.

Así, una empresa que realiza una aportación a un consorcio, por el hecho de poner en los soportes publicitarios de su marca, por ejemplo, lo que se conoce como mosca en un anuncio de televisión, podrá computar en la base, a efectos de deducción, el 25% del coste del anuncio, con independencia del coste que realmente le haya supuesto la referencia al acontecimiento.

Es de destacar que el límite del 90% de la aportación es fruto de la modificación operada en la Ley de Incentivos Fiscales por la Disposición Final Segunda, apartado 20, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que le dio la redacción que hemos visto pues, con anterioridad, además de considerar deducibles determinados gastos por inversiones, no existía tal límite en la deducción.

La razón de tal modificación fue la constatación de que el sistema bene-

“Una empresa que realiza una aportación a un consorcio, por el hecho de poner en los soportes publicitarios de su marca podrá computar en la base, a efectos de deducción, el 25% del coste del anuncio, con independencia del coste que realmente le haya supuesto la referencia al acontecimiento”

ficiaba más de lo previsto a empresas con grandes presupuestos en publicidad, pues su base de deducción era de tal volumen, que el crédito fiscal que generaba le permitía recuperar más de lo que había aportado.

La teórica donación se convertía en una inversión fiscal, cuya rentabilidad pagaba la Hacienda Pública, transformando el mecenazgo en un negocio fiscalmente rentable.

Así, por ejemplo, una empresa que dedica a su propia publicidad 100 millones de euros, destinando diez millones a financiar estos acontecimientos, se aplica una de deducción en la cuota que podría alcanzar los quince millones de euros. La donación le ha supuesto una ganancia de cinco millones de euros, que ha dejado de ingresar el Estado al que, más le valía haber ingresado quince millones y dedicar los mismos diez a financiar eventos y aún dispondría de cinco millones de euros para otras necesidades públicas.

Para corregir este efecto, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, eliminó las deducciones por inversiones y, sobre todo, estableció un límite a la deducción por gastos en publicidad, el 90% de las cantidades donadas, según su Exposición de motivos, con el objeto de adecuarlos a actuaciones de mecenazgo. Con este nuevo límite, en el mismo supuesto anterior, lo máximo que recuperaría serían 9 millones de euros, al menos habría donado uno.

EL CONSORCIO PARA LA CONMEMORACIÓN DEL II CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1812

El Consorcio para la Conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812 se crea en virtud Convenio de colaboración suscrito, el 19 de marzo de 2007, entre la Administración del Estado, Junta de Andalucía, Diputación Provincial de Cádiz y los Ayuntamientos de Cádiz y San Fernando, siendo una entidad de derecho público con personalidad jurídica y patrimonio propios, y

plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines.

El desarrollo legal del mismo se verificó a través de la Disposición Adicional Quincuagésima Novena de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 que le atribuyó la consideración de acontecimiento de excepcional interés público a los efectos de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 49/2002, señalando en su punto quinto que:

Los beneficios fiscales de este programa serán los máximos establecidos en el artículo 27.3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre.

Problemas jurídicos que se plantean tras la reforma de 2009

La Disposición Final Undécima de la Ley 26/2009, de Presupuestos del Estado para 2010 añadió un segundo apartado al punto quinto, anteriormente visto, con la siguiente redacción:

“No obstante, las cantidades satisfechas, en concepto de patrocinio, por los sponsors o patrocinadores al Consorcio para la Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de 1812, se tendrán en cuenta a efectos del cálculo del límite previsto en el segundo párrafo del número primero del artículo 27.3 de la Ley 49/2002, antes mencionada”.

Esta peculiaridad, que ya se había introducido en otros acontecimientos (El Programa de preparación de los deportistas españoles de los juegos de “Londres 2012”, Ley de Presupuestos para 2009) no se precisa legalmente, dejando en manos de empresas y Consorcios, la interpretación de lo que debe entenderse por *cantidades satisfechas en concepto de patrocinio* y es aquí donde surgen las divergencias.

Sobre la base de la citada reforma las propuestas de convenio presentadas partían del siguiente planteamiento jurídico: el nuevo apartado determina la posibilidad de suscribir un Contrato de patrocinio Publicitario con el Consorcio gestor; el importe abonado por la empresa se equiparaba a las donaciones,

“La Ley 35/2006, de 28 de noviembre, eliminó las deducciones por inversiones y, sobre todo, estableció un límite a la deducción por gastos en publicidad, el 90% de las cantidades donadas, según su Exposición de motivos, con el objeto de adecuarlos a actuaciones de mecenazgo”

a efectos de aplicación de beneficios fiscales, esto es, de la deducción por gastos en publicidad pero, a su vez, la aportación se considera gasto deducible en el impuesto de sociedades al tratarse, no de una donación, sino de un contrato de patrocinio publicitario.

De ahí que, si bien se configuraba como aportación realizada al Consorcio, éste debía emitir la correspondiente factura por los supuestos servicios que prestaba, con el IVA correspondiente.

En realidad, lo importante no era tanto si los servicios generaban o no IVA, impuesto que para la empresa tendría, casi siempre, un efecto neutro, sino la factura, que le permitía obtener un documento que justificaba el gasto deducible.

De admitirse tal planteamiento, en la Declaración del impuesto sobre sociedades las facturas se computarían como gasto deducible de la Base, esto es, se reduciría en una cuantía igual al importe de la donación/aportación, lo que implica un ahorro en el pago del impuesto de un 30 % de una cantidad equivalente a lo aportado/donado.

Pero, como también se considera aportación equiparada a donación, se podía aplicar la deducción del 15% de los gastos de publicidad, con el límite del 90%.

Las grandes compañías, cuyos gastos publicitarios les permiten recuperar el 90% de lo aportado, consiguen, además, un ahorro en el impuesto sobre de sociedades del 30% de una cantidad equivalente a la donación. Se recupera el 100% de lo aportado y se obtiene una ganancia, vía retorno fiscal del 20%.

Esta interpretación no parece jurídicamente viable. Si se trata de un gasto, pago a cambio de servicios recibidos, no puede ser una donación y faltaría el presupuesto esencial para la aplicación de los beneficios fiscales regulados en la Ley 49/2002, no hay donación y aportación con ánimo de liberalidad, ni actividad de mecenazgo. Si se considera donación no puede tener la consideración de gasto fiscalmente deducible, pues el artículo 14.1,e) del Real Decreto

Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido del Impuesto de Sociedades, impide considerar como tales a los donativos o liberalidades.

La interpretación de esta incierta figura de aportación en concepto de patrocinio, ha de realizarse a la luz de la normativa que le es aplicable, la Ley 49/2002, partiendo de los conceptos jurídicos de donación y contrato de patrocinio.

LA DONACION. NATURALEZA Y CAUSA

El concepto básico en torno al cual gira la Ley del Mecenazgo es el de donación. Conviene quizás empezar por delimitar su concepto y naturaleza.

La donación es, por su naturaleza un contrato, en cuanto acto jurídico bilateral que requiere el consentimiento de ambas partes, donante y donatario. Ciertamente el Código Civil, artículo 618, no define la donación como un contrato, error con una razón histórica conocida. Fue Napoleón el que hizo sustituir en el Proyecto de Código Civil francés la palabra contrato por la de acto, porque no concebía que pudiera existir un contrato sin obligaciones recíprocas para los dos contratantes, debido a que ignoraba que, hay contratos unilaterales y bilaterales y que esta distinción no puede confundirse con la de los actos unilaterales y bilaterales, error que no se corrigió en nuestro Código Civil, que en este punto copiaba al francés. La donación es un acto bilateral, pues requiere el consentimiento del donatario y, por tanto, un contrato, pero es un contrato unilateral porque sólo genera obligaciones en el donante. Hoy en día es pacífica la consideración de la donación como tal contrato.

Por su causa la donación es un contrato gratuito, uno de los contratantes se propone otorgar al otro una ventaja sin equivalente, a diferencia de los contratos onerosos, en los que cada parte aspira a procurarse una ventaja a cambio de un equivalente.

Dentro de los contratos gratuitos, la donación se caracteriza por un requisito

esencial, cual es el de producir un empobrecimiento patrimonial en el donante y un enriquecimiento patrimonial correlativo en el donatario.

Esta transferencia de valores es esencial de forma que, sin ella, no existe donación y la distingue de otros contratos también gratuitos (comodato o depósito gratuito) en los que, existiendo ánimo de liberalidad, no se da una disminución en el patrimonio del bienhechor.

La causa, además de esencial para que exista contrato (artículo 1261 del Código Civil), es un elemento objetivo e intrínseco del negocio jurídico que no debe confundirse con los motivos que llevan a cada parte a celebrarlo, fin remoto o ulterior, subjetivo y ajeno al propio negocio.

“La donación es un acto bilateral, pues requiere el consentimiento del donatario y, por tanto, un contrato, pero es un contrato unilateral porque sólo genera obligaciones en el donante. Hoy en día es pacífica la consideración de la donación como tal contrato”

La donación que se efectúa a un Consorcio gestor de acontecimiento de interés excepcional, puede estar motivada por el interés en obtener un beneficio fiscal, pero esta no es, técnicamente, su causa, no es consecuencia de la relación entre donante y donatario, sino de la aplicación de una norma jurídica que regula, no la donación, sino la relación jurídico-tributaria.

Donaciones onerosas o modales

Junto a la donación pura y simple aparece la denominada Donación modal u onerosa, reflejo de los denominados contratos mixtos y que plantea la problemática propia de estos negocios jurídicos. Del Código Civil nos interesan dos artículos.

En principio, el artículo 622 previene que *“las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos”* (habrá que entender de los contratos onerosos). Si la donación se realiza

a cambio de una contraprestación, bien o servicio, aunque se denomine como tal, no estamos ante una donación, sino ante un contrato oneroso y se regirá por las reglas de estos.

Al margen de ello, el artículo 619 señala: *“también es donación aquella en la que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”*. Es decir, el hecho de que se imponga un gravamen u obligación al donatario, no implica que deje de ser, por su naturaleza jurídica, una donación y se regirá por las normas propias de ésta.

En principio no parece que exista una total coherencia entre ambos preceptos, pues el artículo 622 no hace distinciones y, quizás, para casarlo con el artículo 619, debería precisar que, no será donación el contrato o negocio jurídico en el que se imponga al donatario una carga, gravamen u obligación, que implique realizar una contraprestación, bien o servicio de valor equivalente a lo donado.

Si según el artículo 622 la donación que se realiza a cambio de una contraprestación se rige por las normas de los contratos y, según el 619, la imposición al donatario un gravamen u obligación, no impide que exista donación, es porque ambos preceptos deben referirse a supuestos diferentes.

Así, podríamos distinguir entre, donaciones puras, que no imponen carga alguna; donaciones modales u onerosas, imponen una carga de valor inferior; y donaciones que, a pesar de su denominación, por su contenido y naturaleza, son contratos onerosos, a las que se debe referir el artículo 622, cuya oportunidad sería cuestionable, pues no hace sino reiterar una regla consolidada del derecho, los actos y negocios jurídicos son, lo que se determine por su contenido y naturaleza y no por la denominación que las partes les asignen.

Régimen jurídico

El problema que plantea la donación modal, común a los contratos mixtos, es el de determinar su régimen jurídico.

De entre las diversas teorías al respecto, las dos más relevantes son la absorción y la de la combinación.

La primera considera que debe analizarse y descubrirse la prestación o elemento principal del negocio o contrato, aplicándosele íntegramente el régimen jurídico propio de éste. La segunda entiende que, dado que en estos contratos subsisten prestaciones propias de diversos contratos típicos, debe combinarse la aplicación de las normas de los diferentes contratos presentes.

Entendemos que no es posible decantarse por una u otra a priori, sino que debe analizarse cada negocio jurídico en particular, para contrastar la importancia que, en el conjunto del mismo, tenga cada una de las distintas prestaciones.

Desde el punto de vista de la donación modal, la doctrina oscila entre, quienes entienden que, como acto mixto se deben aplicar las normas propias de los contratos hasta el límite del gravamen y las propias de la donación en el exceso (combinación) y, quienes consideran que, al ser considerada como donación por el artículo 619 se debe aplicar íntegramente el régimen jurídico propio de éstas (absorción).

Quizás sería conveniente calibrar la importancia o valor del gravamen, con relación al valor de lo donado, es decir, si se considera que la carga es irrelevante con relación al importe donado, debería aplicarse el artículo 619 y el régimen jurídico propio de las donaciones.

Si el gravamen tiene una entidad considerable, de modo que no pueda entenderse como irrelevante, parece razonable aplicar las normas propias de la donación sólo en el exceso del valor de lo donado respecto al gravamen u obligación impuesta. Parece lógico que, si es nota esencial de la donación el empobrecimiento del donante, no debe aplicarse la normativa propia de ésta a aquella parte en la que, realmente, no existe tal empobrecimiento, al percibir un valor patrimonial, en forma de bien o servicio.

“Quizás sería conveniente calibrar la importancia o valor del gravamen, con relación al valor de lo donado, es decir, si se considera que la carga es irrelevante con relación al importe donado, debería aplicarse el artículo 619 y el régimen jurídico propio de las donaciones”

CONTRATO DE PATROCINIO

Dentro de las categorías de contratos de publicidad, el contrato de Patrocinio aparece contemplado en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que lo define, artículo 22, como *“aquel contrato por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador”*.

Con relación a su régimen jurídico, con carácter general el artículo 9 de la Ley General de Publicidad previene: *“Los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente Título, y en su defecto, por las reglas generales del Derecho Común”*.

El contrato de patrocinio no tiene una regulación precisamente detallada en la Ley 34/1988, señalándose tan sólo en el artículo 22, párrafo segundo, que se regirá, en la medida de lo posible, por las normas del contrato de difusión publicitaria.

Las normas que rigen el contrato de difusión publicitaria se contienen en los artículos 18 y 19 de la Ley General de Publicidad, que señalan:

“Si el medio, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo (...) el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los perjuicios causados (...) cuando el medio no difunda la publicidad, el anunciante o la agencia podrán optar entre exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o denunciar el contrato con devolución de lo pagado por la publicidad no difundida. En ambos casos, el medio deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”.

De estos preceptos se puede deducir que estamos ante un contrato oneroso por su causa, que no es la liberalidad, sino la percepción de una contraprestación, bien o servicio.

Es un contrato bilateral que genera obligaciones, recíprocas o sinalagmáticas, pues en caso de incumplimiento

parcial se podrá *“exigir la reducción del precio”* y, en el supuesto de incumplimiento total, concurre la facultad implícita de resolver el vínculo, en los términos del artículo 1124 del Código Civil (se podrá *“denunciar el contrato con devolución de lo pagado”*), *“con indemnización de daños y perjuicios ocasionados”* en ambos casos.

Ciertamente, a veces, el término patrocinio se utiliza como asimilado a un acto de liberalidad, pero es un uso impropio, el contrato de patrocinio es oneroso por su causa pues la aportación se realiza a cambio de un servicio, obliga a una actividad dirigida a la contratación de bienes o servicio y cuya contraprestación será proporcionada a la difusión publicitaria que se obtenga a través de la entidad patrocinada.

APORTACIONES EN CONCEPTO DE PATROCINIO

Sentado lo anterior debemos indagar qué debe entenderse por aportaciones en concepto de patrocinio, teniendo en cuenta la norma en la que se inserta, la ley 49/2002, de Régimen Fiscal de Entidades sin Fines Lucrativos e Incentivos Fiscales al Mecenazgo.

En primer lugar, es evidente que no se está refiriendo a contrato de patrocinio, pues la ley no tiene por objeto regular el régimen fiscal de contratos onerosos, sino de los actos de liberalidad.

No existe un solo precepto que hable o se refiera a contrato de patrocinio, no se menciona la palabra contrato, sino aportación.

La Ley 49/2002 tiene por objeto regular actos con ánimo de liberalidad, el denominado mecenazgo, no definido legalmente, pero vinculado al ánimo de liberalidad, como se puede extraer de la Exposición de Motivos:

“(...) esta norma viene a establecer también el conjunto de incentivos que son aplicables a la actividad de mecenazgo realizada por particulares (...) que ayude a encauzar los esfuerzos privados en actividades de interés general (...) tiene una finali-

“Podríamos distinguir entre donaciones puras que no imponen carga alguna; donaciones modales u onerosas, imponen una carga de valor inferior; y donaciones que, a pesar de su denominación, por su contenido y naturaleza, son contratos onerosos, a las que se debe referir el artículo 622, cuya oportunidad sería cuestionable, pues no hace sino reiterar una regla consolidada del derecho, los actos y negocios jurídicos son, lo que se determine por su contenido y naturaleza y no por la denominación que las partes les asignen”

“El contrato de patrocinio es oneroso por su causa pues la aportación se realiza a cambio de un servicio, obliga a una actividad dirigida a la contratación de bienes o servicio y cuya contraprestación será proporcionada a la difusión publicitaria que se obtenga a través de la entidad patrocinada”

dad eminentemente incentivadora de la colaboración particular en la consecución de fines de interés general (...)”.

No se trata, por tanto, de promover ni regular contratos entre el sector privado y público, estos se regirán por otras normas.

La ley tiene como eje o presupuesto fundamental la donación, a la que equipara la aportación, así su artículo 17, incluido en el mismo Título III que el artículo 27, señala:

“Darán derecho a practicar las deducciones previstas en este Título los siguientes donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puros y simples:

a) *Donativos y donaciones dinerarios*”.

El artículo 27 no es un precepto al margen de la ley de la que forma parte, sino que ha de interpretarse en el conjunto normativo al que pertenece, por ello, el presupuesto de aplicación de los beneficios fiscales es la actividad de mecenazgo, concebida como **“colaboración particular en la consecución de fines de interés general a través de donativos, donaciones y aportaciones irrevocables, puras y simples”**.

Sobre estas bases se debe analizar el alcance de las reformas introducidas vía ley de presupuestos.

ALCANCE DE LA REFORMA LEY 26/2009, DE PRESUPUESTOS PARA 2010. APORTACIONES EN CONCEPTO DE PATROCINIO

La aportación en concepto de patrocinio no puede ser, ni una donación o aportación pura y simple, pues esta ya estaba prevista, ni un contrato oneroso o bilateral.

Si se trata de un acto de liberalidad equiparado a la donación, pero no de carácter puro y simple, tiene que ser una donación onerosa o modal, la aportación o donación impone al Consorcio algún tipo de carga u obligación, la referencia al patrocinio debe entenderse en el sentido de que, la propia ley está

delimitando el ámbito de la carga u obligación que se puede imponer, colaborar en la difusión y publicidad de la entidad que realiza la aportación.

Apoya esta interpretación y nos sirve de referencia analógica, la Ley General de Subvenciones, pues estas donaciones privadas a actuaciones de interés público no dejan de ser similares a una subvención a la inversa.

Con carácter general la subvención se considera, aún con alguna doctrina discrepante, una donación modal. En cualquier caso, la ley contempla subvenciones que imponen obligaciones, sin que por ello pierdan su naturaleza de acto con ánimo de liberalidad, sin contraprestación.

El artículo 2 Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS), previene:

“1. Se entiende por subvención (...) toda disposición dineraria (...) que cumpla los siguientes requisitos:

a) **Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.**

b) **Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.**

c) **Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública”**.

La subvención implica una aportación dineraria (empobrecimiento) realizada sin percibir contraprestación (ánimo de liberalidad).

La propia Ley, que determina que la existencia de subvención es incompatible con la existencia de contraprestación, sí admite que se asuman por el beneficiario determinadas obligaciones (distintas de los objetivos o requisitos formales y materiales) sin que, por ello quede desvirtuada su naturaleza de donación (donación modal).

Precisamente la obligación que la ley admite es la de dar publicidad a la financiación pública y a la entidad que la

realiza. No es la misma publicidad que se contempla en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad, pues no se trata de promover la contratación de bienes y servicios pero, en su esencia, es una obligación de naturaleza similar a la que asumiría el patrocinado.

Aún existiendo esta obligación, la ley no la considera una contraprestación con entidad suficiente para desvirtuar su naturaleza jurídica, sin duda por entender que no implica un servicio equivalente, sino accesorio y de inferior valor al importe de lo percibido (artículo 619 del Código Civil).

Así entre las obligaciones del beneficiario de la subvención se contempla la de *“Adoptar las medidas de difusión contenidas en el artículo 18.4 de la Ley: dar la adecuada publicidad del carácter público de la financiación de programas, actividades en los términos reglamentariamente establecidos”*, que se desarrolla en el Artículo 31 del Reglamento: *“Las bases reguladoras de las subvenciones deberán establecer las medidas de difusión que debe adoptar el beneficiario de una subvención que deberán adecuarse al objeto subvencionado, pudiendo consistir en la inclusión de la imagen institucional, leyendas relativas a la financiación pública en carteles, placas conmemorativas, materiales impresos, medios electrónicos o audiovisuales, o bien en menciones realizadas en medios de comunicación”*.

De modo análogo podemos entender que las aportaciones en concepto de patrocinio, son aquellas en las que la entidad que realiza la aportación impone una obligación o carga de difusión, de publicidad, al Consorcio gestor, que no enturbiará su equiparación a la donación, siempre que la realización de ésta no implique la realización de un servicio que alcance la consideración de contraprestación.

Si la obligación de colaboración en la publicidad de la entidad es asimilable a la que regula la Ley General de Subvenciones en los artículos analizados, el tratamiento jurídico-fiscal de la

aportación será el propio de la donación, conforme al artículo 619 del Código Civil.

Esta interpretación parece coherente tanto con las disposiciones legales como con el espíritu y finalidad de la Ley 49/2002, que sólo contemplaba la existencia de beneficios fiscales en el supuesto de donaciones o aportaciones puras y simples, permitiendo la reforma dar el mismo tratamiento a aquellas aportaciones en las que el consorcio asuma una obligación de colaboración en la publicidad de la empresa, sin que sea de tal entidad que se considere equiparable a contraprestación.

La reforma ha equiparado las donaciones modales a las donaciones puras y simples, a efectos de la aplicación de la deducción fiscal de los gastos en publicidad regulada en el artículo 27.3, Primero.

REFLEXIÓN ACERCA DEL SISTEMA

Es necesario realizar una pequeña reflexión respecto al sistema de beneficios fiscales como incentivo de financiación de acontecimientos de especial trascendencia o interés público.

La experiencia vivida y el análisis de su funcionamiento en otros acontecimientos, nos llevan a cuestionarnos su eficacia pues, con relación a las grandes compañías, ha funcionado en la medida en que les ha resultado fiscalmente rentable, lejos del empobrecimiento que se supone a una labor de mecenazgo y a la donación.

No deja de ser revelador el hecho de que, los últimos pronunciamientos del Tribunal Económico Administrativo Central y de la Dirección General de Tributos, centrando la cuestión en sus justos términos, hayan producido un efecto paralizador de las aportaciones por estas entidades privadas a los Consorcios.

El éxito de esta fórmula, que se ha extendido a través de las últimas leyes de presupuestos a numerosos eventos, es más que cuestionable.

La labor de mecenazgo ha sido mucho más reducida de lo que pudiera pen-

sarse y la financiación de estos acontecimientos ha sido, en gran medida, sólo aparentemente privada, pues su coste ha sido soportado por el Estado.

La falta de limitación en la deducción fiscal con relación a la aportación determinó una notable colaboración de grandes compañías en eventos públicos (EXPO ZARAGOZA 2008 o BARCELONA WORLD RACE) pero, el establecimiento de la limitación, para reconducir la colaboración a un verdadero mecenazgo, ha hecho desaparecer en gran medida el espíritu altruista.

La Resolución de la DGT ha puesto de relieve que el sistema de financiación privada de eventos públicos es, en gran medida, un espejismo.

“Con carácter general la subvención se considera, aún con alguna doctrina discrepante, una donación modal. En cualquier caso, la ley contempla subvenciones que imponen obligaciones, sin que por ello pierdan su naturaleza de acto con ánimo de liberalidad, sin contraprestación”

“Podemos entender que las aportaciones en concepto de patrocinio, son aquellas en las que la entidad que realiza la aportación impone una obligación o carga de difusión, de publicidad, al Consorcio gestor, que no enturbiará su equiparación a la donación, siempre que la realización de ésta no implique la realización de un servicio que alcance la consideración de contraprestación”

II

También nos resulta sorprendente la actitud del propio legislador en esta materia.

El establecimiento de un límite a la deducción, en función del importe de la donación, introducido por la Disposición Final Segunda, apartado 20 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, tenía la finalidad de evitar que el sistema de Incentivos Fiscales se convirtiera en un negocio fiscal.

Ahora bien, si esta realidad, contraria a la finalidad de la ley, se constata y se trataba de acabar con tales efectos no deseados, lo que no es comprensible es la redacción de **Disposición Final Segunda, apartado 20** de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, pues establece que el límite a la deducción fiscal se aplicará:

“(…) para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2007 (...) sin perjuicio de su aplicación en su redacción originaria para los acontecimientos que se hubiesen regulado en normas legales aprobadas con anterioridad a dicha fecha”.

Redacción que, parece, tenía una finalidad determinada, mantener un régimen jurídico contrario al espíritu del mecenazgo y a los fines de su regulación, respecto a dos acontecimientos determinados, La celebración de “Alicante 2008 Vuelta al Mundo a Vela” (con una vigencia del 1 de diciembre de 2007 hasta el 30 de noviembre de 2009) y la celebración de “Barcelona World Race” (BWR) (con vigencia del 1 de julio de 2007 hasta el 30 de junio de 2010) ambos *declarados* acontecimientos de excepcional interés por la Ley 42/2006, de 28 de diciembre (anterior al 1 de enero de 2007), de Presupuestos Generales para 2007 y por tanto sometidos a la redacción del artículo 27 de 49/2007 anterior a la reforma, esto es sin límite a la deducción fiscal por gastos en publicidad.

La cuestión es especialmente grave con relación a la BWR, pues la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de

Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 amplió la duración del programa de apoyo hasta el 30 de mayo de 2011, es decir, en contra de lo establecido en la Ley 49/2002, supuesto marco jurídico de todos estos acontecimientos, que limita su duración a tres años, a la BWR se le otorga un régimen, aún más excepcional, pues su vigencia se amplía cuatro años, vía Ley de Presupuestos, una vía un tanto anómala.

Resulta preocupante, ya de por sí, que una norma que trata de corregir un efecto contrario a la voluntad del legislador y perjudicial para la Hacienda y el interés público, bendiga su subsistencia, eso sí sólo respecto a dos acontecimientos en concreto, lo cual es bastante más grave si tenemos en cuenta que lo hace en perjuicio de otros acontecimientos de, teóricamente, el mismo *excepcional interés público* y que, por tanto, deberían tener el mismo el mismo régimen jurídico.

El resultado de Ley 35/2006, de 28 de noviembre es que, a partir del uno de enero de 2007, van a coexistir dos tipos de acontecimientos de excepcional interés público, los privilegiados y los demás, generando una desigualdad de condiciones inconcebible.

Antes de la reforma el sistema podía tener deficiencias pero se trataba de una, aparente, imprevisión legislativa y, al menos, afectaba a todos los acontecimientos de excepcional interés por igual. Tras la Ley 35/2006, el efecto pernicioso, en cuanto contrario a la verdadera finalidad de la norma, se mantiene de forma consciente y sólo respecto a determinados acontecimientos, que se van a situar en un nivel muy superior respecto a todos los demás, cuya declaración de acontecimiento de excepcional interés público va a ser, sin que sean conscientes de ello, de segunda categoría.

La Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008, declaró acontecimientos de excepcional interés público a cuatro eventos:

– “Año Jubilar Guadalupense”, con una duración del 1 de enero de 2007 hasta el 31 de mayo de 2008.

– La “33ª Copa del América”, desde el 1 de enero de 2008 hasta transcurridos 12 meses a partir del día siguiente a la finalización de la última regata.

– “Guadalquivir Río de Historia”, desde el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010.

– “La Conmemoración del Bicentenario” de la Constitución de 1812, desde el 1 de enero de 2008 hasta el final del evento.

Respecto a todos ellos se establece que: *“Los beneficios fiscales de este programa serán los máximos establecidos en el artículo 27.3 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre”,* supuestamente los mismos (pues la redacción es idéntica) que tendrían la Vuelta de Alicante y la BWR.

Nada más alejado de la realidad. Estos eventos, cuya vigencia oscila entre el 1 de enero de 2007 y el 19 de marzo de 2012, van a coexistir y competir, en la búsqueda de patrocinadores, con la “Vuelta al Mundo a Vela de Alicante” (1 de diciembre de 2007 hasta el 30 de noviembre de 2009) y la BWR (del 1 de julio de 2007 hasta el 30 de mayo de 2011) pero, mientras éstos disponen de un producto fiscalmente rentable para atraer patrocinadores, aquellos tienen que buscar *mecenas*, que no es precisamente lo mismo. Eso sí, teóricamente, todos gozan de los máximos beneficios fiscales.

Las aportaciones que las grandes compañías realicen a la BWR o a la “Vuelta al Mundo a Vela de Alicante”, van a tener un régimen fiscal diferenciado y privilegiado, respecto a las que se puedan hacer al Consorcio “Guadalquivir Río de Historia” o a la “Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de 1812” de forma que, una aportación a la BWR permite generar un crédito fiscal no limitado, que para las grandes compañías, se va a traducir en una inversión financiera, mientras que la aportación que se realice a la Conmemoración del

Bicentenario de la Constitución de 1812, siempre les va a suponer un empobrecimiento. A la hora de elegir un acontecimiento a patrocinar, no creemos que se planteen muchas dudas.

En Julio de 2008, la entidad DELOITTE, con relación a los beneficios fiscales a los acontecimientos de excepcional interés público, realizaba el siguiente análisis, firmado por Miguel Botella:

Como puede notarse, estos incentivos fiscales priman sobremanera a compañías que tengan un gran volumen de gasto en publicidad.

(...)

En algunos casos, se podría llegar a situaciones en que empresas que participen en eventos o programas de esta naturaleza recuperen, vía créditos fiscales, un importe mayor al de las inversiones realizadas para promocionar los mismos.

(...)

No obstante lo anterior, la “potencia” de estos incentivos fiscales se ha visto claramente debilitada tras la entrada en vigor de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (...) que establece que el importe de estas deducciones no podrá exceder del 90% de las donaciones efectuadas al consorcio.

Es evidente que esta nueva limitación que establece el legislador (las empresas podrían recuperar, como máximo, vía crédito fiscal, el 90% de las cantidades aportadas a patrocinar los eventos o programas) desincentiva el participar en este tipo de eventos, en la medida en que, reduce significativamente los créditos fiscales que generarían las empresas, hecho diferenciador y en la mayoría de los casos decisivo en la toma de decisiones de las empresas de cara a entrar a patrocinar eventos o programas de este tipo.

(...)

En cualquier caso, teniendo en cuenta la citada modificación normativa, consideramos que no debe dejarse pasar la oportunidad de analizar la posibilidad de entrar a patrocinar alguno de

“No cabe duda, así lo corroboran los analistas fiscales, que lo que mueve la inversión privada en acontecimientos de interés público no es el supuesto mecenazgo, sino el crédito fiscal que permitía hacer, de la supuesta aportación, un producto financiero y, de la supuesta financiación privada, una mera ilusión”

“La potestad de decisión del empleo de recursos públicos se ha trasladado a Consorcios gestores de los acontecimientos, que se han multiplicado en los últimos años, sin un análisis presupuestario, sin limitaciones en cuanto al importe de donaciones susceptibles de ser aceptadas y, además, con deficiencias legislativas, que han hecho, en muchas ocasiones, del supuesto mecenazgo un negocio rentable a costa de los presupuestos del Estado”

los eventos cuyos beneficios fiscales fueron aprobados antes de 1 enero de 2007.

No cabe duda, así lo corroboran los analistas fiscales, que lo que mueve la inversión privada en acontecimientos de interés público no es el supuesto mecenazgo, sino el crédito fiscal que permitía hacer, de la supuesta aportación, un producto financiero y, de la supuesta financiación privada, una mera ilusión.

La posibilidad de encontrar patrocinios para eventos creados a partir de enero de 2007 que han coexistido con la BWR, es notoriamente difícil, si no imposible, por una evidente desigualdad generada por el legislador, que ha propiciado una competencia desleal entre acontecimientos que deberían ser iguales.

No es de extrañar que las grandes compañías hayan acudido al Consorcio para la Conmemoración del Bicentenario de la Constitución de 1812 a partir de finales de 2010, cuando la BWR estaba cercana a su fin; y tampoco extraña ahora, el planteamiento que se pretendía, cuya finalidad era generar un crédito fiscal que hiciera de la inversión un negocio rentable, como había sucedido hasta entonces.

Durante las negociaciones para cerrar convenios de colaboración y, ante la postura del Consorcio, no dejaba de llamar la atención que el comentario generalizado fuese que con ese planteamiento el Consorcio no resultaba competitivo. Se suponía que la competitividad se movía en el ámbito de lo atractivo del acontecimiento y su repercusión mediática y no por un tratamiento fiscal diferenciado y que, teóricamente, debería ser igual para todos.

Ha faltado rigor en el análisis del sistema, desde distintos puntos de vista. En primer lugar, porque cuando ha sido un éxito no se ha analizado seriamente las razones del aparente éxito, producto de una fisura legislativa que reflejaba una falsa realidad. La financiación no corría a cargo del sector privado, el coste, en gran medida, lo estaba soportando el Estado. Pero parece que duele menos dejar de ingresar que aportar ingresos ya realizados.

En segundo lugar, se ha dado un poder de disposición de ingresos de derecho público a entidades distintas del propio Estado, sin un adecuado límite o sistema de control. La presencia de representantes del Estado en la supervisión es una garantía de legalidad, pero ¿qué límite tiene un Consorcio para aceptar donaciones o aportaciones? Es decir, ¿qué ocurre si una entidad privada decide aportar cien millones de euros en metálico o en especie? Eso puede suponer un notable coste fiscal al Estado, sin que se tenga certeza de que tal dinero, público en definitiva, sea tan necesario para el evento en cuestión.

El beneficio fiscal es un no ingreso en los presupuestos del Estado que, en caso contrario, podría ser destinado a necesidades públicas más primarias, por así decirlo. En cierto modo, la potestad de decisión del empleo de recursos públicos se ha trasladado a Consorcios gestores de los acontecimientos, que se han multiplicado en los últimos años, sin un análisis presupuestario, sin limitaciones en cuanto al importe de donaciones susceptibles de ser aceptadas y, además, con deficiencias legislativas, involuntarias o no tanto, que han hecho, en muchas ocasiones, del supuesto mecenazgo un negocio rentable a costa de los presupuestos del Estado. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

**Comentario de la sentencia
de la sección quinta de la
Sala de lo Contencioso-Administrativo
de la Audiencia Nacional
de 18 de mayo de 2011**

Jesús Rodrigo Lavilla

Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional

(No interviniente en el litigio)

“La Administración del Estado, a través del órgano competente, impone a un funcionario público la sanción de separación del servicio por considerar que había incurrido en una falta muy grave constitutiva de abandono de servicio”

IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 18 de mayo de 2011, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte actora contra una resolución dictada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Administraciones Públicas por la que se desestimó, en el ejercicio de competencias delegadas, el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la resolución de la Ministra de Administraciones Públicas por la que se impuso a un funcionario público la sanción de separación del servicio prevista en el artículo 96.1 a) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP).

ANTECEDENTES DEL CASO Y POSICIONES PROCESALES DE LAS PARTES

La Administración del Estado, a través del órgano competente, impone a un funcionario público la sanción de separación del servicio por considerar que había incurrido en una falta muy grave constitutiva de abandono de servicio.

Un funcionario público causó baja laboral por enfermedad en determinada fecha por el mismo motivo –determinado tipo de hernia– de otra anterior iniciada en el año anterior cuando se encontraba destinado al frente de determinado Departamento Ministerial.

El citado funcionario fue examinado por el Equipo Médico de Valoración de Incapacidades del Instituto Nacional de Seguridad Social que dictaminó que la enfermedad que padecía no le incapacitaba para el desempeño de sus funciones. Dicho dictamen de aptitud para el trabajo fue notificado al funcionario público recurrente por la Delegación del Gobierno que resultaba competente atendiendo a su nuevo destino sin que se formulase alegación, o recurso al-

guno, ni se incorporara a su puesto de trabajo.

En contra del dictamen que negaba su incapacidad el funcionario público recurrente no acudió a trabajar, presentando nuevo parte de baja, cubriendo documentalmente, aunque no con la debida regularidad, la licencia por enfermedad hasta casi dos años después de la baja laboral inicial, pese a que MUFACE le suspendió el subsidio de incapacidad por el transcurso de los 35 meses de baja desde el inicio de la enfermedad de conformidad con la legislación vigente.

El funcionario público recurrente no se acogió a la oportunidad ofrecida por la Delegación de Gobierno de incorporarse al puesto de trabajo o continuar de baja, pero percibiendo únicamente sueldo y complemento familiar, ni cumplió con las obligaciones de acudir al médico y presentar en la Delegación del Gobierno competente los correspondientes partes de baja.

Al contrario, el funcionario público recurrente a la vista del citado ofrecimiento presentó parte de confirmación de baja y dejó de hacerlo en los meses sucesivos.

Ante la anómala situación, la Delegación de Gobierno interesó un nuevo dictamen del Equipo Médico de Evaluación de Incapacidades, que se pronunció ratificando el diagnóstico de la anterior evaluación, dictaminando la capacidad para trabajar del funcionario público recurrente y la improcedencia de una jubilación por incapacidad. Este dictamen le fue comunicado asimismo al funcionario público en tiempo y forma, sin que por parte de éste se formularan alegaciones o recurso alguno, ni se incorporase a su puesto de trabajo. Por el contrario, volvió a presentar un parte de confirmación de baja.

A lo largo del año 2006, el mencionado funcionario público presentó sólo dos partes de confirmación de baja, en los meses de marzo y diciembre, a pesar de ser requerido para ello por la Delegación del Gobierno y durante el año 2007,

hasta la fecha de incoación del expediente disciplinario el funcionario público recurrente no presentó ningún parte de confirmación.

El propio funcionario público recurrente reconoció, de otra parte, que desde el año de la baja inicial se encontraba dado de alta en el Régimen especial de los Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social y que era administrador solidario de una sociedad mercantil, aunque afirmó que no trabajaba en dicha empresa, extremo que se contradice con el Acta levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, incorporada al expediente administrativo, en la que consta la prestación de servicios por cuenta propia del funcionario público recurrente.

A la vista de los antecedentes expuestos y de la resolución administrativa impugnada, la representación procesal de la parte actora alegó a) que la actuación del funcionario público no podía ser calificada como de abandono del servicio, por lo que se había infringido el principio de tipicidad b) que la Administración del Estado al imponer la sanción administrativa de separación del servicio había infringido el principio de proporcionalidad y c) que se había vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, al no haberse probado la concurrencia en la conducta del actor de todos y cada uno de los elementos definidores del abandono de servicio.

La representación procesal de la Administración demandada alegó que el funcionario público recurrente había sobrepasado todos los tiempos de baja laboral, no había acatado las resoluciones médicas que le declaraban capaz para el trabajo, no se había reincorporado al trabajo pese a haber sido requerido para ello y no había presentado en forma reglamentaria los partes de baja médica, y eso durante años, lo que configura una realidad enmarcable en la figura jurídica de abandono del servicio, tal y como lo define la jurisprudencia, siendo ade-

cuada y proporcional la separación del servicio para tal conducta, dadas las circunstancias del caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

La fundamentación jurídica de la sentencia comentada parte del artículo 69 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (TALFCE).

Con arreglo al citado precepto:

“1. Las enfermedades que impidan el normal desempeño de las funciones públicas darán lugar a licencias de hasta tres meses cada año natural, con plenitud de derechos económicos. Dichas licencias podrán prorrogarse por periodos mensuales, devengando sólo el sueldo y el complemento familiar. 2. Tanto inicialmente como para solicitar la prórroga deberá acreditarse la enfermedad y la no procedencia de la jubilación por inutilidad física.”

Seguidamente, la sentencia cita los artículos 89 y 90 del Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento General de Mutualismo Administrativo (RGMA) en virtud de los cuales se encontraran en situación de incapacidad temporal los funcionarios que hayan obtenido licencias por enfermedad o accidente que impidan el normal desempeño de las funciones públicas, correspondiendo la concesión de las licencias y el control de las mismas a los órganos administrativos determinados por las normas de competencia en materia de gestión de personal, con el asesoramiento facultativo que, en su caso, estimen oportuno y siempre para la procedencia de las prórrogas previstas ya que el órgano competente deberá recabar el oportuno informe facultativo en que se acrediten las circunstancias exigidas en cada caso para su concesión.

A la vista de los antecedentes de hecho previamente expuestos, la Sala con-

“A lo largo del año 2006, el mencionado funcionario público presentó sólo dos partes de confirmación de baja, en los meses de marzo y diciembre, a pesar de ser requerido para ello por la Delegación del Gobierno y durante el año 2007, hasta la fecha de incoación del expediente disciplinario el funcionario público recurrente no presentó ningún parte de confirmación”

“La Sala entiende que los hechos constados durante la tramitación del procedimiento administrativo disciplinario e incorporados debidamente al expediente administrativo, y en particular, a la resolución administrativa impugnada, no quedaron desvirtuados a la vista de la prueba practicada (tan sólo documental). Ello le lleva a apreciar la existencia de la figura de abandono de servicio”

sideró que el funcionario público recurrente había incurrido en una falta total justificada de sus prolongadas ausencias al trabajo puesto que no sólo tras sendas inspecciones médicas y dictámenes médicos se había determinado que la enfermedad de la parte actora no le imposibilitaba para el desempeño de las funciones propias de su puesto sino que además se habían dejado de justificar las bajas médicas tal y como impone, dentro del sistema del Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, lo dispuesto en los artículos 3 y 7 de la orden APU/2210/2003, de 17 de julio, que regula el procedimiento de las situaciones de incapacidad laboral y de riesgo durante el embarazo.

La Sala entiende que los hechos constados durante la tramitación del procedimiento administrativo disciplinario e incorporados debidamente al expediente administrativo, y en particular, a la resolución administrativa impugnada, no quedaron desvirtuados a la vista de la prueba practicada (tan sólo documental). Ello le lleva a apreciar la existencia de la figura de abandono de servicio.

Para ello parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la falta muy grave de abandono de servicio apreciada. En particular, cita la sentencia del TS, Sala III, de 18 noviembre 2003 (Recurso de casación 2398/1998) la cual estableció que *“Ha sido la jurisprudencia de esta Sala, en reiteradas sentencias (14 de febrero, 7 de noviembre de 1984, 14 de noviembre de 1985, 23 de diciembre de 1986, 11 de abril de 1988, 17 de julio de 1990, 10 de enero y 29 de mayo de 1996 y 4 de diciembre de 2001, entre otras) la que ha señalado que la falta muy grave de abandono de servicio requiere para su apreciación dos elementos fundamentales: a) Una falta total y continuada de asistencia al servicio a que está obligada por su condición de funcionario. b) Una dejación absoluta de sus obligaciones funcionariales.*

Así, cita la sentencia de 17 de marzo de 1995 que recoge la doctrina juris-

prudencial reiterada sobre la falta muy grave de abandono del servicio, lo que implica la dejación total del puesto de trabajo encomendado al funcionario, generalmente por tiempo indeterminado y sin motivo que lo justifique, con el propósito de apartarse de los deberes inherentes al mismo, llegándose también en aquel supuesto a que la conducta del recurrente era merecedora de la calificación de falta muy grave a la que correspondía la sanción de separación del servicio”.

Aplicando dicha doctrina jurisprudencial al caso de autos, la Sala comparte la calificación jurídica efectuada por la Administración demandada, al haberse puesto de manifiesto la voluntad constante y deliberada del funcionario demandante de no realizar de las funciones propias del puesto de trabajo para el que había sido nombrado, ya que fue él quien había decidido por sí, en contra del criterio médico establecido por especialistas que estaba enfermo, con enfermedad incapacitante imponiendo de forma unilateral a la Administración la ausencia de su puesto de trabajo.

En consecuencia, la Sala confirma la tipificación de los hechos que realiza la resolución impugnada.

Posteriormente, la sentencia comentada pasa a analizar si la resolución administrativa impugnada al imponer al funcionario recurrente la sanción de separación de servicio había vulnerado el principio de proporcionalidad puesto que la sanción impuesta es la más rigurosa de las aplicables a las infracciones muy graves (artículos 6.c, 14.a y 15 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprobó el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RRDFAE)).

Para ello, la resolución judicial parte, como no podía ser de otra manera, del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC) y aclara que el

principio de proporcionalidad exige que en el ejercicio de la potestad sancionadora se guarde la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Como es sabido, el citado precepto deja enunciados varios criterios que deben ser especialmente tomados en consideración para la graduación de las sanciones: la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, todo ello sin excluir que en los diferentes ámbitos de la acción administrativa puedan establecerse otros factores o criterios específicos para la determinación de las sanciones.

Con acierto, la sentencia comentada trae a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1998 la cual estableció que los artículos 15 y 16 del RRDAE prevén una escala de sanciones, o al menos lo que pudiéramos llamar opción entre tres sanciones posibles y, la opción por la máxima sanción posible, exigiría que además de la calificación de muy grave, concurrieran en los hechos circunstancias de agravación intensificadas, que en este caso se aprecia que concurren, existiendo una acción típica reforzada por agravación especial. En primer lugar, los hechos se contraen a un espacio temporal seis años y cinco meses desde que se presentó la primera baja hasta que se abrió expediente disciplinario al funcionario recurrente. En segundo lugar, los partes de baja presentados por el funcionario recurrente eran manifiestamente discontinuos e insuficientes. Y a todo ello, se añade que el citado funcionario estaba dado de alta como trabajador autónomo en el correspondiente régimen de autónomos de la seguridad social, existiendo acta de la Inspección de Trabajo en la que se aprecia prestación de servicios en una tienda de su propiedad.

En definitiva, la conducta del recurrente al no incorporarse a su puesto de trabajo solo puede incluirse según el acertado criterio de la Sala en una actitud de pura y simple dejación del ser-

vicio, lo que le lleva a considerar que resulta proporcional imponerle la más grave de las sanciones previstas para castigar su infracción, la separación del servicio, pues su conducta merece un reproche realmente intenso.

Todos estos fundamentos llevan a la Sala a desestimar el recurso contencioso-administrativo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA Y SU IMPORTANCIA

La importancia de esta sentencia radica en su carácter ilustrativo.

En efecto, se analizan de forma pormenorizada los requisitos jurisprudencialmente exigidos para apreciar la comisión de una infracción muy grave constitutiva de abandono de servicio así como los requisitos jurisprudencialmente exigidos para que dicho abandono de servicio pueda ser sancionado con la sanción más intensa consistente en la separación del servicio.

El artículo 95.2 c) del EBEP configura como falta muy grave el abandono de servicio. Esta falta ya era recogida en el catálogo previsto por la legislación anterior.

Nos encontramos ante una infracción que presenta una gravedad extrema para el debido ejercicio de la función pública y para el adecuado funcionamiento de los servicios públicos. No se puede permitir ni dejar impune el hecho de que los funcionarios públicos abandonen sus puestos de trabajo de forma voluntaria e injustificada. Nos encontramos ante una conducta que debe ser en todo caso perseguida con rigor por los órganos competentes de las respectivas Administraciones Públicas para lograr una adecuada prestación de servicios a los ciudadanos y una gestión eficiente de los recursos económicos de carácter público.

La sentencia se aproxima a la figura del abandono del servicio desde una perspectiva clásica en tanto en cuanto exige para apreciar la comisión de la citada infracción una conducta claramente intencionada e imputable al funciona-

“Nos encontramos ante una infracción que presenta una gravedad extrema para el debido ejercicio de la función pública y para el adecuado funcionamiento de los servicios públicos. No se puede permitir ni dejar impune el hecho de que los funcionarios públicos abandonen sus puestos de trabajo de forma voluntaria e injustificada”

“Tal y como ha señalado la mejor jurisprudencia, así lo recoge la sentencia comentada, la separación de servicios sólo puede imponerse por la comisión de faltas muy graves en las que concurran circunstancias agravantes”

rio público consistente en una ausencia voluntaria en el puesto de trabajo sin motivo alguno que lo pueda justificar. Esto es, exige una dejación del puesto de trabajo por decisión propia del funcionario que va más allá de la ausencia ocasional o aislada. Ello exigirá la realización de labores de comprobación por parte de los órganos competentes de la Administración ejercite la potestad disciplinaria.

En consonancia con la gravedad que entraña la comisión de la falta muy grave constitutiva de abandono de servicio, dicha conducta puede ser sancionada en su manifestación más intensa con la separación de servicio de los funcionarios de conformidad con lo establecido en el artículo 96.1 a) del EBEP. Para el caso de que la sanción constitutiva de separación del servicio afectara a un funcionario interino el citado precepto establece que entrañará la revocación de su nombramiento.

Tal y como ha señalado la mejor jurisprudencia, así lo recoge la sentencia comentada, la separación de servicios sólo puede imponerse por la comisión de faltas muy graves en las que concurran circunstancias agravantes. En el caso comentado, a la vista de los hechos cometidos por el funcionario público no había lugar a dudar sobre la legalidad de la sanción impuesta por la Administración. Nótese que el propio funcionario no sólo había abandonado su puesto de trabajo sin justificación alguna sino que, además, los equipos médicos competentes

habían dictaminado en diversas ocasiones que su dolencia no le inhabilitaba para la prestación de sus funciones y, por otro lado, se encontraba dado de alta en el régimen especial de trabajadores autónomos y la Inspección de Trabajo había verificado que prestaba servicios en una tienda de su propiedad.

Para concluir, se debe advertir que el artículo 96.1 b) del EBEP prevé la posibilidad de que el personal laboral que cometa una falta muy grave sea sancionado con despido disciplinario que comportará inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las desempeñadas.

Si bien existe una cierta equiparación entre las sanciones establecidas en las letras a) y b) del artículo 96.1 del EBEP pues la primera se proyecta sobre los funcionarios y la segunda sobre el personal laboral no se puede obviar que la separación de servicios tiene una mayor intensidad puesto que impide volver a ser funcionario de carrera para toda la vida mientras que en el caso del despido disciplinario el artículo 96.1 b) del EBEP tan sólo impone al personal laboral despedido la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que se desempeñaban por lo que, en sentido contrario, tal y como ha puesto de manifiesto determinado sector doctrinal, la inhabilitación no afectará ni se proyectará sobre contratos de trabajo que no tengan funciones similares a las previamente desempeñadas por el trabajador despedido. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

**Comentario de la sentencia
de la Audiencia Nacional
(Sección Primera)
de 17 de septiembre de 2010**

Eugenio López Álvarez

Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional

“La sentencia recurrida aborda la cuestión planteada por una funcionaria del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Seguridad Social que participó en un proceso selectivo para el acceso por promoción interna al Cuerpo Administrativo, proceso convocado por Orden TAS / 882 / 2007, de 29 de marzo”

IDENTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia nacional de 17 de septiembre de 2010, dictada en recurso de apelación 33/2010. Interesa destacar que reitera la doctrina ya establecida en sentencias previas de 8 de abril de 2010 y 3 de noviembre de 2009.

ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA Y POSICIONES PROCESALES

La sentencia recurrida aborda la cuestión planteada por una funcionaria del Cuerpo Auxiliar de la Administración de la Seguridad Social que participó en un proceso selectivo para el acceso por promoción interna al Cuerpo Administrativo proceso convocado por Orden TAS / 882 / 2007, de 29 de marzo. Este proceso traía causa de la Oferta de Empleo Público para el año 2007, aprobada por el Real Decreto 120 / 2007, de 2 de febrero. Este Real Decreto establecía en su artículo 1.3 lo siguiente:

*“Los procesos selectivos deberán ajustarse al calendario señalado en los párrafos anteriores, salvo excepciones, que deberán ser autorizadas por la Dirección General de la Función Pública. Asimismo, se regirán por los principios de eficacia, eficiencia y anualidad. **Los nuevos efectivos tomarán posesión de sus plazas, o serán nombrados en prácticas, en el ejercicio 2007”.***

No obstante la previsión temporal contenida en este precepto la funcionaria recurrente no fue nombrada hasta el mes de julio del año siguiente por lo que considerando que este retraso vulneraba el ordenamiento jurídico interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la resolución de la Secretaría de Estado de la Administración Pública por la que se le nombraba, interesando su anulación y el reconocimiento de su derecho a ser nombrada funcionaria de carrera, con efectos de 29 de diciembre de 2007 (último día hábil del año 2007) con todos los derechos administrativos y económicos inherentes a ese nombramiento, y con los intereses legales

correspondientes a las cantidades no percibidas.

El Juzgado Central de lo contencioso-administrativo conoció en primera instancia del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la demandante y acogió su pretensión, por entender que el Real Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público tiene naturaleza normativa, por lo que sus prescripciones deben cumplirse so pena de incurrir en la declaración de nulidad prevista en el artículo 62.2 de la Ley 30 / 1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, circunstancia que considera concurrente en el presente caso. Además de declarar la nulidad del nombramiento de la funcionaria, acontecido en julio de 2008, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo reconoce su derecho a ser nombrada con fecha anterior a la señalización del año 2007, así como a tomar posesión de la plaza correspondiente con todos los derechos inherentes desde esa fecha.

El recurso de apelación articulaba como motivos de impugnación los siguientes:

a) La Oferta Pública de Empleo es un acto administrativo que no genera derecho a ser nombrado en un plazo determinado. Ni en la Oferta, ni en la convocatoria se fija el momento en que han de concluir los ejercicios y se ha de tomar posesión.

b) Los interesados no pueden pretender la ambición de la Oferta y, al mismo tiempo, beneficiarse de lo fijado en ella aunque sea de modo aproximado.

c) El plazo fijado no puede ser considerado esencial, cuya desatención invalida el acto, no pudiendo tampoco pretender el interesado la retroacción de los efectos, percibiendo retribuciones por trabajos no efectivamente realizados, Tampoco puede considerarse la infracción del principio de igualdad.

Por otra parte, la parte apelada articulaba la oposición al recurso de apelación básicamente según lo que sigue:

a) Se trataba de un proceso de promoción interna, por lo que al ser todos los participantes ya funcionarios de carrera la Administración disponía de la totalidad de la documentación justificativa de los méritos alegados por los participantes con anterioridad a la elaboración de la relación definitiva de aprobados. Por tanto, una vez elaborada la relación definitiva de aprobados, la resolución del proceso selectivo no debe demorarse innecesariamente.

b) Asimismo se alegaba que en la Oferta de Empleo Público se establecía un plazo determinado (aunque nada señalara la convocatoria del proceso) y no una mera referencia presupuestaria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA SENTENCIA

En los términos en que aparece configurado el debate procesal la Sala analiza el régimen jurídico que sirve de marco al Real Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público, la referencia al principio de anualidad que se contiene en la propia Oferta, y el carácter no esencial de los términos temporales fijados, en relación con la eventual invalidez de los actos dictados fuera de dichos términos.

En relación con el régimen jurídico que sirve de marco al Real Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público la define como el instrumento creado con la finalidad de racionalizar y materializar el proceso de selección de personal (*“La Administración hace pública la relación de las plazas vacantes que pretende cubrir durante el ejercicio presupuestario a través de los procedimientos de selección del personal”*).

De su examen resulta que no existe una limitación temporal explícita para la ejecución de los procesos selectivos derivados de la Oferta de Empleo Público. Ni en la Ley de Medidas de Reforma para la Función Pública (aplicable en el proceso por razones temporales) ni en el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado (aprobado por Real

Decreto 364/1995, de 10 de marzo). En efecto, el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública establece:

“Las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de Empleo Público”.

Por su parte, el artículo 7 de citado Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado dispone:

“Las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de oferta de empleo público, siempre que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio”.

No obstante, la propia sentencia trae a colación la regulación vigente para poner de manifiesto la inexistencia de límites temporales para el desarrollo de las previsiones contenidas en la oferta de empleo público, señalando cómo, en contraste con la legislación anterior, el Estatuto Básico del Empleado Público establece un plazo máximo de tres años para la ejecución de la oferta, reseñando el artículo 70 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.

*“Las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de Empleo Público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas, y hasta un diez por cien adicional, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. **En todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del improrrogable plazo de tres años”***.

En conclusión, la sentencia concluye que no existe límite temporal explícito

“La Sala analiza el régimen jurídico que sirve de marco al Real Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público, la referencia al principio de anualidad que se contiene en la propia Oferta, y el carácter no esencial de los términos temporales fijados, en relación con la eventual invalidez de los actos dictados fuera de dichos términos”

para la ejecución del proceso selectivo para las vacantes existentes con asignación presupuestaria que pueda derivarse de la entonces vigente legislación sobre función pública (hasta la entrada en vigor del citado Estatuto Básico del Empleado Público).

A continuación analiza el contenido del correspondiente Real Decreto aprobatorio de la Oferta de Empleo Público para 2007 (Real Decreto 120/2007, de 2 de febrero), en el que se incluye como principio rector de los procesos selectivos, junto al de eficacia y eficiencia, el de anualidad. Señala la sentencia que *“las normas que aprobaron las Ofertas de Empleo Público de los últimos años –como el Real Decreto 120/2007– hacen referencia al principio de anualidad como uno de los principios que deben regir los procesos selectivos que desarrollen las previsiones de la Oferta de Empleo Público. Este principio de anualidad trae causa como es lógico del principio de anualidad que rige en los presupuestos públicos de las distintas Administraciones, pues se trata de ofertar y cubrir aquellas plazas vacantes que se hayan dotado presupuestariamente para un ejercicio determinado. De ahí que este principio de anualidad no debe ser entendido en el cómputo anual de 12 meses sino como el año natural (1 de enero a 31 de diciembre) al que vienen referidos los presupuestos de las distintas Administraciones”*.

Este significado y contenido del principio de anualidad viene reforzado por lo establecido en el artículo 18.6 de la Ley de Reforma de la Función Pública, al remitir anualmente a las Leyes de presupuestos el señalamiento de los criterios aplicables a la Oferta de Empleo del sector público estatal.

Sobre estas bases, la sentencia extrae dos consecuencias fundamentales:

a) El sentido de la expresión “principio de anualidad” que debe regir los procesos selectivos hace referencia a la vinculación de dichos procesos a las previsiones contenidas en los presupuestos de cada año, de suerte que

los criterios contenidos en la Oferta de Empleo Público para un año determinado se agotan en esa anualidad, no proyectándose sus mandatos hacia ejercicios futuros, y que

b) Ciertamente de ese principio de anualidad no puede extraerse la consecuencia de la nulidad de las resoluciones administrativas que nombran funcionarios más allá de ese momento, como tampoco puede extraerse la consecuencia del nacimiento del derecho de ser nombrados funcionarios dentro del año con todos los derechos inherentes, a quienes fueron nombrados con posterioridad a dicha fecha.

Sin embargo, además de esa referencia esencialmente presupuestaria en que consiste el principio de anualidad, se analiza la previsión contenida en el último inciso del artículo 1.3 del Real Decreto 120/2007, de 2 de febrero, ante la alegación de la recurrente de que dicha Oferta de Empleo Público sí contenía o establecía un plazo determinado para la ejecución del proceso selectivo y no una mera referencia presupuestaria. Así se declara que el citado Real Decreto por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para 2007, *“no se limita a señalar en su artículo 1.3 que los procesos selectivos se regirán por el principio de anualidad, sino que añade que los nuevos efectivos tomarán posesión de sus plazas, o serán nombrados en prácticas, en el ejercicio 2007”*. Por tanto, la Sala admite que el criterio relevante se encuentra en este elemento, en tanto que los procesos selectivos no sólo deben ajustarse a los criterios y planificación de la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado, sino también a esa previsión según lo cual deben iniciarse y culminarse en el mismo año.

En consecuencia, admitiendo la existencia de dicha previsión temporal se trataría de determinar si su incumplimiento permite la anulación de los nombramientos posteriores a la finalización del año (es decir, nombramientos producidos, en este caso, el año siguiente), con lo que se hace preciso establecer la

“La sentencia concluye que no existe límite temporal explícito para la ejecución del proceso selectivo para las vacantes existentes con asignación presupuestaria que puedan derivarse de la entonces vigente legislación sobre función pública”

naturaleza o carácter del plazo máximo establecido.

En relación con las infracciones con trascendencia anulatoria de términos o plazos, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 62.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común que establece que *“la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”*. Como señala la sentencia, se recoge en este precepto la regla general de validez de los actos administrativos realizados fuera de plazo, y la excepcional de su invalidez. Añade, sin embargo, la sentencia que lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial en la que pueda incurrir la Administración por funcionamiento anormal e los casos en que resuelva fuera del plazo o término establecido.

En cuanto a las infracciones de términos o plazos con virtualidad anulatoria se ha vinculado a los plazos de ejercicio de potestades administrativas en los casos en que el término o plazo actúa como límite al ejercicio de la potestad (por ejemplo, plazos de prescripción de infracciones o sanciones administrativas) o en aquellos supuestos en que el tiempo es esencial para que el acto cumpla su finalidad (esta última es la tesis acogida en la sentencia que se comenta) En efecto, la sentencia concluye que la previsión temporal según la cual *“los nuevos efectivos tomarán posesión de su plazas, o serán nombrados funcionarios en prácticas, en el ejercicio 2007”* no tuvo carácter esencial y, por tanto, no es determinante de invalidez, y no lo es *“porque el incumplimiento no impide a la Administración cumplir su objetivos de cobertura de plazas vacantes, presupuestadas para ese año, ni impide tampoco a los partícipes en dichos procesos acceder a las mismas. En definitiva no puede deducirse de la naturaleza de ese término la invalidez de los actos dicta-*

dos con posterioridad al 31 de diciembre de 2007”.

En línea con el argumento de que el término no impide cumplir con la finalidad prevista en el proceso selectivo, la sentencia añade otra consideración “finalista”. Señala la sentencia que las consecuencias que se derivan de considerar esencial dicho término son extremadamente graves tanto para la Administración como para los administrados, ya que no es infrecuente que los procesos selectivos iniciados en virtud de una Oferta pública de Empleo un determinado año se prolonguen mas allá del 31 de diciembre, lo que según lo expuesto determinaría la anulación de los procesos impidiendo a la Administración cubrir las plazas vacantes de que disponga, siempre que estén presupuestadas y ofertadas, y a los aspirantes acceder a dichas plazas, sin que se alcance a entender qué beneficios se derivan de esta situación para los intereses generales o la de los particulares afectados.

Y es que la sentencia parte de la tesis de que, si la naturaleza del término condujera a la invalidez, tal invalidez alcanzaría a todo el proceso selectivo y no sólo a la resolución de nombramiento extemporánea. Articulando una analogía con los procedimientos administrativos sujetos a plazo de caducidad, en los que si el plazo se excede no sólo es nula la resolución final, sino que la anulación debe alcanzar a la totalidad del procedimiento por haberse excedido el plazo para su tramitación. Añade a continuación que incluso aunque admitamos que no todo el procedimiento selectivo deber ser anulado, sino sólo aquellos actos dictados con posterioridad al 31 de diciembre también las consecuencias pueden ser especialmente gravosas para los intereses generales pues pudieran estar pendientes a tal fecha la realización de ejercicios o pruebas cuya superación se concretaría en actos administrativos a los que necesariamente alcanzaría la sanción de nulidad, impidiéndose así la culminación de los proceso selectivos y la cobertura de plazas

“Admitiendo la existencia de dicha previsión temporal se trataría de determinar si su incumplimiento permite la anulación de los nombramientos posteriores a la finalización del año siguiente, con lo que se hace preciso establecer la naturaleza o carácter del plazo máximo establecido”

vacantes, plazas que deberían ser nuevamente ofertadas.

En conclusión, la sentencia confirma la validez del proceso selectivo culminado fuera del ejercicio presupuestario en que se convocó, no obstante la fijación del término o plazo establecido en el Real Decreto aprobatorio de la correspondiente Oferta de Empleo Público. Sin embargo, y por último, señala que tales términos y plazos constituyen indicaciones claras, incluso mandatos dirigidos a la Administración para evitar la dilación excesiva de los procesos selectivos de su personal y, aunque no determinen la anulación de dichos procesos, pueden determinar la responsabilidad patrimonial de la administración por un funcionamiento anormal siempre y cuando se hayan producido daños a los particulares con tales dilaciones.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA Y SU IMPORTANCIA

La sentencia que se acaba de comentar viene a avalar la validez de los procesos de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas culminadas fuera del ejercicio presupuestario en que se produce la correspondiente convocatoria, por considerar que el plazo establecido en el Real Decreto aprobatorio de la Oferta de Empleo Público anual no tiene carácter esencial, aplicando a tal efecto lo dispuesto en el artículo 62.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues lo contrario impediría que pudiera alcanzarse la propia finalidad de la respectiva Oferta de Empleo Público. Determina que la finalidad del establecimiento de plazos para la culminación de los procesos selectivos es esencialmente la de evitar dilaciones excesivas en el desarrollo de los procesos de selección de personal, remitiendo, por último, al instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por funcionamiento anormal, siempre y

cuando se hayan producido daños efectivos a los particulares como consecuencia de tales dilaciones excesivas.

Hay que señalar que la sentencia analiza un proceso selectivo culminado en el año 2008, respecto a la Oferta de Empleo Público de 2007, y por tanto, con la legislación vigente en el momento en que se aprueba dicha Oferta. La cuestión aparece resuelta ya, a nuestro juicio, con carácter terminante en el artículo 70 del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando señala que *“en todo caso, la ejecución de la oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del improrrogable plazo de 3 años”*, configurándose como un plazo o término esencial que, en caso de no ser respetado, constituiría causa de invalidez de los actos administrativos. Sin embargo, estableciéndose en el Estatuto un plazo máximo, nada impide que en el correspondiente Real Decreto que autoriza la aprobación de la Oferta de Empleo Público anual, pudiera establecer un calendario distinto, en cuanto menor, para la culminación de los procesos selectivos de las plazas ofertadas. Por tanto, la doctrina sentada por la sentencia comentada podría ser aplicable en supuestos de regulación análoga al establecido en el artículo 1.3 del Real Decreto 120/2007, de 20 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2008.

La indicada previsión temporal se reitera en el Real Decreto 248/2009, de 27 de febrero por el que aprueba la oferta de empleo público para 2009, aunque ya se prevé explícitamente la posibilidad de excepcionar dicho plazo, por resolución motivada de la Dirección General de la Función Pública. Por último, en el Real Decreto 406/2010, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para 2010, (artículo 1.2 último párrafo) ya no establece un plazo determinante, al disponer que *“se procurará que los procesos selectivos de funcionarios de carrera estén finalizados en el presente año”*. ■

“La sentencia que se acaba de comentar viene a avalar la validez de los procesos de selección de personal al servicio de las Administraciones Públicas culminadas fuera del ejercicio presupuestario en que se produce la correspondiente convocatoria”

Prejudicialidad: el tratamiento de la acción civil de resarcimiento ejercitada en el proceso penal

Comentario a los Autos del Juzgado
de lo Mercantil nº 3 de Barcelona,
de 23 de febrero de 2011 y nº 206/2011
de la Audiencia Provincial de Barcelona
(Sec. 15ª), de 19 de diciembre de 2011

Eva Fuerte López
Paulino Fajardo Martos
DAC Beachcroft

“Se analizan en este comentario las resoluciones del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelven la existencia o no de prejudicialidad civil y penal en la interposición de una demanda civil de reclamación de responsabilidad derivada de un accidente aéreo, estando pendiente de resolución un procedimiento penal en el que se investigan las causas del siniestro”

RESUMEN

Se analizan en este comentario las resoluciones del Juzgado de lo Mercantil y de la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelven la existencia o no de prejudicialidad civil y penal en la interposición de una demanda civil de reclamación de responsabilidad derivada de un accidente aéreo, estando pendiente de resolución un procedimiento penal en el que se investigan las causas del siniestro. Aunque inicialmente el Juzgado de lo Mercantil rechazó la existencia de cualquier conexión entre ambos procesos, revisado su criterio, finalmente estimó la existencia de prejudicialidad civil. Las resoluciones se refieren también a la prejudicialidad penal y a la litispendencia.

1. HECHOS

La resolución que comentamos tiene su origen en el accidente ocurrido el día 20 de agosto de 2008, cuando una aeronave de la Compañía Spanair MD 82, que operaba el vuelo Madrid-Las Palmas de Gran Canaria, se estrelló en el aeropuerto de Barajas tras iniciar el despegue, resultando 152 personas fallecidas y 18 heridas de gravedad. El accidente dio lugar a la incoación, por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, de Diligencias Previa de Procedimiento Abreviado a fin de determinar las causas del siniestro, así como sus responsables. En dicho procedimiento penal la gran mayoría de los perjudicados por el accidente se encuentran personados ejercitando tanto la acción penal como la civil derivada del daño causado por el accidente.

Pendiente la tramitación del proceso penal, algunos de los perjudicados promovieron, simultáneamente, demanda de juicio ordinario ante los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona contra la compañía aérea y su aseguradora, ejercitando contra la primera la acción de reclamación de daños y perjuicios con fundamento en el Convenio de Montreal de 1999 y en el Reglamento 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (modificado por el Reglamento

889/2002) y, respecto de la aseguradora, la acción directa del perjudicado contra el asegurador de responsabilidad civil derivada del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

Las demandadas plantearon sendas cuestiones prejudiciales penal y civil habida cuenta de la falta de conclusión del proceso penal en el que se dirime tanto la responsabilidad penal como la civil derivada del accidente, solicitando la suspensión del procedimiento por tal causa. Igualmente, se opuso la excepción de litispendencia por hallarse ya personados en el procedimiento penal –al tiempo de interposición de la demanda–, algunos de los demandantes de Barcelona.

En efecto, al tiempo de formular la demanda, –20 de agosto de 2010– se hallaban personados en sede penal, ejercitando su acción civil derivada del delito, cuatro demandantes. Con posterioridad, en enero de 2011, los restantes demandantes, que no estaban personados en Madrid, solicitaron su personación ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, en condición de perjudicados.

Mediante Auto de fecha 27 de diciembre de 2010, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona desestimó la petición de suspensión, basándose en las siguientes consideraciones:

a) **En relación con la prejudicialidad penal** consideró que, si bien los hechos enjuiciados en el procedimiento penal y en el civil son los mismos –el accidente aéreo de 20 de agosto de 2008–, lo que se enjuicia en uno y otro procedimiento es diferente, *“pues en el penal se debe determinar si alguna de las personas acusadas ha cometido algún delito o falta, mientras que en este procedimiento (civil) se trata de determinar el quantum indemnizatorio que debe ser abonado por las demandadas con base en la regulación contenida en el Convenio de Montreal de 1999 y en el Reglamento CE 2027/1997, modificado por el Reglamento CE889/2002”*.

b) **En relación con la prejudicialidad civil**, consideró que: *“(…) una cosa es la responsabilidad penal que se dilu-*

cida en el procedimiento penal y la consiguiente responsabilidad civil derivada del presunto delito o falta que se enjuiciará, y otra muy distinta la responsabilidad cuasi objetiva que las normas internacionales y comunitarias aplicables establecen en relación con la responsabilidad de los transportistas aéreos en caso de muerte o lesiones debidas a accidente, no existiendo en el caso ninguna conexidad entre ambas acciones ni que una sea consecuencia lógico-jurídica de la otra ni que sea necesario decidir una antes que la otra, todo ello con independencia de que dichas acciones se tramiten en juzgados de órdenes jurisdiccionales distintos”.

Contra este Auto las demandadas formularon recurso de reposición manteniendo (i) la absoluta conexión entre el proceso penal entablado por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid y el que se tramita ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, (ii) la prioridad absoluta de la Jurisdicción penal en el Ordenamiento Jurídico Español y (iii) la existencia, además, de prejudicialidad civil, dado que la normativa aplicada por el Juez penal en la pieza separada de responsabilidad civil no es otra que el propio Convenio de Montreal y Reglamentos de desarrollo, antes citados, sobre los que se sustentaba la acción civil entablada en Barcelona.

2. RESOLUCIÓN JURÍDICA

2.1. Auto resolutorio del recurso de reposición de 23 de febrero de 2011

El Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, de 23 de febrero de 2011, resolvió el recurso manteniendo el pronunciamiento sobre la inexistencia de prejudicialidad penal **pero estimando, por el contrario, la existencia de prejudicialidad civil y acordando, consecuentemente, la suspensión del procedimiento.**

a) **Sobre la prejudicialidad penal**, mantiene el Auto que, pese a que los hechos que motivan la incoación de am-

bos procedimientos son idénticos, los presupuestos de ambas acciones no devienen coincidentes, ya que en el procedimiento penal se pretende dilucidar la responsabilidad de los imputados a fin de determinar la eventual comisión de un delito o falta por aplicación de los tipos contenidos en el Código Penal, mientras que en el procedimiento civil el objeto de debate es la posible indemnización que corresponda a los perjudicados en virtud del siniestro aéreo, en aplicación de la específica normativa plasmada en el Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 y en el Reglamento Comunitario nº 2027/1997, que contemplan una responsabilidad cuasi-objetiva.

El Auto declara además que, en cualquier caso, la suspensión sólo podría operar una vez celebrado el juicio, en el momento de dictar sentencia o, cuanto menos, tras la fijación de hechos en el acto de la audiencia previa, lo que considera motivo suficiente para la desestimación del recurso de reposición.

b) **Sobre la prejudicialidad civil**, por el contrario, el Juzgado, revocando las declaraciones del Auto de 27 de diciembre de 2010 aprecia, no solo mera conexión entre las acciones ejercitadas ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid (en la pieza separada de responsabilidad civil) y la acción ejercitada en el proceso civil, **sino la existencia de plena identidad de pretensiones** lo que resulta, a juicio del Juzgador, del hecho de que en la referida pieza separada de responsabilidad civil el órgano instructor aplica la normativa esgrimida en el proceso civil (Convenio de Montreal y Reglamentos europeos de desarrollo) a fin de determinar los anticipos de la indemnización, **por lo que, entiende el Juzgador, se ampara en idénticos presupuestos materiales a fin de establecer la responsabilidad civil derivada del delito operada a través de la acción cuasi-objetiva que determina dicha normativa.**

Considera el Auto que ello supone, en última instancia, que en el momento procesal oportuno, **el órgano enjuicia-**

“Al tiempo de formular la demanda, –20 de agosto de 2010– se hallaban personados en sede penal, ejercitando su acción civil derivada del delito, cuatro demandantes. Con posterioridad, en enero de 2011, los restantes demandantes, que no estaban personados en Madrid, solicitaron su personación ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, en condición de perjudicados”

dor de la causa penal resolverá acerca de la misma acción seguida en la causa civil, aplicando la misma normativa de indole civil y, en su caso, tomará en consideración los hechos probados relevantes de la sentencia penal.

Este Auto fue recurrido en apelación por los demandantes habiendo sido resuelto dicho recurso por la Audiencia Provincial de Barcelona por medio del Auto de 19 de diciembre de 2011 que se examina a continuación.

2.2 Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 19 de diciembre de 2011

El Auto anterior fue confirmado por el de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de diciembre de 2011. Sus pronunciamientos son los siguientes:

“Se considera que existe una plena identidad de acciones cuyo ejercicio se ha simultaneado ante dos Órdenes Jurisdiccionales distintos, y no cabe duda de que la Jurisdicción penal es preferente para su conocimiento, por así disponerlo el art. 10 LOPJ y arts. 111 y 114 LECrim.”

a) Sobre la prejudicialidad penal:

Sostiene la Audiencia que, aunque el Auto de 23 de febrero confirma la inexistencia de prejudicialidad penal, dicho Auto parece dejar la puerta abierta a una posible suspensión por tal causa en el momento que prevé el artículo 40.3 LEC, esto es, una vez celebrado el acto del juicio (o, por lo menos, tras la fijación de hechos controvertidos en la audiencia previa).

Por ello, el parecer de la Audiencia sería proclive a la existencia de prejudicialidad penal, y no sólo por la anterior consideración sino porque, en el propio Auto, al confirmar la procedente suspensión del proceso civil, declara la Sala que ello:

“No deja de ser una consecuencia de la prejudicialidad penal configurada por el art. 40 LEC y 114 LECrim, cuando la acción ejercitada ante el tribunal civil tiene por causa el resarcimiento o indemnización del daño producido por unos hechos cuya calificación penal es objeto del correspondiente proceso ante los tribunales de dicho orden”.

b) Sobre la prejudicialidad civil:

El Auto, rebatiendo los motivos de apelación esgrimidos por los demandantes, en el sentido de que la apreciación de prejudicialidad civil requiere la existencia de dos procedimientos civiles en curso, (lo que en este caso no se produciría, ya que uno de los procedimientos es penal), estima que, si bien es cierto tal extremo, también lo es que **“En ese proceso penal se está ejercitando, (...) por el Ministerio Fiscal o por los perjudicados que se han personado, de conformidad con los arts. 100 y 108 LECrim., la acción civil para la preparación del daño que nace del hecho punible, que es el mismo hecho que en la demanda que conocemos se presenta como originador del daño cuyo resarcimiento se pretende”.**

Se considera, por tanto, que existe una plena identidad de acciones cuyo ejercicio se ha simultaneado ante dos Órdenes Jurisdiccionales distintos, y no cabe duda de que la Jurisdicción penal

es preferente para su conocimiento, por así disponerlo el art. 10 LOPJ y arts. 111 y 114 LECrim. E, igualmente, **que la acción de resarcimiento entablada en sede civil no es diferente de la ejercitada en el proceso penal ya que dicha acción, a la que hace referencia el artículo 100 de la LECrim., no pierde su naturaleza por el hecho de ser ejercitada en un procedimiento penal**, tratándose, en ambos casos, de una responsabilidad civil que nace del acto ilícito y que no cambia su naturaleza por la calificación de ese acto como delito o falta.

Rebatiendo las alegaciones de la parte apelante, se considera que **el Convenio de Montreal no modifica tales conclusiones, limitándose a establecer la normativa aplicable para determinar y medir cuantitativamente la responsabilidad civil por daños a las personas derivada de un accidente o siniestro aéreo y es la norma aplicable en uno y en otro proceso, en uno y otro Orden Jurisdiccional**, en el que se actúe judicialmente la responsabilidad civil consecuente.

El Auto, lógicamente, mantiene la suspensión del procedimiento concluyendo que **“Si los demandantes están ejercitando la acción civil de resarcimiento por el daño causado a raíz del siniestro aéreo en el proceso penal, no cabe su simultáneo ejercicio separado ante la jurisdicción civil, debiendo suspenderse el proceso civil hasta que decida el órgano judicial penal”.**

Merece la pena resaltar que los demandantes, días antes de decidir la Sala sobre el recurso de apelación, renunciaron a la acción civil en el proceso penal, comunicándolo a la Audiencia Provincial. Sobre dicha renuncia el Auto hace una breve referencia manifestando que ello no es óbice a la suspensión del procedimiento por mandato imperativo de los arts. 111: **“mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme (...)”**, y 112 LECrim.:

“ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”.

Por tanto, a pesar de la renuncia a la acción civil, el mandato de la LECr es claro: no puede incoarse procedimiento civil alguno (y si estuviese iniciado debe suspenderse) hasta que concluya el proceso penal. Ello implica, lógicamente, el mantenimiento de la suspensión acordada por el Juzgador de instancia.

3. COMENTARIO

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona resulta de interés, pues viene a sentar la naturaleza absolutamente civil de la acción de indemnización ejercitada ante el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, haciendo entrar en juego la prejudicialidad civil respecto del proceso penal tramitado por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, habida cuenta de la absoluta identidad de la acción amparada en el Convenio de Montreal y la acción civil derivada del delito tramitada en la pieza separada de responsabilidad civil en el proceso penal.

Cabe destacar también que, si bien el Auto comentado no revoca los pronunciamientos del Juzgado de lo Mercantil sobre la existencia de prejudicialidad penal, (que no fueron objeto de recurso), de su contenido se desprende claramente la existencia de la misma, por lo que los pronunciamientos contenidos en la eventual sentencia que termine el proceso penal habrían de ser tenidos en cuenta por el Juzgador civil al dictar su resolución.

El comentario a esta resolución nos permite a examinar, muy someramente, los conceptos de prejudicialidad penal y civil, y la distinción de esta última de la excepción procesal de litispendencia y su tratamiento en la legislación procesal civil, también planteada por la representación procesal de las demandadas.

3.1 La prejudicialidad penal

La prejudicialidad penal se pone de manifiesto, conforme al artículo 40 de la LEC, cuando en un proceso civil aparezca un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta. La LEC no atribuye eficacia suspensiva de modo automático a las cuestiones prejudiciales penales sino que exige, para dar lugar a la suspensión, dos requisitos:

– Que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil y

– Que la decisión del tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución del asunto civil.

En el caso que nos ocupa, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona consideró que no existía tal *influencia decisiva* entre una y otra decisión, penal y civil.

En efecto, el Auto de 27 de diciembre de 2010 consideró que la cuestión fundamental a dilucidar, **a fin de resolver sobre la existencia de prejudicialidad penal**, era la determinación de *si los hechos que se enjuician en el procedimiento penal que se sigue ante el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid, en averiguación de las causas del accidente aéreo, tienen o pueden tener influencia decisiva en lo que se decida en el presente procedimiento, llegando a existir, en su caso, sentencias contradictorias en ambos órdenes jurisdiccionales.*

Sin embargo, desestimó la cuestión prejudicial penal por considerar que los artículos 17 y 21 del Convenio de Montreal y 3.2 y 3.3. del Reglamento 2027/1997 establecen un escenario de responsabilidad cuasi objetiva con dos fases: la primera de ellas, hasta 100.000 Derechos Especiales de Giro, que se aplica de forma automática y *ex lege*, es decir, sin posibilidad de excluir ni limitar la responsabilidad, y la segunda, a partir de esa cantidad, en cuanto a determinar por parte de la compañía aérea si exis-

te algún tipo de negligencia que impida la cuantificación de esos daños, siendo todo ello **totalmente ajeno a la actuación delictiva de la propia compañía, sus empleados o terceros.**

Por tanto, el Juzgador consideró que, a pesar de existir plena identidad de hechos, no se cumplía el segundo de los requisitos del art. 40 LEC (influencia de la decisión penal en el pleito civil) y, a la luz de todas las anteriores consideraciones, concluyó:

“La tramitación del procedimiento penal ni puede ni debe tener una influencia decisiva en el presente procedimiento porque, si bien nos encontramos ante hechos iguales entre ambos procedimientos, en el presente procedimiento se debe determinar el quantum de la indemnización que se fijará a favor de los demandantes con base en la normativa comunitaria e internacional sobre responsabilidad de las compañías aéreas y sus aseguradoras en caso de muerte o lesiones debidas a accidente aéreo, sin que quepa analizar ningún tipo de responsabilidad delictiva”.

Oponiéndose a tales argumentos, en el recurso de reposición interpuesto contra el Auto, los codemandados, manteniendo la existencia de prejudicialidad penal, alegaron que, de ser correcta la conclusión vertida en el primero de los autos, en caso de accidente aéreo nos encontraríamos ante un *tertium genus* de responsabilidad, ni civil ni penal, que implicaría una condena automática del transportista sin tan siquiera declarar su responsabilidad y subsiguiente innecesariedad de práctica de prueba alguna en el procedimiento plenario y, de otro lado, que el proceso civil sólo tendría por objeto declarar en sentencia la suma que hay que indemnizar a los demandantes, **sin examinar por qué tuvo lugar el accidente y quiénes son los responsables del mismo.**

Se alegó, asimismo, que para la determinación de la indemnización de los perjuicios a que hace referencia este precepto, **el órgano penal que dic-**

te sentencia habrá de tomar en consideración toda la investigación de causas y responsabilidades que está siendo llevada a cabo por el Juzgado de Instrucción siendo tal responsabilidad civil y subsiguiente, en su caso, determinación del quantum indemnizatorio dirimida en sede penal, la misma que pretende la parte actora en el proceso civil entablado en Barcelona si bien eludiendo la tardanza del proceso penal por la vía rápida de acudir a un Convenio Internacional que en nada contradice los principios básicos del derecho indemnizatorio de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Por tanto, la resolución del órgano penal sobre causas y responsabilidades en la producción del accidente resultaría decisiva para el Juez civil a la hora de resolver.

Además, se esgrimió la absoluta prioridad de la Jurisdicción penal en el Ordenamiento Jurídico Español trayendo a colación el artículo 10.2 de la LOPJ: *“No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento*

“La prejudicialidad penal se pone de manifiesto, conforme al artículo 40 de la LEC, cuando en un proceso civil aparezca un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta”

mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda”) así como la incorrecta interpretación del Convenio de Montreal llevada a cabo por el Juzgador de instancia ya que el Convenio de Montreal no legitimaría otra actuación diferente que la suspensión del proceso civil hasta que recayera sentencia firme por las siguientes razones:

– **Porque lo que se enjuicia en uno y otro procedimiento no es diferente.** No se trata, como señala el Auto en el FJ 1º, de que en el procedimiento penal se deba *“determinar si alguna de las personas acusadas ha cometido algún delito o falta, mientras que en este procedimiento se trata de determinar el quantum indemnizatorio que debe ser abonado por las demandadas, con base en la regulación contenida en el Convenio de Montreal de 1999 y en el Reglamento CE 2027/1997”*. En efecto, los mismos hechos (que, como reconoce el propio Juzgador, son comunes a los dos procedimientos) y su esclarecimiento, en esencia, la averiguación de las causas del accidente aéreo, son determinantes para: (i) establecer o no la responsabilidad penal en el procedimiento que se sigue ante el Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid y, (ii) establecer o no la responsabilidad de la compañía aérea bajo el Convenio de Montreal de 1999 y el Reglamento CE 2027/1997, modificados por el Reglamento CE 889/2002.

– Porque no existiría, al amparo de la normativa citada por la parte actora, un proceso especial y diferente en el que tan sólo se examine el *quantum* de la indemnización siendo paso previo para la declaración de la indemnización la declaración de responsabilidad del condenado al pago. Si bien es cierto que el Convenio de Montreal de 1999 y el Reglamento CE 2027/1997 establecen un régimen de responsabilidad que, en un primer tramo, puede calificarse como de responsabilidad *cuasi* objetiva, también lo es que **no existe responsabilidad objetiva absoluta que permita a los órganos jurisdiccionales dejar de**

examinar los presupuestos de la responsabilidad, ya fuere civil o penal dejando al margen incluso la relación de causalidad. No es ese el espíritu del Convenio.

– Porque es imprescindible conocer las circunstancias del accidente para confirmar o no la responsabilidad de la compañía aérea. A modo de ejemplo, el artículo 20 del Convenio de Montreal de 1999 dispone que:

“Cuando pida indemnización una persona que no sea el pasajero, en razón de la muerte o lesión de este último, el transportista quedará igualmente exonerado de su responsabilidad, total o parcialmente, en la medida en que pruebe que la negligencia u otra acción u omisión indebida del pasajero causó el daño o contribuyó a él. Este artículo se aplica a todas las disposiciones sobre responsabilidad del presente Convenio, incluso al párrafo 1 del artículo 21”.

– Por tanto, para que pueda acreditarse o descartarse la circunstancia prevista en el artículo 20 del Convenio de Montreal transcrito sería **necesario esclarecer las causas del accidente**. El último inciso del artículo 20 es fundamental ya que la posibilidad de exoneración se produce respecto de cualquier tipo de responsabilidad bajo el Convenio, incluida la prevista en su artículo 21.1, la denominada responsabilidad *cuasi* objetiva. Precisamente por tal motivo es *cuasi* objetiva y no objetiva **porque el Convenio prevé una causa de exoneración para cualquier tipo de responsabilidad**. Para que el Juzgador pueda resolver adecuadamente es necesario el pleno conocimiento de las causas que originaron el accidente siendo ese, precisamente, el objetivo del procedimiento penal que tiene lugar en el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid.

En definitiva, antes de fijar el quantum de la indemnización hay que determinar si existe ese derecho a la indemnización. Para ello, es necesario conocer las causas del accidente siendo

precisamente esto lo que está haciendo el Juzgado de Instrucción número 11 de Madrid. Por tal consideración el proceso penal en curso tiene una incidencia directa y decisiva sobre el proceso civil motivo por el cual resulta de aplicación la prejudicialidad penal debiendo ser suspendido el proceso civil.

3.2 La prejudicialidad civil

El artículo 43 LEC regula *la prejudicialidad civil en el en el seno de un proceso civil*. Este artículo recoge la doctrina de creación jurisprudencial sobre la litispendencia parcial o impropia, que persigue evitar resoluciones dispares cuando entre las cuestiones que se ventilan en el proceso, y que no constituyen estrictamente la materia de fondo, el *petitum* o el objeto del proceso, se encuentra alguna que sí constituye el objeto de otro proceso civil en marcha, **pendiente ante el mismo u otro tribunal civil**.

La solución que ofrece la LEC, de modo preferente, es la acumulación de procesos, pero cuando esta no resulta posible, *“el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”*.

La prejudicialidad civil tendría lugar no sólo cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituye objeto principal de otro proceso pendiente ante un tribunal civil, sino también **cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión del otro** aún cuando no concurra la triple identidad absoluta de partes, objeto y causa propia de la litispendencia en sentido estricto.

El Auto de 27 de diciembre de 2010, que rechaza la cuestión prejudicial civil, principia, de acuerdo con Jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona y el Tribunal Supremo, por definir el con-

cepto de prejudicialidad civil considerando que la cuestión es prejudicial cuando entre dos procesos, de algún modo conexos, la resolución previa del objeto principal de un proceso pendiente es necesaria para resolver sobre el objeto litigioso del segundo proceso, no siendo posible la acumulación de autos.

A continuación, el Juzgador, equiparando la situación de prejudicialidad civil a la de litispendencia impropia –siguiendo la STS (Civil) de 1 de marzo de 2007 (Ponente Corbal Fernández, Jesús)–, considera que ambas existen cuando hay conexión entre el objeto de los dos procesos, de modo que lo que en uno de ellos se decida resulte antecedente lógico de la decisión de otro. Estima que será imprescindible, para la estimación de la prejudicialidad civil, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1º) Que exista un proceso previo a aquél en el que se suscita la prejudicialidad civil del primero. 2º) Que las decisiones a adoptar en dicho proceso previo vinculen y determinen las que a su vez hayan de tomarse en el segundo (interdependencia en su resolución) de modo que el primer proceso se encuentre en relación de medio a fin respecto del segundo. Y 3º) Que exista una identidad o coincidencia sustancial entre los objetos procesales respectivos de modo que el proceso anterior interfiera o prejuzgue el segundo, con riesgo de dividir la continencia de la causa y de pronunciarse sentencias contradictorias.

A la vista de todo ello, el Juzgador consideró que la cuestión esencial a dilucidar no era otra que **la necesidad de decidir sobre alguna cuestión que sea objeto principal de enjuiciamiento en la pieza de responsabilidad civil del procedimiento penal y si esa decisión tiene o puede tener influencia decisiva en lo que se decida en el proceso civil**.

Descartando la existencia de prejudicialidad civil consideró el Juzgador que la parte demandante ejercitaba en su demanda una acción de responsabilidad por muerte o lesiones debidas a

accidente aéreo con base en los artículos 17 y 21 del Convenio de Montreal de 1999 y normativa de desarrollo antes citada no existiendo el antecedente lógico que exige la norma del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto del proceso penal.

Una vez más, al recurrir en reposición las codemandadas, se volvió a reiterar la identidad existente entre la acción civil derivada del delito y la ejercitada en el procedimiento civil con base en el Convenio de Montreal, una y otra con base en la misma normativa y sobre unos mismos hechos manteniendo, por tanto, **la inexistencia de una responsabilidad civil regulada en el Convenio de Montreal y Reglamento CE 2027/1997 distinta de la responsabilidad civil de que conoce el Juzgado de instrucción que, precisamente, está aplicando tal normativa para la concesión de anticipos a los perjudicados dentro de la pieza separada responsabilidad civil**.

Se alegó, además, que la naturaleza de dicha responsabilidad es contractual derivada del contrato de transporte suscrito entre los pasajeros y Spanair. En efecto, la configuración del régimen de responsabilidad conforme a la regulación del Convenio de Montreal podría determinar su calificación como responsabilidad *cuasi* objetiva en uno de sus estratos **pero no por ello dejaría de ser responsabilidad civil siendo precisamente tal responsabilidad civil la que, en su caso, se dirimirá en vía penal**.

Como vimos, estos argumentos fueron, finalmente, aceptados por el Juzgador y mantenidos por la Audiencia Provincial.

Existiendo, por tanto, conexidad entre ambas acciones, lo que se resolviese en vía penal en relación con las causas del accidente y las consecuencias que ello tuviera para la responsabilidad civil depurada en vía penal, habría de tener una influencia decisiva en el procedimiento civil estando necesariamente vinculado el Juzgador penal por tales pronunciamientos.

3.3 Litispendencia y su diferencia respecto a la prejudicialidad

El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona hace una breve referencia a la institución de la litispendencia en sentido estricto, que, aunque no era objeto del recurso, había sido planteada por las demandadas como excepción procesal en su escrito de demanda, a propósito de la originaria situación en que se encontraban cuatro de los litigantes personados simultáneamente en Barcelona y en Madrid, ejercitando, en este último, la acción civil derivada del delito.

El Auto considera que el Juzgador de instancia habría apreciado una suerte de prejudicialidad civil, al advertir la simultaneidad de procesos en los que se ventila la misma acción, considerando que dicha situación **podría albergarse igualmente, con los mismos efectos suspensivos**, en el ámbito de la litispendencia.

La diferencia entre la litispendencia propia y la impropia o prejudicialidad civil, radicaría en que, en el primero de los casos, nos hallaríamos ante la cosa juzgada con la triple identidad de objeto, sujeto y causa siendo la excepción de litispendencia, precisamente, una institución cautelar de la cosa juzgada mientras que la prejudicialidad civil tendría lugar cuando un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios.

Los efectos de una y otra institución son distintos conforme a las previsiones de la LEC: en el caso de la prejudicialidad civil lo que procede es la suspensión del curso de las actuaciones (artículo 43 LEC), mientras que se prevé el sobre-

seimiento como norma general para el caso de estimarse la excepción de litispendencia (artículo 421 LEC), dentro del acto de la audiencia previa al juicio.

4. CONCLUSIONES

– El Convenio de Montreal y demás regulación comunitaria de desarrollo no modifican ni excluyen el régimen procedimental regulado en nuestra legislación procesal seguido por los Juzgados y Tribunales españoles que prevé, en caso de hechos con apariencia delictiva, el ejercicio conjunto de la acción civil junto con la penal **teniendo el Juez penal plenitud de competencia para conocer y decidir hasta sus últimas consecuencias sobre la responsabilidad civil derivada de accidente aéreo**.

– No hay dos tipos de responsabilidad civil, una derivada del delito o falta y otra del acto u omisión culpable, sino una responsabilidad civil que nace del acto u omisión ilícito. La responsabilidad penal no condiciona a esa única responsabilidad civil, sino que, en todo caso, lo que puede condicionar es la asunción de competencia por el juez penal para conocer de la pretensión civil teniendo absoluta prioridad la Jurisdicción penal sobre la civil.

– La responsabilidad civil que genera el acto u omisión ilícito no cambia de naturaleza porque sea, al mismo tiempo, delito o falta o porque deba su origen a un accidente aéreo regulado por el Convenio de Montreal. Cuando un acto u omisión es ilícito civil y está también tipificado como delito se produce una suerte de acumulación de respon-

sabilidades, civil y penal, que puede dar lugar a una acumulación de procesos en un procedimiento único (penal), pero siempre partiendo de que cada una de las responsabilidades y procesos se regirán por sus propios principios.

– La única vía para ejercitar una acción de indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento del contrato de transporte aéreo de pasajeros (es decir, para ejercitar una acción de responsabilidad civil contractual) es, según el tenor del Convenio de Montreal, *“con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente Convenio”*.

– Siendo el Convenio de Montreal y el Reglamento 2027/97 del Consejo sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente (modificado por el Reglamento 889/2002), normas de aplicación imperativa, inderogables por la autonomía de la voluntad de las partes, la única opción de reclamar la responsabilidad civil en un supuesto de incumplimiento del contrato de transporte aéreo de pasajeros es con fundamento en los mencionados instrumentos normativos, ya sea en vía civil o, en sede penal, dentro de la pieza separada de responsabilidad civil, cuando se trata de hechos que pudieran revestir apariencia delictiva.

– Todo ello confirma la existencia, en el caso de Autos, de una clara situación de prejudicialidad civil que impone, conforme al Ordenamiento Procesal Español, la suspensión del procedimiento hasta la completa resolución del proceso penal, en todo caso preferente. ■

“El Auto considera que el Juzgador de instancia habría apreciado una suerte de prejudicialidad civil, al advertir la simultaneidad de procesos en los que se ventila la misma acción, considerando que dicha situación podría albergarse igualmente, con los mismos efectos suspensivos, en el ámbito de la litispendencia”
