

# Abogados del Estado

Abril 2019, Número 49 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



## Entrevista a Rosario Silva de Lapuerta

Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea



Comida homenaje  
a Eugenio López  
Álvarez  
Pág. 10



Hasta siempre,  
Vicente  
Pág. 12

## 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

Diego Abaitua

Edmundo Bal

Fernando Bertrán

Irene Bonet Tous

Jorge Buxadé

Ignacio del Cuvillo

Ruth Doval

Gloria Fernández

José Luis Fernández

Iván Gayarre

Macarena Olona

Pablo Ortega

Federico Pastor

Lucía Pedreño

Tomás Peña

Diego Pérez

Elena Sáenz Guillén

Macamen Tejera

Javier Zuloaga

### Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.

www.artfactory.es

artfactory@artfactory.es

### Fotografías

Julía Robles

curia.europa.eu

www.mju.es

www.commonswikimedia.org

www.museothyssen.org

### Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares

www.canizares.com

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

Rosario Silva de Lapuerta, Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ..... 4

### Crónica

Toma de posesión de Javier Borrego Borrego como magistrado del Tribunal Supremo ..... 9

Breves ..... 9

Comida homenaje a Eugenio López Álvarez ..... 10

Hasta siempre, Vicente ..... 12

En memoria de José María Pabón de Acuña ..... 14

Confesiones de un abintestado ..... 19

Concierto solidario de Imperio De La Ley en beneficio de fundación María Asunción Almajano

Salvo ..... 29

66º Festival de San Sebastián ..... 30

### Opinión

¿Quién llegó antes? A propósito de una reciente obra del Profesor Muñoz Machado ..... 34

El Reto ..... 37

### Cine

El cine en la Formación del Jurista (XIX): Cadena Perpetua ..... 38

### Cultura

Balthus ..... 48

### Solidaridad

Fundación del Lesionado Medular ..... 50

## Cuadernillo Jurídico

José Luis Aguilera López de Castilla

*Algunas cuestiones relacionadas con las Sociedades Mercantiles Estatales (SME)* ..... 2

Alejandro Bonis Sanz

*El derecho a la reserva de los datos tributarios* ..... 10

Ana Marín San Román

*La doctrina del indefinido no fijo* ..... 16

Marta Chamorro Oter

*La mediación intrajudicial en el proceso Contencioso-Administrativo* ..... 22

## ESPERANZA

**E**l 11 de noviembre de 1977 se celebró la Asamblea constituyente de nuestra Asociación y, transcurridos algo más de cuarenta años, celebramos el pasado 14 de diciembre la Asamblea General correspondiente al año 2018, en la que, además, renovamos parcialmente nuestro Consejo Directivo.

Transcurrido ya un largo periodo desde la constitución de la Asociación, al albur de la renovación de nuestro Consejo y agradeciendo siempre la labor de todos los que han trabajado y trabajan en la misma, podríamos preguntarnos si se mantienen las razones que impulsaron su creación “para el fomento y defensa de los intereses profesionales y corporativos de los Abogados del Estado” (art.4 de los Estatutos).

Como tuvimos ocasión de analizar en nuestra última Asamblea General, se mantienen todas y cada una de las razones que impulsaron la creación de nuestra Asociación, que presenta, como singularidad que nos parece más que notable, su unidad. No resulta ocioso recordar que, a diferencia de otros Cuerpos de nuestra Administración en los que coexisten distintas Asociaciones, en nuestro caso, desde su creación, siempre ha existido una única Asociación, en la que tienen cabida todos los compañeros que deciden formar parte de la misma, conforme a los principios de libre adhesión y baja voluntaria.

El valor de la unidad en la Asociación, cualesquiera que sean las acepciones que tomemos del término, nos lleva a trabajar desde la misma, buscando ese fomento y defensa de los intereses del Cuerpo de Abogados del Estado, que son la verdadera razón de ser que lleva a que seamos muchos los compañeros que permanecemos en la misma. Lógicamente, ese trabajo siempre está sujeto a la sana crítica de los compañeros, que son quienes conforman la base que pretendemos mantener y mejorar desde el Consejo Directivo. Escuchar, aprender e impulsar las acciones asociativas que tutelan nuestros intereses profesionales y corporativos deben ser las líneas de trabajo de nuestro Consejo.

Las últimas elecciones al Consejo ponen de manifiesto que existe interés corporativo y que son numerosos los compañeros que quieren participar activamente en la Asociación. Así se apreció tanto por la presencia de numerosos candidatos, a los que agradeceremos siempre su predisposición, como en el número de votos emitidos, que determinó que fuera necesario un elevado número de sufragios para poder formar parte del mismo.

Llegados a este punto, afrontamos nuestra tarea sabiendo que son numerosos los retos por conseguir y que queda mucho por hacer. Pero lo hacemos desde la esperanza, entendida, como recuerda Václav Havel, no como la convicción de que las cosas saldrán bien, sino como la certidumbre de que algo tiene sentido sin importar el resultado final. Para todos, desde nuestra unidad característica, lo que debe tener sentido es nuestra condición de Abogados del Estado con los valores que esta representa. Y, con esperanza, trabajar juntos por la consecución de dichos retos. ■

# Rosario Silva de Lapuerta

**Pregunta:** Tras más de 15 años como miembro del Tribunal ¿considera este nombramiento como un colofón a su carrera?

**Respuesta:** No sé si yo hablaría de colofón, pero sí de reconocimiento a más de 30 años de vida profesional dedicados al Derecho de la Unión Europea, primero como Abogado del Estado, representando y defendiendo al Reino de España ante el Tribunal y luego como juez tratando de hacer que la Unión sea verdaderamente una Unión de Derecho.

Por otro lado, el hecho de haber sido elegida por mis propios compañeros jueces del Tribunal te da la satisfacción de saber que tu trabajo es apreciado y valorado.

**P:** ¿Qué objetivos se ha marcado usted en esta nueva etapa profesional como Vicepresidenta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea?

**R:** Mi objetivo es tratar que esta Institución funcione lo mejor posible, que sigamos garantizando una justicia de calidad y rápida.

Como Usted sabe, el Tribunal se encuentra sometido a una gran carga de trabajo, con un aumento del volumen de asuntos constante. Así en 2003, cuando yo llegué al Tribunal, el número de asuntos resueltos fue de 455, mientras que en 2018, ha sido de 849. Sin embargo, hemos conseguido que la duración media de la tramitación de una cuestión prejudicial haya pasado de 25 meses en 2003 a 16 meses en 2018.

A este aumento del número de asuntos hay que añadir la variedad de las materias y, sobre todo, la existencia de nuevos ámbitos, que se corresponden con las nuevas competencias que la Unión ha ido adquiriendo, en los que nuestra jurisprudencia debe abordar cuestiones hasta ahora inéditas.

Así, todo lo relativo a la Carta de los Derechos Fundamentales, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 o lo referente a la cooperación judicial en materia civil y penal o a las cuestiones de asilo e inmigración, constituyen nuevos ámbitos en los que el Tribunal tiene cada vez más asuntos que debe ir resolviendo y consolidando una nueva jurisprudencia.

Si a todo esto añadimos los problemas presupuestarios que nos han afectado, como al resto de las Instituciones, en los últimos años con los consiguientes recortes, verá que la labor es inmensa y que los desafíos no faltan.

“ Las cuestiones de las que trata el Tribunal son cada vez más cercanas al ciudadano y nuestras resoluciones tienen una incidencia en la vida cotidiana de muchas personas ”

**P:** ¿Podrá resumirnos cuáles son sus nuevas responsabilidades como Vicepresidenta del Tribunal. ¿En qué medida ha cambiado su desempeño diario desde su nombramiento?

**R:** Para mí, las responsabilidades del Vicepresidente están claramente definidas en el artículo 9bis del Estatuto del Tribunal de Justicia y en el artículo 10 de nuestro Reglamento de Procedimiento y consisten en asistir y remplazar al Presidente en el ejercicio de sus funciones.

En este contexto, creo que existen tres funciones diferentes. Primero, las funciones jurisdiccionales con la participación en todos los asuntos de la Gran Sala que son aquéllos de una mayor complejidad y transcendencia, las competencias en materia de medidas cautelares, es decir todas las solicitudes de suspensión de la ejecución de un acto de una Institución que haya sido impugnado o de medidas provisionales así como las casaciones contra un Auto de medidas cautelares adoptado por el Presidente del Tribunal General y la presidencia de la Sala que decide sobre la admisión de las casaciones cuando se trata de recursos interpuestos en relación a asuntos que ya han sido objeto de un doble examen, primero por una autoridad administrativa independiente y luego por el Tribunal General.

En segundo lugar, las funciones protocolarias y de representación dentro y fuera del Tribunal. Nuestra Institución recibe constantemente delegaciones de los



distintos tribunales nacionales, de medios jurídicos y universitarios, de tribunales y organizaciones internacionales, pero también es invitada a participar en gran variedad de actos organizados en los Estados miembros y aún fuera de la Unión.

Por último, las funciones de apoyo al Presidente para el buen funcionamiento de la Institución en todo lo que atañe a sus servicios. En este punto es de especial importancia el Comité Administrativo que se reúne todos los meses para gestionar los temas de personal, de administración, de organización y presupuestarios de la Institución.

**P: En los últimos tiempos, las decisiones y Sentencias del TJUE son objeto de mayor atención e interés por parte de la ciudadanía ¿Cuáles cree que son las razones de este acercamiento de la opinión pública a la actividad diaria del Tribunal?**

**R:** El que nuestra jurisprudencia sea cada vez mejor conocida y que cada semana nuestras Sentencias sean objeto de comentarios en los medios de comunicación creo que se debe a que las cuestiones de las que trata el Tribunal son cada vez más cercanas al ciudadano y nuestras resoluciones tienen una incidencia en la vida cotidiana de muchas personas.

Temas como la ciudadanía europea, la fiscalidad, el medio ambiente o la protección de los consumidores son cuestiones que afectan de manera concreta a muchísimas personas.

Cuando el Tribunal resuelve un tema institucional, como, por ejemplo, el reparto de competencias entre la Unión y los Estados miembros en materia de relaciones exteriores, nuestra Sentencia es enseguida conocida y comentada por las Instituciones y los Estados, pero si el Tribunal se pronuncia sobre la prohibición de llevar signos religiosos en el trabajo o sobre el derecho al olvido en internet, enseguida son miles de personas las que pueden verse afectadas, porque hay que recordar que nuestras Sentencias prejudiciales tienen eficacia “erga omnes” y, por tanto, deben ser aplicadas por cualquier órgano jurisdic-

### » EN PRIMERA PERSONA



— Rosario Silva, nacida en Madrid en 1954, es licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. En 1978 ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado convirtiéndose en la primera mujer abogada del Estado. Como tal, ha estado destinada en la Abogacía del Estado de Málaga y en el Servicio Jurídico del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones y formó parte del servicio jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores.

— Su vinculación con la judicatura europea y las instituciones comunitarias comenzó tras ser nombrada jefe del Servicio Jurídico del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y subdirectora general de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional en la Abogacía General del Estado (Ministerio de Justicia). Desde 2003 es jueza del TJUE, y el pasado mes de octubre fue nombrada Vicepresidenta del máximo órgano de la Justicia europea.

— Rosario Silva también ha sido miembro del Grupo de Reflexión de la Comisión sobre el futuro del sistema jurisdiccional comunitario y jefe de la delegación en el Grupo de Amigos de la Presidencia para la reforma del sistema jurisdiccional comunitario en el Tratado de Niza.

cional de cualquier Estado miembro que tenga una cuestión análoga, sin perjuicio de su derecho a plantear una nueva cuestión al Tribunal.

**P: En este sentido, ¿puede interpretarse que de alguna manera el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya tomado el relevo como referente de la integración europea frente a otras Instituciones como el Consejo, el Parlamento o la Comisión?**

**R:** Creo que el Tribunal siempre ha sido un referente en la construcción europea. Cuando echamos la vista atrás vemos que esta Institución, en sus años de existencia y en el ejercicio de la función que tiene atribuida en virtud de los Tratados de asegurar el respeto del Derecho en su interpretación y aplicación, ha ido estableciendo una serie de principios que hoy en día forman parte del acervo comunitario y que han permitido al Derecho de la Unión estar dotado de características propias.

Esta labor jurisprudencial del Tribunal ha llenado las lagunas que muchas veces existen en el Derecho positivo, ha aclarado conceptos o términos que el legislador había utilizado de forma poco clara y ha permitido que esos conceptos tengan la misma acepción y el mismo alcance en todos los Estados miembros.

Así, el reconocimiento de la especial naturaleza del Ordenamiento jurídico de la Unión y el efecto directo de sus disposiciones no puede entenderse sin la Sentencia Van Gend en Loos (26/67); el principio de primacía no existiría sin Sentencias como Costa-Enel (6/64) o Simmenthal (106/67); la responsabilidad patrimonial de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión no se habría reconocido sin Sentencias como Francovich (C-6 y 9/90) y Brasserie du Pêcheur y Factortame (C-46 y 48/93); el reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos que forman parte del Ordenamiento jurídico de la Unión y cuyo respeto garantiza el Tribunal no se habría producido sin la Sentencia Johnston (222/84). Igualmente, la delegación de competencias no podría entenderse sin el asunto Meroni (10/56), la aplicación uniforme

sin el asunto Kupferberg (104/81), la autonomía procesal sin el asunto Ferwerda (265/78) o el principio de tutela judicial efectiva sin el asunto Unibert (C-432/05).

Creo que todo esto demuestra que el Tribunal de Justicia en sus ya 67 años de existencia ha sabido cumplir la función que le atribuyen los Tratados, ha ejercido sus competencias de forma eficaz y ha logrado que ese nuevo Ordenamiento jurídico creado por los Tratados Constitucionales de la Unión haya crecido, se haya desarrollado y consolidado siendo en nuestros días un Derecho de aplicación uniforme en 28 Estados miembros.

**P:** ¿Cuáles cree que son los desafíos más importantes a los que se enfrenta el Tribunal de Justicia en estos momentos?

**R:** Creo que el mayor desafío que tiene el Tribunal en estos momentos es hacer frente a un número de asuntos en aumento constante, garantizando al mismo tiempo una alta calidad de nuestras resoluciones y el respeto de los plazos para dictar Sentencia.

Son sobre todo las cuestiones prejudiciales, que constituyen el núcleo central de

nuestro trabajo, las que están en aumento constante, pues cada vez son más los órganos jurisdiccionales nacionales que utilizan este mecanismo previsto en el artículo 267 TFUE para garantizar la interpretación y aplicación uniformes del Derecho de la Unión. Así, en 2016 hubo 470 cuestiones prejudiciales, en 2017 533 y en 2018 568.

Aunque el Tribunal trata de adaptar sus métodos de trabajo para facilitar al máximo la tramitación de los procedimientos y tenemos establecidos mecanismos para garantizar que las Sentencias se dicten en el plazo debido, creo que en

**“El mayor desafío que tiene el Tribunal en estos momentos es hacer frente a un número de asuntos en aumento constante, garantizando al mismo tiempo una alta calidad de nuestras resoluciones”**

un momento no muy lejano habrá que plantearse una distribución de competencias entre el Tribunal de Justicia y el Tribunal General y el Tribunal deberá hacer propuestas, en este sentido, al legislador, es decir el Consejo y el Parlamento.

**P:** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea está desempeñando un papel protagonista en los procedimientos abiertos por la Comisión contra iniciativas de reforma judicial en Polonia y Hungría. ¿Hay motivos para la inquietud respecto a la independencia judicial?

**R:** Veo el futuro de la Justicia en Europa con confianza y optimismo. Es cierto que en este momento existen algunos problemas de funcionamiento de los sistemas judiciales de determinados Estados miembros y que el Tribunal ha conocido y conoce de recursos de incumplimiento y de cuestiones prejudiciales que plantean el problema de la garantía de la independencia de los jueces como elemento esencial del respeto de la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, no se puede olvidar que la Unión es una Unión de Derecho, que de acuerdo con el artículo 19 TUE, corresponde a los órganos jurisdiccionales na-





“ Los Abogados del Estado debemos estar dispuestos a cubrir nuevas áreas, nuevas materias, siempre en la defensa de los intereses de nuestro cliente que es el Estado ”

cionales y al Tribunal garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en todos los Estados Miembros y que la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia se desarrolla de una forma constructiva y eficaz, sobre todo a través el diálogo prejudicial.

**P:** El Tribunal también está resultando clave para dilucidar los problemas jurídicos planteados por el Brexit. ¿Es éste el mayor reto jurídico al que se ha enfrentado la Unión Europea?

**R:** Es cierto que la salida del Reino Unido de la Unión Europea plantea muchísimos problemas de todo tipo y, por supuesto, también jurídicos. No podemos olvidar que, como todo Estado miembro, el Derecho de la Unión se aplica en el Reino Unido hasta el momento mismo de su salida y, a partir de ese momento, es necesario determinar qué parte del acervo comunitario se sigue aplicando y que nuevas normas van a regir las relaciones entre la Unión y el Reino Unido cuando este se convierta en un país tercero. De ahí la importancia de llegar a un acuerdo y evitar una situación de “non deal”.

Querría recordar que el Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en dos cuestiones prejudiciales que tenían como telón de fondo el Brexit. La primera es el Asunto C-327/18 PPU RO, en el que el Tribunal, en una Sentencia de 19 de septiembre del año pasado, tuvo que in-

terpretar el artículo 50 TUE en relación con las consecuencias que para la ejecución de una Orden de Detención Europea podía tener el hecho de que el país que había emitido la Orden fuera el Reino Unido que había notificado su decisión de salir de la Unión.

El Tribunal afirmó que la notificación de la intención de retirarse de la Unión, de conformidad con el artículo 50 TUE, no tiene por efecto suspender la aplicación del Derecho de la Unión en el Estado miembro que ha efectuado dicha notificación y que, en consecuencia, ese Derecho, del que forma parte la Decisión marco sobre la Orden de detención Europea, así como los principios de confianza y reconocimiento mutuos, siguen estando plenamente en vigor hasta que este Estado salga efectivamente de la Unión.

La segunda cuestión prejudicial es el Asunto C-621/18 Wightman, que dio lugar a la Sentencia del Pleno del Tribunal de 10 de diciembre también del año pasado.

El Tribunal, en este asunto, reconoció la posibilidad para un Estado miembro que ha notificado al Consejo Europeo su intención de salir de la Unión de revocar unilateralmente dicha notificación, siempre que un acuerdo de salida no haya entrado en vigor o que, en su defecto, el plazo de dos años previsto en el apartado 3 del artículo 50 TUE, en su caso prorrogado, no haya expirado.

**P:** Finalmente, ¿Qué podría transmitir a sus compañeros Abogados del Estado respecto a su formación y sus funciones, especialmente en estos momentos que viven Europa y España?

**R:** Creo que la formación que nos da la Oposición es la más completa que existe. El Abogado del Estado tiene una visión global del Derecho que le permite abordar cualquier tipo de informe o defender cualquier tipo de pleito. Muchas veces en mi vida profesional me he encontrado con personas muy valiosas pero excesivamente especializadas lo que les impedía abordar los temas con visión más general o de conjunto. Este no es claramente nuestro problema.

Sin embargo no basta con la formación que nos de la Oposición, es necesario siempre actualizarse, estar abiertos a nuevos retos.

Los Abogados del Estado debemos estar dispuestos a cubrir nuevas áreas, nuevas materias, siempre en la defensa de los intereses de nuestro cliente que es el Estado.

Por eso, aunque hace treinta años, cuando se produjo la Adhesión de España, algunos pudieron ver el Derecho de la Unión como algo propio de algunos especialistas, ahora eso no es posible, todo Abogado del Estado debe tener una sólida formación en Derecho de la Unión si quiere desempeñar correctamente sus funciones. ■

# Toma de posesión de Javier Borrego Borrego como magistrado del Tribunal Supremo

El pasado 3 de diciembre de 2018 nuestro compañero Javier Borrego Borrego tomó posesión de su cargo como nuevo Magistrado de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, correspondiente al turno de juristas de reconocido prestigio, tras su nombramiento por Real Decreto 1384/2018, de 8 de noviembre, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del 25 de octubre, en la que nuestro compañero fue elegido por muy amplia mayoría de votos.

En un emotivo acto celebrado en la Sala de Plenos del Tribunal Supremo y rodeado de familiares, autoridades y amigos, Javier prestó el debido juramento, apadrinado por los Magistrados D. José Manuel Sieira y D. Jorge Rodríguez Zapata.

Su nombramiento como Magistrado del Tribunal Supremo es el broche de oro a



una brillante carrera administrativa iniciada en 1970 como secretario judicial de las entonces denominadas Magistraturas de Trabajo.

En 1976 Javier Borrego ocupó sus primeros destinos como Abogado del Estado en Castellón, Teruel y Cuenca. Entre 1990 y 2003 desempeñó las funciones de Agente del Reino de España y Abogado del Estado-Jefe en el Servicio Jurídico ante la

Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El 29 de enero de 2003, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa le nombró Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cargo en el que permaneció hasta el 31 de enero de 2008. Posteriormente, estuvo destinado en la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional, ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal de Cuentas.

Hacia más de doce años, desde el nombramiento de Manuel Martín Timón en 2006, quien se jubiló en 2016, que no se elegía a un Abogado del Estado Magistrado del Tribunal Supremo por el llamado quinto turno, entre juristas de reconocida competencia.

Javier continúa así la trayectoria de servicio al Tribunal Supremo que con anterioridad a él prestaron otros como Manuel Martín Timón, Agustín Puente, Emilio Pujalte, Manuel Goded, etcétera. ■

## En los últimos meses...



En el ámbito de FEDECA, se ha celebrado el Foro relativo al Estatuto del Directivo Público. Además, el 7 de febrero la Ministra de Política Territorial Meritxell Batet recibió al presidente y vicepresidentes de FEDECA, entre ellos a nuestro compañero Federico Pastor. En la reunión se trasladó a la Ministra la preocupación de los funcionarios públicos por la pérdida de poder retributivo, la escasez de medios personales y la deficiente formación continua. La Ministra tomó nota de todo ello, comprometiéndose a trabajar por una mejora de la imagen y situación de los funcionarios mostrándose, en todo momento, muy cariñosa hacia los funcionarios en general y, especialmente, hacia los Abogados del Estado.



El compañero Manuel Pizarro ha sido nombrado Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Nuestra más sincera enhorabuena por tan merecido reconocimiento.



Se ha concedido la Cruz de la Orden de San Raimundo de Peñafort a los compañeros Elena Rodríguez Ramalle, Rafael León Cavero y Eva Berrueta; y con carácter póstumo a los queridos compañeros fallecidos Vicente Fenellós y José Manuel Blaque.



En estos últimos meses nos han dejado los compañeros José Antonio Pérez Torrente, Luis Reija Guedea, José María Pabón de Acuña, Vicente Fenellós Puigcerver, Antonio Bañón Bernard y Patricio Pemán Medina. Nuestro más sincero pésame a sus familiares y amigos.



El día 11 de marzo algunos compañeros Abogados del Estado con responsabilidades jurídicas en las entidades del sector público adscritas al Ministerio de Fomento organizaron una comida en el Casino de Madrid para exponer problemáticas comunes, con intercambios de pareceres muy provechosos y, en general, coincidentes.



▲ En la foto, de izquierda a derecha, José Luis Marroquín (Renfe), Luis Banciella (Enaire), José Antonio Morillo-Velarde (Puertos del Estado), Carlos Moro (Ineco) y Guillermo Martínez de Simón (Adif).

# COMIDA HOMENAJE A EUGENIO LÓPEZ ÁLVAREZ

**E**l pasado 15 de noviembre de 2018 se celebró en el Club Financiero, sito en el Centro Colón de Madrid, el homenaje a Eugenio López Álvarez, quien ha desempeñado el cargo de Abogado General del Estado desde el mes de Noviembre de 2016 hasta el pasado mes de Junio. El merecido homenaje a nuestro querido Eugenio fue organizado desde la Secretaría General de la Abogacía General del Estado y desde la Subdirección General de Auditoría y Gestión del Conocimiento a quienes debemos agradecer su labor para que pudiera celebrarse este evento.

Fueron numerosos los compañeros que acudieron al homenaje a Eugenio, procedentes de todas las situaciones administrativas, dejando pequeño el Club Financiero para la celebración del acto. Entre todos ellos, se encontraban quienes han desempeñado el cargo de Abogado General del Estado –anteriormente Director del Servicio Jurídico del Estado–. Marta Silva Lapuerta, Joaquín de Fuentes Bardají, Arturo García-Tizón López, Emilio Jiménez Aparicio y José Luis Gómez-Degano quisieron acompañar a Eugenio en su homenaje, al igual que lo hizo Consuelo Castro Rey, actual Abogada General del Estado. La presencia de nuestros Abogados Generales del Estado en un acto como el homenaje a Eugenio López fue, sin duda, una magnífica noticia para todos.

En la Mesa Presidencial pudo compartir Eugenio su homenaje con las personas que le han acompañado como miembros de su Comité de Dirección: Miguel Sampoll, Diego Loma-Ossorio, Silvia García Malsipica, Olga Escribano, Luciano Mas, Ana Bosch, Luis Serrano y Francisco Sanz. En las palabras que dirigió a los compañeros, Eugenio hizo referencia a todos ellos, destacando sus cualidades y agradeciendo en todo caso su labor junto a él en la Abogacía



**Fueron numerosos los compañeros que acudieron al homenaje a Eugenio, dejando pequeño el Club Financiero para la celebración del acto**

General del Estado. Consuelo Castro, quien también formaba parte de la Mesa Presidencial, dirigió unas afectuosas palabras a su predecesor, agradeciendo su labor al frente de nuestra Abogacía General del Estado.

En su discurso, junto a los agradecimientos ya apuntados, repasó brevemente Eugenio su trabajo al frente de la Abogacía General del Estado, haciendo expresa referencia a la necesidad de distinguir entre el ruido y la música, con las consecuencias que ello conlleva. Expuso su concepto de la Abogacía del Estado,



apuntado ya en la entrevista que fue publicada en el número 44 de la Revista y trasladó a los asistentes su agradecimiento por su presencia y colaboración durante un periodo en el que, entre otras circunstancias, tuvo que hacer frente a nuevos desafíos jurídicos que no se habían planteado hasta la fecha. Su intervención finalizó con un cerrado aplauso por parte de los asistentes y con la entrega de diversos recuerdos.

Nuestra Asociación, que entregó una placa conmemorativa a Eugenio, estuvo representada por el Presidente y

**La Asociación, que entregó una placa conmemorativa a Eugenio, estuvo representada por el Presidente y la Vicepresidenta y miembros de su Consejo Directivo**

la Vicepresidenta de la Asociación y miembros de su Consejo Directivo: Irene Bonet, Rut Doval, Iván Gayarre, Elena Saénz y nuestro querido y añorado Vicente Fenellós.

Tras la entrega de los regalos, pudimos disfrutar de un espacio de encuentro entre compañeros y con Eugenio López, a quien deseamos desde la Asociación toda la suerte en sus presentes y futuros retos profesionales y a quien, sobre todo, agradecemos su labor y cariño durante el periodo que ha estado al frente de la Abogacía General del Estado. ■



# Hasta siempre, Vicente

Diego Abaitua Rodríguez | Abogado del Estado

**E**n la tarde de hoy, 23 de diciembre de 2018, el Cuerpo de Abogados del Estado recibía la dura noticia de la pérdida de un gran compañero. Llevaba apenas cuatro meses en Alicante, pero su vitalidad e inquietud hacen que sean pocos los ámbitos en los que no fuera ya conocido.

Desde luego lo era en el foro, donde se había reencontrado de nuevo con la defensa de la Hacienda Pública en vía penal, lo que (en sus propias palabras) le había hecho “volver a sus orígenes”. Lo era también en la Universidad, donde había entablado relaciones para tratar de aportar su faceta docente, mostrándose siempre disponible para colaborar. Igualmente lo era en la Autoridad Portuaria, de la que formaba parte como vocal de su Consejo de Administración. Recientemente recordaba que tuvo un abuelo marino, y cómo eso le hacía sentir una pasión especial por el mar (el salitre, decía) y el Puerto.

Pero sobre todo lo era en la Abogacía del Estado, su casa, donde había comenzado su jefatura con gran ilusión y convencido de poder aportar su experiencia en distintas Abogacías del Estado y en el sector privado para contribuir a la me-

**“A cualquiera que le preguntaras por Vicente te contestaba diciendo que era ‘un tío brillante’ y, sobre todo, ‘un gran tipo’”**

jor defensa en Derecho del Estado. Los que tuvimos ocasión de trabajar con él hemos de agradecerle su compañerismo, su disposición a ayudar a los demás y su buen criterio técnico. Eficaz como pocos, sabía resolver problemas complejos sin amilanarse, demostrando esa solvencia propia de la gente especial.

La dureza de su pérdida va a ser difícil de superar. Va a ser difícil contemplar su despacho vacío. El hueco que deja es enorme, casi tan grande como lo era como persona. En esta faceta –la personal– hemos tenido poco tiempo. Pero el suficiente para conocer su bondad y grandeza. Orgulloso de su familia y de su hija. Orgulloso de su país. Orgulloso de su profesión. Entusiasta. Amante de la música. Recorrió medio mundo siguien-

do a Bruce Springsteen, su ídolo. A cualquiera que le preguntaras por Vicente te contestaba diciendo que era “un tío brillante” y, sobre todo, “un gran tipo”.

Para la Abogacía del Estado en Alicante la manera de recordarle va a ser la del hombre alegre que hace solo tres días daba su precioso primer discurso de Navidad tras la comida de compañeros. Sonriente, cariñoso, cercano, orgulloso de su gente.

Antes de despedirnos el viernes le tendí la mano deseándole una feliz Navidad. Me la apartó y me dio un fuerte abrazo que me guardo para siempre. Ahora, todos los compañeros nos fundimos con su familia y amigos en un abrazo sincero por su eterno descanso. ■

# Veintitrés de diciembre de dos mil dieciocho

Jorge Buxadé | Abogado del Estado

**V**eintitrés de diciembre de dos mil dieciocho. El día de hoy quedará grabado a fuego en mi memoria, que es decir mi alma, y la de cuantos le conocieron. Ha fallecido Vicente Fenellós Puigcerver, Abogado del Estado, abogado, profesor de universidad, amante de su familia, entregado fan de un tal Bruce Springsteen, extraordinario conversador y un alma muy grande, enorme.

Quedarán para siempre impresas en mi memoria las maravillosas tertulias de café matutino, apostados en una cafetería de la calle Condal de Barcelona, con Óscar, con Jorge, con Marcos, y con quien quisiera compartir con nosotros unos minutos de café amargo y cigarro exprés.

En estos momentos uno desearía ser Lorca o Guillén o Rosales para dedicarle a mi amigo los más hermosos versos que se hayan escrito en lengua española. Sólo alcanzo a balbucear palabras inconexas. Su cigarro en la boca, sus nervios, su verbo ágil, su voz ronca, su peculiar forma de escribir con Uso Abusivo de Mayúsculas y Puntos Suspensivos, tal que así...Vicente... Amigo... Nunca te olvidaré, Nunca te olvidaremos... Espero que ese Bruce al que seguiste... a lugares inhóspitos... Derrochando Tiempo y Dinero, y grabaste y difundiste, te dedique una canción, o un verso, sentido Homenaje...

Un valiente, además: compartí con él manifestación el 30 de septiembre de 2017, por la mañana, en Plaza San Jaime, el día antes del aciago 1 de octubre, y luego por la tarde, cuando sólo unos miles clamábamos ante el desastre que se nos venía, y alguna otra concentración en Artós, pues se hizo muy de Barcelona, y por eso muy español.



“Así le recordaré siempre, enviando un vídeo de su admirado Bruce mientras se enzarzaba en una elevada discusión sobre la Defensa de la Función de la Abogacía del Estado”

Brillante Vicente, penalista de postín, muy valenciano y por eso muy español; le vi sufrir con la muerte de su Rita querida, y ahora con el dolor de Zaplana olvidado; cómo recordaba a su madre en el Cielo ya, y cómo quería a su padre, Don Vicente, y a su hija Eugenia, genio en ciernes, según me contaba. No había lío en que no estuviese Vicente intentando desenredar el ovillo, llevado siempre por una razón irreflexiva, pasión pura.

Reconozco públicamente mi analfabetismo musical; lo cual estando con Vicente era sentirse un enano del inframundo pues no hay cantautor, grupo, solista, que no conociese él, de

aquí, de allá, de acullá, allende el Atlántico, o más allá de los océanos; era la Enciclopedia Musical Andante. Así le recordaré siempre, enviando un vídeo de su admirado Bruce mientras se enzarzaba en una elevada discusión sobre la Defensa de la Función de la Abogacía del Estado.

Descanse en paz. Veintitrés de diciembre de dos mil dieciocho. Un vacío se siente en nuestro pequeño mundo. Rezaremos. Mañana le pediré al Niño Jesús, que es plenitud de los tiempos, que le coja de la mano y le acaricie.

¡Un fuerte abrazo, Fene! ■

# En memoria de José María Pabón de Acuña

Antonio Martínez Lafuente | Abogado del Estado

1. A título de albacea oficioso y con un solo encargo, doy cuenta de un relato que hace algún tiempo extrajo de su pluma José María Pabón de Acuña<sup>1</sup>, y que el lector con toda seguridad apreciará y al que me referiré en la parte final de esta presentación, lo que me permite asomarme a la relevante personalidad del autor, lo que sin duda viene afectado por los límites subjetivos de quien estas líneas escribo y de lo que inmediatamente me ocupo.

## I

2. Quiero comenzar aludiendo a su vertiente profesional, para abordar a continuación otras facetas de no menor relieve ligadas a su labor de publicista, y a su más que reconocida cultura; ante todo recordaré que José María Pabón ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado con el número uno de la Promoción a la que también pertenece el que da cuenta de esta presentación.

Su primer destino profesional fue en la Abogacía del Estado de Guadalajara habiendo dedicado sus mayores esfuerzos a la defensa del Estado ante el Tribunal Constitucional, siendo destinado en el mismo desde su puesta en funcionamiento en el año 1980<sup>2</sup>, habiendo sido reconocida por todos su intervención como Abogado del Estado ante dicho Tribunal, con lo que supuso de novedad y de posicionamiento en la defensa del Estado<sup>3</sup>.

## II

3. Pero con esto último enlaza la labor de destacado publicista, siendo de destacar su intervención en las “Jornadas de Estudio” de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, llevadas a cabo a partir del año 1979, y en las que los más destacados juristas realizaban su

aportación doctrinal sobre los diversos temas que se trataban<sup>4</sup> año tras año<sup>5</sup>.

Pues bien en el año 1980 se analizó con carácter monográfico *El Tribunal Constitucional*<sup>6</sup>, cuya Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, acababa de ser promulgada, y en relación con ella Pabón de Acuña nos ofreció un destacado e interesante estudio sobre *Las funciones del Abogado del Estado en el proceso constitucional*; sólo recordar la inmediatez de la Ley y la ausencia de doctrina y de experiencia sobre el particular<sup>7</sup> para poner de relieve la importancia del trabajo del que se da cuenta, en el contexto de unas Jornadas de las que han quedado algunos recuerdos entrañables<sup>8</sup>.

El estudio pionero de Pabón comienza situando la Defensa del Estado en su contexto normativo, que solo puede ser el comparado ante la ausencia de una regulación sobre la materia en el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República; amén de los preceptos específicos que la Constitución de 1978 dedica a esta materia<sup>9</sup> la inspiración de nuestra Ley Orgánica en la normativa italiana no ofrece especiales dudas; pasa a continuación a exponer una temática hoy sobradamente conocida, pero en aquel momento de escasa certidumbre, que Pabón resuelve con rigor, como es la intervención del Abogado del Estado en los Recursos de Inconstitucionalidad, en el Recurso de Amparo, y en los conflictos constitucionales, terminando con una alusión a aspectos corporativos de indudable interés como era la relación de la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional con el Centro Directivo teniendo en cuenta que en aquel momento aún tenía vigor el Reglamento orgánico del año 1943; en fin una alusión a los actos de ejecución de las Sentencias del

Tribunal Constitucional, daban fin a tan interesante y destacado estudio.

4. En las Jornadas al Estudio del año 1983<sup>10</sup> y que se dedicaron al análisis de *El Poder Judicial*, José M<sup>a</sup> Pabón participó con una interesante y novedosa Ponencia sobre *La llamada –Drittwirkung– de los derechos fundamentales*; la citada expresión procede del Derecho Alemán<sup>11</sup>, y con ella se alude a la posible eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones *inter privatos*; pasó revista el autor al estado de la doctrina y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán con diferentes alternativas en la primera al existir autores que la defienden y quienes la niegan.

Con referencia a la Constitución española entiende que queda un amplio trecho por recorrer, no desprendiéndose de la doctrina del Tribunal Constitucional<sup>12</sup> un parecer claro al respecto, concluyendo “*que no deja de apreciarse cierta tendencia al reconocimiento de una eficacia inter privatos de ciertos derechos fundamentales, especialmente en el ámbito del derecho laboral*”<sup>13</sup>, pero no se ha abordado aun frontalmente la cuestión hasta ahora”.

Y es comprensible que se vaya con cautela en un punto, en el que la doctrina no ha sabido encontrar una solución intermedia entre la estricta negación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales o su admisión bajo criterios de pura discrecionalidad de los órganos llamados a su aplicación concreta.

5. Asimismo participó Pabón en las Jornadas de Estudio del año 1984 centradas en *Organización Territorial del Estado. Comunidades Autónomas*<sup>14</sup>, redactando una Ponencia sobre *La interpretación de las normas de competen-*



cia; y con cita, así mismo, de doctrina alemana, da cuenta de determinados principios que ayudan a resolver la cuestión central de su estudio, tales como el principio del interés, de la interpretación conforme y de la conexión, con cita de la doctrina del Tribunal Constitucional recaída sobre el particular<sup>15</sup>.

### III

6. Hemos aludido a estudios de Pabón de Acuña, relacionados sobre todo con aspectos constitucionales; sin perjuicio de un posterior apunte sobre el tema, quiero aludir a un libro del autor que llevé por título *La interpretación de la realidad social del artículo tercero del Código Civil*; por haber tenido la oportunidad de leer el original por deferencia del ya mencionado y por haber sugerido la Editorial<sup>16</sup> que lo publicaría, doy una especial cuenta de esta interesante obra que Pabón me entregó en mano junto a una afectuosa dedicatoria.

El citado libro es un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre un novedoso criterio de interpretación que se incorporó al Título Preliminar del Código Civil, por medio del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo.

Ante todo recordar que el artículo tercero del Código Civil, en su actual redacción dispone que:

*“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.*

Frente a los tradicionales criterios de interpretación, que enlazan con los postulados de Savigny, el nuevo texto legal incorpora, un criterio hermenéutico que podemos denominar sociológico, y que atiende, como ha quedado expuesto, a la “realidad social” del tiempo en que han de ser aplicadas las normas; es clásica la cita como antecedente de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1934, que avanzando consideraciones ya conocidas expuso:

*“Puede admitirse hoy como doctrina ponderada y de muy general aceptación la de que no bastan para realizar cumplidamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a la utilización de estos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación de lo que suele llamar se elemento sociológico integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos, que revelan y plasman*

*las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico; y si bien es cierto que estos factores aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo para suavizarla hasta donde permita el contenido de la norma que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia porque envuelven grave riesgo de arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del juez aplicaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han obtenido su reconocimiento de manera inequívoca en la ley suprema del Estado”.*

Posteriormente pronunciamientos del Tribunal Supremo inciden sobre el particular; y así la Sentencia de 28 de febrero de 1989, expuso:

*“Es improsperable la alegación contenida en el cuerpo del motivo de haber sido infringido por el Tribunal sentenciador el art. 3-1 del Código Civil que impone al Juzgador la necesidad de tomar en cuenta ‘la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas’ las normas al llevar a cabo su interpretación, al no haber valorado los acontecimientos econó-*

*micos que informaron la vida española en los años 1982-1983, en el que era pública y notoria la presentación diaria de suspensiones de pagos, la existencia de numerosos fallidos en las relaciones económico comerciales, la continuada angustia por el buen fin de las operaciones financieras; tales acontecimientos derivados de una situación de crisis económica no son suficientes para configurar 'la realidad social' en el sentido que la contempla la norma y que está informada por una serie de factores de distinta naturaleza como son los políticos sociales, económicos, culturales, y las convicciones y creencias imperantes en un momento dado en determinada sociedad y en tal sentido se pronunció la Sentencia de 24 de enero de 1970 que reproduciendo la de 21 de noviembre de 1934, dice que 'no bastan para realizar completamente la función interpretativa los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de las comunidades en cada momento histórico, y si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia, porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad al entregar al criterio subjetivo del juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vía de formación, sino de tendencias o ideas que han tenido su reconocimiento de manera inequívoca en la Ley Suprema del Estado'.*"

Y además en la Sentencia del Tribunal Supremo 21 de noviembre de 2008, se indicó:

*"La jurisprudencia de esta Sala ha resaltado, con carácter general, la im-*



*portancia del elemento sociológico, sin perjuicio de poner énfasis en que debe utilizarse con tino y cautela (SS. 31 de marzo 1978 y 7 de enero y 25 de abril de 1991, entre otras), tanto antes de su regulación expresa en el Código por la modificación legislativa de 31 de mayo de 1974 –SS 21 de noviembre de 1934 y 24 de enero de 1970–, como con posterioridad –SS 31 de marzo de 1978 y 28 de enero de 1989–, que se refiere a su integración por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman las necesidades y espíritu de las comunidades en cada momento histórico. Significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndolas en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad (SS. 10 de abril 1955 y 18 de diciembre 1997)".*

Pabón no sólo analiza la Sentencia del año 1934, sino muchas más aparecidas con posterioridad y que dan respuesta a lo que se entiende por "realidad social", lo cual no sólo es una referencia cambiante, sino también deja a la decisión del juzgador tomar en cuenta o no dicho criterio de interpretación.

Alude también el autor a lo que significa la aparición de la Constitución, con cita de lo dispuesto en el art. quinto de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, a cuyo tenor:

*"La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a*

*todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".*

Sugerí a Pabón una actualización de su obra a la que se incorporara la jurisprudencia aparecida desde la publicación de su libro y en algún momento estuvo tentado a hacerlo; en dicha nueva edición de su obra también deberían figurar los *Principios sobre el Derecho Europeo de los Contratos*<sup>17</sup> que cierran el conjunto de textos sobre la interpretación de las normas jurídicas, y a los que hace alusión el Tribunal Supremo, Sala Primera, en múltiples Sentencias como las de 17 de diciembre de 2009 y 30 de octubre de 2008<sup>18</sup>.

#### IV

7. Hasta aquí lo que podemos denominar presentación pública del autor a través de sus obras; no tuve la oportunidad de coincidir en el ejercicio profesional como Abogado del Estado con José María Pabón, más allá de lo que se desprendía de la Jefatura del Servicio Estudios de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que en los momentos en que nos prestó su colaboración José María, al autor de estas líneas desempeñaba.

Pero la relación con el interesado fue más intensa que la que pudiera despren-

derse de lo expuesto en el apartado anterior, pues como se indicó al comienzo, pertenecíamos a la misma Promoción<sup>19</sup> al haber ingresado ambos en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 1971, y tener contactos habituales que no decaeron con los años, sino que se acrecentaron en el tiempo; cada año, como ocurre con otras Promociones, tiene lugar la tradicional “Reunión de la Promoción”, organizada por quien figura de modo correlativo en el escalafón, lo que quiere decir que le hemos dado ya dos vueltas casi completas<sup>20</sup>.

Además de ello y a lo largo del año nos reunimos con frecuencia, acompañados en uno y otro caso de nuestras respectivas consortes.

8. Han sido muchas las sobremesas en que hemos hablado intensamente sobre temas que a ambos nos interesaban, especialmente los de carácter histórico<sup>21</sup> sin desconocer otras referencias literarias<sup>22</sup> de común aceptación.

En ese momento es cuando la amistad se acrecienta y el común interés por los temas hace que los encuentros sean especialmente felices y deseados; por ello quiero traer a colación las palabras que le dedicó Jesús García Torres con mo-

tivo del merecido homenaje<sup>23</sup> que se le dedicó con motivo de su jubilación, y al que antes ya se hizo mención; sus palabras, que en todo suscribo fueron las siguientes:

*“José María es, como sabéis, de noble linaje<sup>24</sup>. Pero más que por estirpe, Pepe es noble por su carácter y sus obras; es decir, por la verdadera nobleza, la que no se hereda sino que se gana con la propia virtud. Siempre ecuánime, siempre mesurado, siempre afable, siempre cortés, siempre dispuesto a ayudar, siempre caballero. Nunca airado, nunca agitado, nunca angustiado, siempre señor del instante y vencedor de las circunstancias por difícil y áspera que sea”.*

9. Uno de los regalos que más he apreciado es el que me hizo José María, con motivo de asistir hacer algunos años a mi casa, acompañado de Gloria, a la celebración de San Antonio; me entregó los tres tomos de la primera edición de “Cambó”<sup>25</sup>, obra escrita por su tío D. Jesús<sup>26</sup> y en la que se relata con gran precisión la vida y desarrollo político y financiero de tan destacado personaje entre los años 1876 y 1947; no es el momento ni el lugar de hacer una recensión a la mencionada obra de quien fue

Ministro de la Corona, en diversos momentos del comienzo del siglo XX; pero sí es de recordar la trayectoria vital de ese ilustre catalán, ejemplo en que deberían inspirarse en su proceder generaciones futuras, muy alejadas del comportamiento y proceder de Cambó<sup>27</sup>.

En todo caso el libro estaba agotado y el ejemplar que me regaló Pabón me hizo especial ilusión y lo he leído y releído en diversas versiones.

## V

10. Y con lo expuesto llegamos a la presentación del relato del que me hizo depositario José María Pabón para publicar cuando se cumpliera una condición que lamentablemente aconteció el 24 de diciembre de 2018: aquel lleva por título *Confesiones de un abintestado* y es una amena redacción en la que se da cuenta de cuestiones de indudable calado jurídico, en combinación con el resultado de una de las aficiones del autor, que fué la escultura a la que dedicaba no pocas horas en su casa de Sigüenza.

Leamos ya el texto que en el año 2016 redactó José María y que en el momento en que se publica no ha perdido actualidad. ■

## NOTAS

1) José María falleció el 24 de diciembre de 2018. Al recibir el relato que va a publicarse el autor me advirtió que ello sólo procedería cuando ya no estuviera en este mundo, y con mucho gusto cumplo el encargo con el beneplácito de la que fue su esposa, D<sup>a</sup> Gloria de Aymerich y de San Román.

2) La plantilla del Tribunal Constitucional en un momento no lejano a la jubilación de José María Pabón, aparece en el n<sup>o</sup> 19 (2008) de la Revista *Abogados del Estado*; junto al mencionado aparece M<sup>a</sup> Luisa García Blanco, Jesús García Torres e Isaac Salama; la misma se reproduce en este comentario.

3) En la Revista a la que se refiere a nota anterior, n<sup>o</sup> 32 (2011), aparece una reseña del homenaje que se le rindió a José María con motivo de su jubilación y en la que figuran numerosos compañeros que se sumaron al mismo; a la Revista se incorporará el texto del excelente discurso de Jesús García Torres, al que me referiré más adelante; además, y en las palabras que este último pronunció con motivo de la imposición de la Gran Cruz de San Raimundo de Peñafort, García Torres, mencionó como uno de sus referentes a José María Pabón; ello aparece en el n<sup>o</sup> 39 (2014) de la indicada Revista; este último fue galardonado con la Cruz de Honor distinción que no responde a sus merecimientos, pues lo que hubiera correspondido es el haberle concedido la Gran Cruz.

4) En aquella época quienes las presentes suscribe era responsable del Servicio de Estudios de dicha Dirección General, por lo que conocía de primera mano como se gestionaban los “Jornadas” y a quienes se invitaba a participar en las mismas; las primera que aparecieron llevaron por título *La Constitución española y las fuentes del Derecho* (1979) quedando su edición a cargo

del Instituto de Estudios Fiscales, plasmándose en tres o cuatro volúmenes el resultado de las mismas; todos los Abogados del Estado recibíamos sin coste alguno la correspondiente obra; quiero mencionar a D. José Luis Gómez-Dégano y Ceballos-Zuñiga, Director General lo Contencioso del Estado, a quien se debió la iniciativa de las “Jornadas de Estudio” sobre temas constitucionales, y a D. César Albiñana García Quintana, Director del Instituto de Estudios Fiscales, por el apoyo y patrocinio a las mismas.

5) El interés de la Abogacía General del Estado sobre el tema sigue subsistiendo: véanse las XXXVIII Jornadas de Estudio (2018) dedicadas a *Reflexiones sobre la Constitución en su 40 Aniversario: Pasado, presente y futuro del texto fundamental*.

6) Sin menoscabo de las siguientes “Jornadas de Estudio” organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, las del año 1980, fueron, quizá las de más alto nivel doctrinal; a título de ejemplo y sin agotar la relación de excelentes conferenciantes, debo aquí citar: *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español, posibilidades y perspectivas*, del Profesor García de Enterría; *Conflictos Constitucionales de competencia y de atribuciones*, del Profesor Martín-Retorillo (Lorenzo); y *Las Sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional Italiano*, del Profesor de la Facultad de Derecho de Pisa Alessandro Pizzorusso.

7) Otros trabajos siguen la senda marcada por Pabón; véase *La Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional*, de Sanz Gandásegui y García Monteys, en *La Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Estudios en homenaje a José Antonio Piqueras Bautista*. Editorial Aranzadi (1999).

**8)** El ya citado Profesor Lorenzo Martín-Retortillo expuso que “Cambiamos ahora de tercio, la vida depara sorpresas que uno no imagina. Amablemente fui invitado a dictar una de las conferencias en las Jornadas de Estudio sobre el Tribunal Constitucional organizadas por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que se celebraron en el inigualable marco del salón de actos del Banco de España, a finales de mayo de 1980. Me agrada evocar la amable invitación del infatigable organizador de las diversas ediciones de esas Jornadas, el entonces Director General don José Luis Gómez-Dégano y Ceballos-Zúñiga. Por cierto que el protagonismo de las conferencias en esa época estaba reservado a los especialistas, Catedráticos o Abogados del Estado, García de Enterría y Alessandro Pizzorusso, por ejemplo, entre aquéllos, como correspondía a unas jornadas ‘de estudio’, cuando luego el foro se ha convertido en pantalla para que los políticos del Ministerio expongan sus líneas, programas o pios deseos (cuando yo actué no te pagaban por la conferencia pero te regalaban una bandeja de plata)”. En la obra *En recuerdo de Federico Carlos Sainz de Robles*, Editorial Aranzadi (2006), con presentación a cargo del Profesor García de Enterría.

**9)** Artículos 159 a 165.

**10)** De entre los diversos conferenciantes que en la misma participaron, quiero destacar *El Poder Judicial en la Constitución*, de Federico Carlos Sainz de Robles; *La Jurisprudencia*, del Profesor Luis Díez Picazo; *El derecho a la tutela jurídica por los Tribunales de Justicia*, de Enrique Piñel López; y *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, de Manuel Goded Miranda, estos dos últimos destacados Abogados del Estado.

**11)** El autor se maneja muy bien en la literatura jurídica alemana, al dominar dicha lengua, por lo que en el estudio que se menciona en el texto aparecen citados numerosos autores, lo que me permite llevar a cabo la remisión correspondiente.

**12)** En un momento posterior ya se pudo obtener alguna conclusión al respecto; véase la obra de Antonio Jiménez Blanco y de García Torres, *Derechos fundamentales y relación entre particulares. La Drittwirkung en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Editorial Aranzadi (1986).

**13)** La más reciente doctrina es la que aparece en la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2015, de 5 de octubre, en la que se expuso: “Será suficiente recordar que las lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores no sólo pueden producirse como consecuencia de actuaciones del empresario o de quienes ejercen los poderes del empresario en la empresa, en particular de los superiores y mandos jerárquicos, sino también de los restantes trabajadores (STC 74/2007, de 16 de abril, FJ 5). No hay razón alguna para concebir una excepción a esa hipótesis de causación de la lesión si se trata de actos de los representantes de los trabajadores en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, podrán ser sancionados si el acto controvertido no constituye una actuación tutelada por el ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular de los de alcance sindical, y resulta subsumible en las causas disciplinarias previstas en la ley [señaladamente, por proximidad con el caso actual, art. 54.1 c), que recoge en el elenco de las causas de despido disciplinario ‘las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos’]. No es ocioso añadir que el empresario, en tanto que titular de la organización y parte en el contrato de trabajo, tiene un deber de garante frente a las infracciones de derechos fundamentales de los trabajadores que se produzcan con ocasión de la ejecución de la relación laboral o en razón de ésta, lo que puede desembocar en actos de disciplina laboral”.

**14)** De entre los conferenciantes que disertaron en las Jornadas de Estudio mencionadas en el texto, cito: *Los principios constitucionales de unidad y autonomía y el problema de la nueva planta de las Administraciones Públicas*, del Profesor Muñoz Machado; *El Ordenamiento estatal y los Ordenamientos Autonómicos*. Sistema de relaciones, del Profesor García de Enterría, y *El Sistema Financiero de las Comunidades Autónomas*, del Profesor Martín Queralt.

**15)** Sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, la aportación de José María Pabón a los asuntos constitucionales queda referida a lo que se expone en el texto; sin conexión con lo anterior pero sí personalmente con quien esto escribe, quiero aquí aludir a su colaboración en los *Estudios de Derecho Tributario*, que tuvo la oportunidad de dirigir y que se publicaron por el Instituto de Estudios Fiscales, Dos Volúmenes (1980). En el segundo aparece el estudio de Pabón sobre *Las responsabilidades tributarias del sucesor en la titularidad de la Empresa*, referido obviamente a la regulación de las mismas

en la Ley General Tributaria de 1963; pese al tiempo transcurrido el citado estudio sigue siendo objeto de cita por parte de la doctrina especializada.

**16)** Publicada por la Editorial Revista General de Derecho (1999), con posterioridad incorporada al fondo de la Editorial Tirant lo Blanch.

**17)** Me remito al número monográfico sobre *Derecho Privado Europeo* en *Noticias de la Unión Europea* nº 320 (2011).

**18)** Una alusión de los mismos puede verse en *Tribunal Supremo y principios europeos*, del Profesor Díez-Picazo en *Noticias de la Unión Europea*, nº 305 (2010).

**19)** Sobre las diferentes Promociones de ingreso me remito al destacado estudio de Miguel Ángel Gilabert, *La formación histórica del Cuerpo de Abogados del Estado*, Editorial Derecho Global (2016); además y como número uno de su Promoción, junto a los demás Abogados del Estado que encabezaron las mismas, aparece su fotografía en la obra *Historia del Cuerpo de Abogados del Estado*, de Joaquín Calvo Sotelo, aparecida con motivo del Centenario del Cuerpo de Abogados del Estado (1981).

**20)** Cuando por orden le tocó, organizó la reunión de la Promoción en La Rioja año 1998; los Monasterios de Suso, Yuso, San Millán de la Cogolla y Santo Domingo de la Calzada, además de una breve estancia en La Guardia para contemplar su bien conservado Pórtico, fueron los hitos más destacados, amén de una excelente comida en unas conocidas Bodegas de Haro.

**21)** Gracias a las numerosas conversaciones mantenidas, supe del Obispo Acuña de conocida personalidad, pero sin parentesco, al menos próximo con José María.

**22)** Así ocurre en la biografía de Unamuno, de Juaristi, Editorial Taurus (2012), que se la recomendé y la leí sirviendo para muchos comentarios sobre el biografiado y su época. Su padre, D. José Manuel Pabón, según contaba su hijo, coincidió con Unamuno en la Universidad de Salamanca y se ocupó de dar clases mientras este se dedicaba al Rectorado; D. José Manuel fue un destacado helenista y latinista. Fue muy conocida su obra en colaboración con Echaurri que utilizamos en nuestros ya lejanos años de bachillerato para superar la asignatura de Griego.

**23)** Me remito a lo expuesto en la nota sexta.

**24)** Como es sabido José María fue Conde de Montelirios, según el último “Elenco” consultado, el de 2017. El título fue concedido en 1764 a D. Antonio Aguado y Delgado, señor de Montelirios, y fue rehabilitado en favor de Pabón en el año 1985; por conexión temática y completando la referencia bibliográfica antes citada, aludimos al estudio de nuestro autor denominado *Comentarios al trabajo –Sint ut fuerunt–*, de Jesús García Torres, sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997, publicado en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 52 (1998), y que se refiere a la preferencia de los varones en la sucesión nobiliaria; a su vez García Torres y en la misma Revista había publicado una trilogía de estudios con el título de *Sint ut sunt aut non sint*, nº 22 (1998); *Non sint* nº 29 (1990); y *Sint ut fuerunt. La sucesión nobiliaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1997*, nº 52 (1998). La discriminación desapareció por medio de la Ley 33/2006 de 30 de octubre; sobre la citada disposición, véase: *Los títulos nobiliarios tras la Ley 33/2006*, de Rueda Esteban, en *Homenaje a Juan Francisco Delgado de Miguel*, Editorial Civitas (2008).

**25)** Editorial Alpha, Barcelona (1952); de entre otros muchos estudios sobre el personaje mencionado en el texto, destaco *Cambó en Argentina* de Borja de Riquer, Edhasa (2016).

**26)** D. Jesús Pabón y Suárez de Urbina, Catedrático de Historia Moderna de la Universidad Complutense, fue Director de la Academia de la Historia; una síntesis de su persona y obra aparece en *Crítica de las élites* del Profesor Cuenca Toribio, Diario ABC del día 3 de enero de 2016.

**27)** En la obra que se reseña en el texto aparece la fotografía de un retrato de Cambó; hubo una disputa con los herederos del pintor Zuloaga resuelta por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1996; véase un comentario a la misma por el Profesor Díez-Picazo, en sus *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Editorial Tecnos Volumen II (1969).

# CONFESIONES DE UN ABINTESTATO

Por **José María Pabón de Acuña**

Si de Don Roque místico y falsario

Posees piedra a tu favor prescrita

Conoce al fin su confesión contrita

Por este ocasional testamentario.

Mover en vida nunca quiso el labio

El pecador que sólo reza y piensa

El engaño que en otros hizo agravio

Fiando con su muerte su dispensa.

A los difuntos que no han hecho testamento, ni dejan parientes próximos les sucede el Estado en todos sus bienes. Lo dispone así la ley. Sin embargo, esta vieja regla no siempre tiene aplicación práctica: en un país donde hay tantos pícaros y donde el Estado se mueve con pasos tan solemnes como lentos, los primeros suelen ganar por la mano a Leviatán; los parientes más lejanos, los amigos o los vecinos suelen hacer rapiña de lo que queda. No ocurrió esto último en un caso que me propongo referir.

Cuando yo fui destinado como funcionario a la Delegación de Hacienda de Guadalajara al iniciarse la década de los setenta, ya tenían los veteranos que allí trabajaban, la experiencia de pisos de difuntos sin herederos completamente vaciados por la rapacería de los vivos. Los inmuebles eran ya de más difícil apropiación, pero en cuanto a los muebles, sólo quedaban trastos inservibles por los que había que pagar para que se los llevaran. Al parecer, en un caso de herencia a favor del Estado, ocurrido antes de mi destinación como funcionario en aquel centro, la Delegación de Hacienda pudo ocupar la vivienda heredada tras larguísima trámites y gestiones. Del piso, se habían llevado hasta los sanitarios. El Delegado había comunicado al Juzgado el lamentable despojo de los muebles, y

esta comunicación, según decían las incansables lenguas provincianas, la había tomado a mal el Juzgado, al interpretarla como queja o reproche por su tardanza en tomar medidas de aseguramiento de los bienes relictos, lo que ciertamente incumbía al juez, según las sabias y previsoras leyes del siglo precedente.

La herencia del Estado en caso en que yo hube de intervenir quedó incólume gracias a las circunstancias singulares que la rodearon. Sin embargo, estas mismas singularidades requirieron de no pocos esfuerzos y penalidades a cargo de la Delegación de Hacienda, según me propongo referir a continuación.

Arrancó esta historia con un oficio remitido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Guadalajara que en aquel entonces era el único que desempeñaba esa función en el partido de la capital alcarreña, dicho sea en mérito de los tiempos en que no había tanto enfrentamiento entre los ciudadanos. En ese oficio, se comunicaba al Ilmo. Sr. Delegado de Hacienda en la provincia haberse recibido en el Juzgado una carta anónima en la que se denunciaba el fallecimiento de Don Roque García, vecino de la localidad de Marchamalo, próxima a la capital alcarreña. Según el anónimo, el dicho D. Roque carecía de parientes y era propietario de algunas tierras en dicho pue-

blo, algunas de las cuales estaban siendo aprovechadas por terceros de manera indisimulada. El Juzgado —probablemente recargado de trabajo— pedía de Hacienda información sobre tales extremos, sin perjuicio de que si las comprobaciones condujeran a ello, tramitara el propio Juzgado «el abintestato» en forma legal, adoptando las medidas preventivas que fueran del caso para el debido aseguramiento de los bienes.

El Delegado de Hacienda, Don Félix, mandó comprobar si el fallecido figuraba en alguno de los archivos fiscales que en aquel tiempo estaban representados por los catastros de la Contribución Rústica, de la Contribución Urbana y del Registro del Impuesto Industrial, medios de información modestos, nada comparables con los poderosos instrumentos de control que permiten a la Hacienda Pública conocer hoy día el más insignificante detalle sobre la vida económica de sus contribuyentes. Tampoco figuraba haberse presentado a liquidación ninguna herencia por el Impuesto de Sucesiones. Mandó también a la Inspección que se informara sobre la fecha de fallecimiento del causante, explorando cerca de las autoridades del pequeño municipio, o en su caso entre vecinos, sobre cuántos extremos pudieran afectar a la sucesión de los bienes del supuesto di-

funto, ya que —subrayaba este punto— esa información podría afectar a los derechos del Estado, bien como acreedor tributario del impuesto sucesorio, bien como heredero del causante.

Los servicios fiscales facilitaron con toda puntualidad los datos que conocían sobre D. Roque: figuraba este como propietario de una pequeña tierra de olivar en la zona del «Balconcillo» en la capital, de difícil localización por estar comprendida en el ensanche de Guadalajara, de tres fincas de regadío que en total sumaban cerca de siete hectáreas y de una finca rústica de 19 hectáreas, de secano, pero de primera calidad situadas todas ellas en el término municipal de Marchamalo de donde era el difunto. Dentro de esa finca aparecía catastrada una vivienda habitable de 200 metros cuadrados. No había dato alguno relativo a actividades comerciales o industriales. La inspección por su parte indicaba que el Alcalde de Marchamalo había manifestado que el difunto D. Roque —fallecido hará cerca de un año— era vecino del pueblo, de profesión sacerdote ya jubilado; que la vivienda emplazada en la finca de las 19 hectáreas se encontraba deshabitada. No se tenían noticias de parientes próximos. El sacerdote estaba asistido de una mujer mayor que había marchado a su tierra algún tiempo después del fallecimiento de Don Roque, y que en el Ayuntamiento no se sabía nada sobre su herencia, aunque sí se había localizado a un vecino honrado, de nombre Martín, quien disponía de la llave de la vivienda del difunto por habérsela dejado la criada de D. Roque cuando esta dejó la vivienda.

El Delegado de Hacienda remitió estos datos con un «Saluda» al Juzgado, manifestando ser los únicos disponibles en aquella Delegación de su cargo y poniéndose a disposición del Juzgado para cuanta información estuviera en condiciones de facilitar.

El Juzgado, a la vista de los antecedentes e informaciones recibidas, decidió la apertura del «Abintestato», cometido específico suyo, dirigido a la localización de los herederos del fallecido y al aseguramiento provisional de los bienes. Para ello, dispuso la apertura del expediente, iniciado mediante la incorporación de las diligencias practicadas

hasta el momento, ordenando solicitar los certificados de defunción y del Registro de Últimas Voluntades. Igualmente ordenó que los libros, papeles y bienes muebles que se hallaran en el domicilio del difunto fueran trasladados en depósito al lugar seguro que indicara el Ilmo. Sr. Delegado de Hacienda, quien quedaba comisionado de ese encargo y desde ese momento a título de depositario, así como de formar inventario de lo recibido en tal concepto y a quien se daría traslado de la providencia judicial.

Tras el recibo de esa providencia, el Delegado me llamó con urgencia. Estaba indignado con el Juzgado, porque lo nombraban depositario de unos bienes, atribuyéndosele una responsabilidad que creía no tener que asumir por razón de sus funciones. Me sugirió la posibilidad de plantear un conflicto para declinar la competencia a favor del juzgado; a su criterio, el Juez se descargaba de sus cometidos para que fueran soportadas por sus ya cargadas espaldas. Me contó el caso precedentemente ocurrido de la devaluación del piso heredado por el Estado y la comunicación que de ello había dirigido al Juzgado. Me refirió que le había llegado por vías indirectas la noticia de haberse molestado el juez por la comunicación recibida, dándole cuenta de la rapacería de los muebles. Tenía la sospecha de que el Juez se estaba vengando de esa absurda e injusta suposición, puesto que la razón de haber mandado al Juez aquel oficio explicativo no tenía otro objeto que salvar la responsabilidad de la Delegación por el estado del piso, y el de comunicar al Juzgado la comisión de un posible delito por si quería hacer averiguaciones. Nada más.

Razonaba, en fin, que en el edificio de la Delegación no había sitio ya para depositar los muebles de una casa, porque el sótano estaba ya hasta los topes de tantos viejos e inútiles expedientes acumulados cuya destrucción, varias veces por él recomendada, ninguna autoridad del Ministerio se decidía a autorizar.

—¿Se figura Ud. un dormitorio instalado en el patio de operaciones de la planta baja? Nos tacharían de verdugos inclementes, dedicados a embargar hasta el lecho cotidiano de los contribuyentes. Sólo nos faltaría añadir esa imagen como

guinda a lo que dicen algunas malas lenguas sobre esta Delegación.

Por mi parte, traté de calmar a ese hombre abrumado con aquella inopinada propina de trabajo que le caía encima. Le dije que iría a ver al juez y que trataría de hacerle comprender los problemas que se crearían tanto por razón del esfuerzo humano necesario para la formación de un inventario detallado, como por razón de la falta absoluta de espacio en el edificio de la Delegación de Hacienda, único a disposición del Delegado.

—¡Recálquele bien eso último al Juez! —me encargó Don Félix—, que el edificio de la Delegación es el único de que puedo disponer, porque en mi casa no caben los muebles de otra vivienda.

Así lo hice. Visité al Juez, con quien mantenía un trato cordial. Me recibió nada más llegar y comprendió que venía a hablarle del asunto del «abintestato». Le expuse las dificultades que se nos presentaba en la Delegación de Hacienda por su decisión y la congoja del Delegado, hombre mayor, y temeroso de sus responsabilidades. Me tranquilizó muy pronto: el inventario y el depósito que pretendía se limitaba a las joyas, a los papeles y a los objetos de valor; nada más; el resto de los muebles quedarían genéricamente descritos: dormitorio con sus muebles, cocina con los suyos propios, sala de estar, baño, etc. Lo que interesaba era únicamente lo que fuera estimable, bien por su valor intrínseco, bien por servir para la identificación de los posibles herederos. Los papeles se guardarían en cajas hasta que procediera su lectura e inventario, todo ello por gente de Hacienda de quien me fio, me dijo el magistrado.

—Piensa —añadió— que entre esos papeles podría encontrarse un testamento manuscrito, por ello, es muy importante que se forme con rigor ese inventario.

Al despedirme, agradeciéndole yo la flexible interpretación de su acuerdo, me dijo que por lo que creía, la herencia le tocaría al Estado, puesto que habiendo ocurrido el fallecimiento algunos meses atrás, ello era signo de que no había ni herederos testamentarios ni familiares próximos que según su experiencia, de existir, habrían aparecido mucho antes.

El Delegado de Hacienda quedó mucho más tranquilo tras referirle lo dicho

por el Juez. Si no se trataba de otra cosa que de papeles, joyas y objetos de artísticos o antigüedades, trataría de buscar algún sitio donde colocarlos.

—Encargaré —me dijo— al técnico D. Constancio que lleva la Sección de Patrimonio que se ocupe de los papeles del difunto. Ahora vamos a pensar en el transporte de lo que hemos de guardar e inventariar. Lo mejor será que vayamos a esa finca tres personas de la Delegación: Tú por la parte jurídica, D. Constancio y yo. Citaremos al Alcalde para que lleve también al vecino que tiene la llave de la casa y al propio Juez, para que también se moje en este fregado, ¡faltaría más! Voy ahora mismo a preparar las citaciones para el próximo martes a las diez de la mañana.

El martes salimos para Marchamalo desde la Delegación en el coche del Delegado que era un Seat 1430, tapizado de un bonito cuero rojo. Llegamos a la plaza Mayor del pequeño pueblo, donde nos esperaban en la puerta del Ayuntamiento el Alcalde y el vecino honrado poseedor de las llaves. Nos bajamos del coche y nos presentamos. La casa no distaría del Ayuntamiento más de kilómetro y medio, según el Alcalde y se llegaba sin dificultad torciendo por la calle a la izquierda y subiendo una ligera cuesta, no tiene pérdida. Como el Alcalde no tenía coche, él iría andando con el vecino.

—No —dijo el Delegado— acomódense también en el coche que es amplio. Entraron el Alcalde y el vecino, sentándose en el asiento de atrás con D. Constancio, visiblemente contrariado con las apreturas.

A punto de arrancar el coche, se acercó hacia su frente un motorista haciendo señales repetidas con la mano de que esperaríamos. Tras acercarse a la ventanilla del conductor del coche y recibir respuesta afirmativa a su pregunta sobre si íbamos a lo del «abintestato» dijo:

—Soy Mengano, oficial del Juzgado que me manda su Señoría también para eso. Me ha encargado que venga y aquí estoy.

—Ah, es Ud. quien en representación del Juzgado va a hacer el inventario ¿verdad? Dijo el Delegado para ver si recolocaba esa ya para él ingrata tarea

del «abintestato», devolviéndola a su legítimo titular.

—No Señor, vengo por una citación de Hacienda, pero no sé para qué. Tampoco su señoría, el Sr. Juez sabía la razón de la citación, según me dijo.

—Bueno, pues venga Ud. detrás de nosotros —dijo ya enrojecido por sus apreturas D. Constancio desde el asiento trasero, abriendo la ventanilla. Al volante, D. Félix siguió las indicaciones verbales del Alcalde. El motorista del Juzgado dio la vuelta con su «vespa» y nos siguió.

Llegamos al borde de la finca, cerca de aquella parte con alambre simple y señalada su entrada con dos hojas del portón metálico que se anclaban de manera giratoria sobre dos gruesos postes de madera. Se bajó el vecino para desatar un alambre que unía las hojas del portón y abriéndolas, hizo seña al conductor para que entrara en la finca. Desde allí se veía la casa a unos cincuenta metros; pero el Delegado no se atrevió a adentrar su coche en la propiedad por un bache embarrado que había en la misma entrada, causado sin duda por el desveneciamiento de las hojas porteras que habían dejado un surco por sus giros.

—Deje Ud. el coche aquí mismo. No molestará a nadie, dijo el Alcalde.

El exterior de la vivienda tenía un aspecto sobrio pero digno. Ventanas con reja ventrada y macetas con plantas secas. Al entrar, humedad y polvo, pero orden. Allí no había pisado nadie en mucho tiempo. El Alcalde y el vecino abrían apresuradamente las ventanas. El Delegado atendía más a los movimientos de las personas que a las cosas.

—Aquí hay un despacho —dijo D. Constancio.

—Acudamos todos —dijo el Delegado tratando de no dejar cabos sueltos por las piezas de la casa y deseoso de apresar papeles.

—Los cajones de la mesa están cerrados —observó D. Constancio.

—A ver, el representante del Juzgado ¿Qué se ha de hacer? ¿Forzar la cerradura? —preguntó con voz de congoja D. Félix.

—Eso, según diga Su Señoría —respondió respetuosamente el oficial del juzgado.

—¡Fuércense! —dije yo, tras un silencio general— Bajo mi responsabilidad, si no, no concluiremos nunca.

El Alcalde, tras mirar al Delegado y comprobar su asentimiento, intentó con una navaja abrir el cajón central. Sin resultado. Lo mismo ocurrió con el mismo intento en las dos portezuelas laterales que descendían desde el sobre de la mesa hasta cerca del suelo.

El Alcalde, tras comprobar lo fallido de su intento le dijo al vecino:

—Martín, acércate hasta el almacén y trae algo apañado para abrir todo esto, y date prisa que están esperando estos señores.

El vecino, salió de la habitación obediente a su Alcalde.

—Alguna herramienta encontraré, si es que está abierto —dijo al tiempo que salía.

Mientras tanto, buscamos en el dormitorio. Estaba contiguo al despacho. Una cama, sillas, un armario y una mesilla, estos dos, accesibles a su interior. En el armario sólo había ropa talar, un par de monos de trabajo y ropa interior planchada. En la mesilla, una linterna, un rosario de cuentas de madera, un manojito de llaves y una cartera con el carnet de identidad, el de conducir y setecientas pesetas en su interior. Al comprobar su contenido el Delegado pidió al oficial del Juzgado que levantara acta del hallazgo:

—Una cartera de bolsillo con carnets de identidad, de conducir y además con setecientas pesetas —dijo con el tono y con la parsimonia de un dictado.

—No he traído para escribir —dijo volviendo las palmas de sus manos desocupadas hacia el Delegado de Hacienda—. Ni el Sr. Juez me ha encargado nada al respecto.

—Ya está apuntado, dijo desde detrás de la cama D. Constancio guardándose una libreta en el bolsillo.

—Intentemos con estas llaves abrir los cajones de la mesa del despacho —dije yo, algo arrepentido de mi pronto anterior asumiendo la responsabilidad de descerrajarlos.

Efectivamente, se abrieron con la llave más pequeña, tanto el ancho cajón central como las portezuelas laterales. Los tres cajones estaban colmados de sobres, carpetas y papeles.

—Aquí hay para dar y tomar —dijo el Alcalde—. Pues nadie lo diría que gastaba tanto papel el Sr. Don Roque

—¿Ha traído Ud. cajas Don Constancio?

—No, ni nadie me avisó de traerlas.

—¡Pues a ver cómo nos llevamos todo esto!

En ese instante llegó el vecino honrado —título acreditado con el hallazgo de la cartera incólume— provisto, según anunció a gritos desde la puerta de entrada, de un martillo y un cortafríos encontrados en el almacén. Traía el rostro fiero y decidido de quien acude a un combate seguro de su victoria.

—¿A qué vienes con esto ahora? —le dijo el Alcalde—. Ya están abiertos los cajones; además pareces un burro Martín: eso no es un martillo, sino una bujarra para aplanar la piedra; estropearías sus dientes si picaras con él sobre el cortafríos, que tampoco es un cortafríos —dijo quitándose bruscamente de las manos a Martín— sino un cincel fino para talla.

Impaciente, Don Félix preguntó por el modo de llevarse toda la papelería encontrada en el despacho.

—Hay que llevárselo y no tenemos caja —dijo dirigiendo una mirada de censura a Don Constancio.

El Alcalde dijo a Martín:

—Acércate otra vez al almacén a ver si encuentras allí unos sacos para meter los papeles que quieren estos señores. Toma, llévate también esta herramienta y vuelve a ponerla en su sitio.

Martín salió de nuevo hacia el almacén, obediente a su Alcalde.

Mientras tanto, me acerqué a un estante de libros emplazado en el muro fronterizo a la ventana del despacho. Libros religiosos en su mayor parte, algunas novelas del Padre Coloma, algo de G. Papini, ediciones de la BAC, un libro sobre arte visigodo y poco más. Me entretuve con una obra preciosamente encuadrada en piel granate con magníficos dorados: *De broma y de Veras* del Padre Vilariño. Contenía una larga relación censora y crítica de novelas editadas por orden alfabético de autores. Busqué a D. Juan Valera, por estar aquellos días ocupado con la lectura de su *Pepita Jiménez*. Ponía: Valera Juan: «Escéptico, ecléctico, sensual, atrevido, peligroso; libertad ra-

yana en licencia». Poco más abajo: Valle Inclán Ramón del: «Malas ideas y muy deshonesto. Parece que ahora cambia de dirección». También Vigny Alfredo V. Conde de: «Malo, incrédulo, pesimista, enemigo de Dios, blasfemo»; Miré por Hugo Víctor: «Muy inmoral y fatalista, blasfemo, calumniador de la Iglesia y del clero». Me dispuse a ver qué decía el crítico de Cervantes: «Peligroso y libre en muchos pasajes. Hay ediciones del Quijote purificadas como la de la Abeja».

Don Félix debió pensar que yo estaba perdiendo el tiempo hojeando libros en lugar de contarlos como era nuestra obligación. Me preguntó algo inquieto si los había contado o por lo menos calculado. Le dije que habría una centena a lo sumo, pero el que tenía en la mano podía considerarse una joya histórica, por lo que aconsejaba su inclusión entre los papeles que habríamos de llevar.

—Muy bien me parece, supongo que será edificante —dijo

Don Félix, satisfecho de tener por cumplida con el acarreo de ese libro la condición de inventariar y depositar las joyas.

—Mucho, Don Félix, muy edificante —le respondí.

Por fin llegó Martín el vecino con tres grandes sacos usados y sucios de los de guardar patatas. Calculamos que allí cabrían todos los papeles, sugiriendo yo que se volcara en cada saco el contenido de cada uno de los cajones, porque ello podría facilitar el trabajo de clasificación e inventario.

Dudaba don Félix, una vez viendo los sacos llenos si podrían caber en el maletero del coche, puesto que allí guardaba dos bicicletas de sus nietos que dejarán poco margen para los abultados sacos.

—Ud. no se preocupe por ello, porque nosotros —dijo el Alcalde señalando a Martín—, volvemos andando y así podrán acomodar los sacos en los asientos.

—¿No quieren ver la nave? Preguntó tímidamente Martín. La he dejado abierta, tal como estaba.

—Vamos al almacén de la labor —dijo el Alcalde— por si encontramos algo que pueda interesarles según las instrucciones que hayan recibido.

Eso de las instrucciones, no sentó bien a Don Félix.

—Las instrucciones las daré yo por razón de mi cargo de depositario —dijo algo desabridamente.

—Desde luego parece necesario registrar ese local —dijo el agente judicial— porque no son pocos los casos en que los objetos de más valor se encuentran ocultos en altillos, cocinas o leñeras. Yo les podría contar y no acabar sobre los escondites que he llegado a descubrir en los embargos.

Caminamos un par de minutos sorteando por los lados una senda algo embarrada hasta llegar al almacén. Era una construcción moderna y fea con bloques de aglomerado gris y techado de uralita a dos aguas. El cierre era por medio de una puerta metálica de corredera. Dentro, había diversos aperos de labranza, un pequeño tractor, cuya matrícula apuntó cuidadosamente Don Constancio, algunas máquinas y muchas herramientas colgadas de las paredes que daban la apariencia de un taller de vehículos.

D. Félix convertido en capitán de aquella expedición campestre empezó a impartir órdenes:

—Anote Ud. Constancio; aperos de labranza y herramientas diversas; las máquinas que lleven marca o numeración anótelas también. Martín: pruebe Ud., a ver si alguna llave de las del manajo puede cerrar la nave y daremos por terminada la diligencia.

Cerrado el almacén, se oyeron unas voces desde la parte trasera de la nave; procedían del agente judicial que se había alejado del grupo momentos antes; gritó:

—¡Vengan aquí! ¡Aquí hay un montón de pedruscos tallados! ¡Acérquense!

Nos dirigimos hacia esas voces. Vimos con sorpresa que desparramados por el suelo había unas columnas, unos capiteles, dos discos solares, un guerrero ibérico blandiendo una espada, un disco con dos aves picoteando una piña, un pesado rectángulo de piedra con dos caballeros alanceándose, una lechuza, una talla en relieve de la cruz de Calatrava.

Todas las piedras estaban en el suelo y la mayor parte de ellas cubiertas con una capa de musgo.

—Son obras de arte antiguas que seguramente coleccionaba el propietario —repitió el agente judicial—, y que qui-

zá alguien, por su valor las ha escondido a la espalda de la nave para ocultarlas.

—Más de una vez he visto subir a un camión con grúa y bien pesado de carga, con bloques de piedra para D. Roque y que descargaba detrás de la nave —dijo Martín, el vecino honrado, protegiéndose como poseedor de las llaves de cualquier sospecha de ocultación.

—Seguro que esto nos lo afectan a algún museo —dijo Don Félix, ya más congraciado con la herencia y viéndose desposeído de los ingresos en subasta de ese inesperado tesoro arqueológico.

Era Don Félix muy aficionado a presidir las subastas de bienes del Estado, porque —decía— constituyen un ingreso indoloro para el contribuyente y tienen algo de competición deportiva. A veces, en plena sesión, encomiaba el valor de lo que se subastaba comparándolo con los precios de salida: «los de esta mesa no podemos hacer ofertas, que si no...». Hubiera sido un magnífico animador de las pujas en una casa de subastas.

D. Constancio había sacado su libreta y se dispuso a escribir lo que a la par decía su lengua: «capitel con dibujo de hojarasca».

—Ponga Ud. capitel corintio con relieve de hojas de acanto.

D. Constancio tachó y escribió lo que había oído.

Se podía observar la perfección de algunas obras: el capitel corintio estaba tallado con gran primor por sus cuatro lados. Los otros dos capiteles, de orden toscano, sólo tenían labra por dos de sus lados haciendo esquina. Las dos columnas eran lisas y estaban encajadas en una basa; tendrían poco más de un metro de altura. Los discos solares con sus radios curvos trazados desde el centro del círculo estaban, al igual que los bajo relieves, ennegrecidos por el musgo.

—Estos objetos no cabrán en su coche —dijo el Alcalde con cierta sorna.

—No, ni en la furgoneta de incidencias del Gobierno Civil en la que había pensado hace un momento.

—Un servidor —dijo el Alcalde— dispone de una camioneta de transporte discrecional, por la que pago el impuesto industrial —aclaró con doble fin, a la vez mercante y de protesta de lealtad tributaria— en la que acaso podría acarrear

todo este material a donde ustedes me digan. Bien atado y colocado sobre blanco como los sacos que acaban de rellenar con los papeles de Don Roque, no creo que se muevan ni sufran daño.

El Delegado quedó pensativo. Los objetos artísticos se comprendían en el depósito ordenado por el juez, y él era responsable del depósito, pero vislumbraba inconvenientes; por un lado las tallas podrían sufrir algún daño en un transporte improvisado. Por otro, tal vez tuviera que lidiar con Don Manuel, el Interventor de Hacienda para el pago de la factura de un transporte ¿de piedras a la Delegación? Volvía a sus temores iniciales. ¿Dónde iba a colocar tanta arqueología?

—No, lo siento Sr. Alcalde, pero estos restos quedarán en la finca, de donde nadie las ha robado hasta ahora. Me llevaré los papeles, que es lo más encarecido por el Juez; sobre lo demás, Dios dirá. Sin embargo —añadió elevando el tono de voz— todos los asistentes a este acto, y yo el primero debemos tener en cuenta que no nos está permitido decir a nadie, absolutamente nada de lo que hemos visto, so pena de incurrir en las penalidades previstas para la infracción del secreto fiscal y tributario; téngalo bien en cuenta, desde este mismo momento son ustedes depositarios de ese secreto y, por lo tanto, responsables de su mantenimiento y consiguientemente de la conservación de esos bienes.

Por mi parte, aún sorprendido por el ingenioso e inventivo discurrir de Don Félix apoyé las prudentes palabras del Delegado con un vivo asentimiento de cabeza.

Volvimos a la casa donde estaban los papeles saqueados, los llevaron hacia el coche entre el Alcalde y Martín el vecino de las llaves, los acomodamos como pudimos en la parte trasera del coche del Delegado, protegiendo en lo posible la tapicería de los asientos, donde se sentó D. Constancio con las mismas aperturas que había soportado a la ida. Volvimos a la Delegación de Hacienda.

Ya en Guadalajara estacionó D. Félix su vehículo en el fondo del callejón perpendicular a la Calle Mayor y en cuyo encuentro en chaflán de esas dos calles se sitúa la solemne puerta de entrada de la Delegación Provincial de Hacia-

da. Salimos del coche cargando al hombro cada uno de los tres funcionarios con uno de los sacos rellenos de papeles. Menos mal que no había ningún periodista gráfico durante el paseillo por el callejón, ni en el instante de nuestra entrada en la sede de la recaudación tributaria provincial. La hubieran podido titular: «saqueo de la provincia». Quienes sí se apercibieron fueron los dos guardias civiles que daban servicio en el edificio fronterero del Banco de España; se aproximaron algo mosqueados al ver a unos hombres bien trajeados cargando con unos pesados y bastos sacos al hombro, y tras percatarse de que el último de ellos era la autoridad del Delegado, saludaron militarmente y se volvieron a su puesto. Al recordar después el Delegado ese momento, decía haber sufrido gran vergüenza de verse con un saco, entrando en el edificio donde regía; pensaría la gente que nos llevábamos en sacos los higadillos de los demás.

Subimos los tres con nuestras cargas a cuestras hasta el tercer piso, que es donde desempeñaba su puesto D. Constancio, dejando allí caer en el suelo los tres pesados sacos de papeles. Nos disponíamos D. Félix y yo a bajar a nuestros despachos respectivos de la segunda planta, cuando D. Félix en la escalera me dijo en voz baja que le diera algunos criterios de selección e inventario a D. Constancio, para que este pudiera aligerar y hacer bien su trabajo. Subí y encontré a D. Constancio sofocado en su silla, mirando con angustia los tres sacos abandonados en el suelo.

—No se preocupe D. Constancio. Tenga ojo avizor para lo que busquemos que es un testamento. Todo lo que no tenga firma no nos interesa en principio. Haga Ud. una selección rápida de los documentos firmados y después ya veremos.

En ese instante subió a toda prisa un funcionario de la Abogacía para decirme que tenía una llamada urgente del Juez, Bajé y me puse al teléfono. Pensé que era para hablarme del registro de la vivienda del abintestato, pero no, era sólo para informarme que el difunto de autos había otorgado testamento cerrado en el año 1965 ante el Sr. Marina, notario de Guadalajara, según le había anticipado

por teléfono desde Madrid el encargado del registro de últimas voluntades, quien había sido compañero suyo de carrera. ¿Testamento cerrado? Pregunté yo, la primera vez en mi vida en que tengo noticia de haberse otorgado un testamento de esa clase. Comentamos brevemente el hallazgo de las tallas en piedra de lo que ya estaba informado por su oficial. El Juez, sin duda influido por las exageraciones y fantasías de su subordinado, mostró algún reparo al hecho de haber dejado esas reliquias en campo abierto.

—No sé —añadió— pero al menos se podrían haber guardado mejor.

—No era fácil hacerlo —le dije—, además tu providencia encargaba al Delegado la elección del lugar del depósito. Creo que ha cumplido exactamente.

A continuación me habló el Juez de un pleito que por orden del Ministerio había tenido yo que dirigir contra unos vecinos del pueblo de Pioz en reivindicación del bonito castillo del siglo XV emplazado en ese pequeño pueblo alcañareño, lindante con la provincia de Madrid. La demanda se basaba en ser, por un lado, un bien vacante y por otro a causa de haber estado afectado a la defensa nacional. El Juez me anticipó que habían contestado los vecinos demandados aportando una escritura de venta otorgada por el Cardenal Mendoza contra entrega de moneda de oro «sonante». Esa prueba no facilitaba —me dijo— que prosperara la reivindicación del Estado, aunque tenía que estudiarlo bien.

Por mi parte le conté al Juez lo que había ocurrido en relación con otro castillo de la provincia, que el Ministerio también me había ordenado reivindicar y que estaba igualmente en litigio en su juzgado: el de Villel de Mesa, en tierras del Señorío de Molina. El demandado, un militar retirado por edad cuyos antepasados lo habían adquirido en la Desamortización, me vino a visitar tras recibir la demanda, diciéndome estar dispuesto a hacer lo que fuera para desprenderse de la titularidad del castillo. Me explicó que este se hallaba situado en una pequeña colina en el centro del pueblo y sus muros amenazaban derribarse sobre el caserío. No quería tener responsabilidades, ni tenía medios de hacer una costosa reparación. Le aconsejé que se allanara y

le prometí que hablaría con el Delegado de Hacienda para devolverle la contribución urbana del castillo de los últimos cinco años que hubiera pagado. El demandado, se fue contento y agradecido de poderse desentender de aquella pesadilla. El juez me dijo que en ese asunto estaba redactando una resolución para declinar la competencia de ese pleito a favor del Juzgado de Molina de Aragón, quien por cierto, tenía poco trabajo que hacer. No hará falta le dije yo, porque se va a allanar el demandado.

Además —dije yo— la competencia para enjuiciar... no, nada más, con el allanamiento del demandado se acaba el asunto.

Tras despedirme del Juez, subí al despacho de D. Constancio.

—Busque Ud. ante todo —le dije— algún sobre cerrado y firmado, porque lo que buscamos estará allí.

D. Constancio ya lo había encontrado; me lo ofreció con sus dos manos como si fuera un trofeo y dibujándose en su boca una sonrisa de triunfo, echó su cuerpo orgullosamente hacia el respaldo de su asiento. Efectivamente se trataba de un sobre en el que estaba estampado el signo firma y rúbrica del notario y D. Constancio había tenido la precaución de no abrirlo.

Bajé a ver al Delegado.

—Se ha encontrado un testamento.

—¿Y qué dice? —preguntó Don Félix con visible curiosidad.

—No lo podemos saber por ahora, porque es un testamento en sobre cerrado y sellado, debiéndose abrir ante el Juez.

—Pues mañana mismo lo lleva Ud. al Juzgado.

—Yo no —dije—; el deber está a cargo de quien lo ha encontrado que es D. Constancio, a quien ha pasado el documento sin mano intermedia desde las manos del testador. Yo le acompañaré en todo caso y seré testigo de su hallazgo.

No referiré aquí las numerosas diligencias que se practicaron para advenir el documento. Me limitaré a transcribir su texto:

«En nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo, Amén. Es cosa natural a los humanos el hecho de su muerte que creo y espero ha de ser el tránsito a

la vida eterna que nos reservó el Redentor con Su Muerte y Resurrección Gloriosa. Como mortal vengo a disponer de mis bienes a favor de quien corresponda según la ley, manifestando no tener ni descendientes, ni ascendientes, ni hermanos, ni sobrinos. La ley dispondrá lo que proceda.

»Es mi ferviente deseo que se respete un ruego que hago ahora y en este papel que será leído tras mi muerte. Trataré de explicar ante todo la razón de este ruego. He tenido en mi vida la afición de la cantería, estudiada y admirada por mis ojos en los tiempos libres que me permitían mis horas de seminarista en Sigüenza. Después, viviendo en la tierra que heredé de mis padres, me apliqué a la práctica de ese oficio, aconsejado por un viejo cantero a quien socorría en su vejez. Las rentas de las tierras que poseo me permitieron la compra de herramientas, e incluso, traer bloques de piedra que desbastaba a golpe de mazo y más tarde gracias a una máquina elevadora y serradora importada de fuera. No me gustaba lo que salía de mis manos hasta que un día logré una talla que estimuló mi orgullo: había intentado labrar un pacífico Don Quijote a caballo y me salió un caballero lanzado en la lucha a galope tendido. Dios me perdone por la soberbia que se apoderó de mí; una vez pulidas las superficies de mármol con lija fina me asaltó la temible imagen del ídolo salido de las manos del propio adorador. Pensé que acaso estuviese enloquecido de soberbia y traté de probarme a mí mismo lo menguado de mis fuerzas y de mi arte, como recomiendan hacer algunos Santos Padres de la Iglesia. Procuré para ello la visita de un buen amigo del seminario que había colgado los hábitos y que residía en Sorria. Le haría ver el relieve para captar su juicio y recomponer con humildad el mío.

»Se hospedó en mi casa. Y dando un paseo por la finca, dirigí nuestros pasos hacia donde antes había colocado la piedra en sitio visible. Se paró este amigo mío delante de la obra y tuvo palabras de admiración por aquel trabajo: «¿cómo tienes este soberbio bajo relieve tirado sin más al borde del camino?». Me sentí otra vez inflado de so-

berbia y lamentablemente la corregí con una mentira: “la han encontrado arando cerca de aquí y la mandé dejar a un lado”. Mil veces me he reprochado esa mentira que ya empezaba a galopar como el caballo tallado en la piedra y que no tuve el valor de parar en sus consecuencias. Mi amigo encareció la perfección del trabajo, seguramente hecho en los siglos medios y me suplicó que la donara a un museo de Soria cuyo director era conocido suyo y a quien le encantaría poder enriquecer su museo con aquella joya. “Mira, no tienes familia ni necesidades propias, ¿no crees que esa talla merece un sitio mejor que la cuneta de un oscuro camino? Te lo agradecerá la cultura. Te lo agradecerían tus compatriotas”. Intenté resaltar los defectos del trabajo, pero mi acompañante me contradecía con expresiones vehementes, cada vez más admirativas. La cobardía me hizo callar la verdad. Días después vinieron unos expertos de Soria y hasta me sugirieron que pidiera precio por ella. “Llévensela —dije— a mí ni me gusta ni me parece que tenga mérito”. No quise añadir a mis pecados otro de avaricia. Actualmente se encuentra esa piedra en el museo XXX de Soria. Allí la he visto expuesta bajo el rótulo “talla medieval”.

»El diablo tienta una y otra vez, golpeando sobre la misma debilidad: Me pregunté: ¿Y si esta suerte final de la talla del caballero andante no ha sido otra cosa que una acción caritativa del amigo? Tal vez ese amigo mío, hombre de mundo, se haya percatado de mi autoría y quizá apiadándose de mi aislamiento en este rústico rincón, haya hecho un esfuerzo con sus amistades y hasta quizá económico para darme una alegría en mis días solitarios. Pensé en hacer otra prueba mejor meditada en su preparación y de mayor objetividad en la valoración de mi eventual mérito artístico.

»Busqué una imagen de fácil ejecución en un libro sobre arte visigótico: una piedra rectangular escuadrada que trazase tres o cuatro círculos por dos relieves de líneas serpenteantes que se entrelazasen, alternándose por superposición en sus encuentros; en el interior del círculo aparecería el relieve de una hoja de parra o un racimo de uvas.

»Me esmeré en aquella pecaminosa empresa que ya no era ni para mi entretenimiento, ni para mi disfrute silencioso de la obra terminada, sino para lograr otro engaño a terceros, por pura egolatría. Terminé la obra, gastando multitud de cinceles y gradinas. La enterré durante unos meses, la desenterré y la expuse al norte para que el musgo disimulara las huellas del tiempo de su ejecución. La volví a enterrar durante un par de meses y al fin, el diablo me volvió a engañar; enseñándome una obra visigótica auténtica. Después vendría lo más pecaminoso: el engaño del falsario. La soledad aguza la mente para las trampas. Busqué un lugar boscoso cerca del monasterio de Lupiana que fuera apropiado para ocultar la piedra a cualquiera que no fuese de intento. Tracé allí mismo un plano minucioso del lugar escogido para esconderla y en un segundo viaje con el tractor dejé escondida la piedra en el lugar que me indicaba el plano. Pasados unos días escribí una carta anónima al Director del Museo Arqueológico de Madrid, acompañando el plano detallado del escondite, indicando hallarse en ese lugar un objeto de posible interés arqueológico. Añadía en la carta que excusara no poder darle otros detalles sobre ese hallazgo por razones de conciencia.

»Al cabo del año encontré esa piedra pecaminosa en el Museo Arqueológico Nacional de Madrid. No quiero explicarme más en este desgraciado asunto. No me he atrevido a reparar mi falta en vida, restituyendo la verdad que se debe a los engañados. Por ello, el ruego que reitero a quien suceda en mis bienes que lo hagan en mi lugar. Sólo eso de ellos pido y espero: restituir las cosas a su verdad, como pido y espero que me sean perdonados mis pecados. Amén. Roque García».

Antes de ser legalizado el testamento, del que conservo copia mecanográfica sacada por D. Constancio con papel carbón, el Delegado, previendo razonablemente que la herencia habría de corresponder al Estado, pidió informe a la Abogacía del Estado, sobre las actuaciones judiciales pendientes y el modo de proceder en lo sucesivo.

Hice un breve informe en el que en síntesis decía que en la sucesión heredi-

taria del Estado pueden jugar dos títulos distintos en sus efectos y en su procedimiento: el testamento y la ley, aunque en sus resultados finales sean convergentes en el caso presente. Si Don Roque no hubiera hecho testamento heredaría el Estado como sucesor por imperio de la ley. Si el testamento se interpreta como voluntad de instituir al Estado como heredero voluntario, tendría que ser aceptada la herencia por el Consejo de Ministros y en tal caso habría que plantearse si el ruego del testador de que se restituya la verdad en los receptores de sus falsedades, es o no una verdadera condición de la institución hereditaria, en cuyo caso tocaría su cumplimiento al Estado como heredero.

Razonaba en el dictamen que la sucesión testamentaria era en sí misma preferente a la legítima. Si había testamento y en él se nombraba heredero, no había lugar a recurrir a la ley, llamada supletoriamente a cursar la sucesión. Es verdad que el testador no llamaba nominativamente al Estado, pero podía afirmarse que en el testamento estaba contenida una voluntad de disposición, aunque esta se conformara —y por ello coincidiera— con la misma determinación legal supletoria prevista para el caso de no haber testamento. La voluntad de testar se manifestaba especialmente en el encargo al sucesor hereditario de revelar el verdadero origen de las piedras que habían entrado en dos museos con una falsa identidad. No es aventurado pensar que el testador había visto en el poder público que ostentaba el heredero de sus bienes, el mejor instrumento para facilitar una discreta y fácil reparación del daño que reconocían los escrúpulos de su conciencia. Las expresiones de ruego o súplica con que el testador se refería a la reparación de sus mentiras no alteraban la esencia de lo realmente querido, ni las descalificaban en su carácter condicional.

Cosa distinta sería el cómo efectuar la reparación: si había de informarse sólo a quienes por su conducta quedaron personalmente engañados o era preferible hacerlo a los rectores actuales de las instituciones donde se conservaban y exhibían las tallas del engaño.

Advertía por último que en el Juzgado estaban en trámite dos expedientes

distintos: el «abintestato» prevenido por el propio Juzgado y la legalización del Testamento cerrado.

Al día siguiente de pasarle el informe al Delegado, me llamó este a primera hora para pedirme que saliera lo antes posible para Madrid donde me recibiría esa misma tarde a las cinco un alto cargo del Ministerio. Que me llevara copia del dictamen y del testamento de D. Roque, por si tenía que hacer observaciones, porque en el Ministerio —que ya disponía de ambos textos— había cierta alarma con ese asunto. No me aclaró en qué consistían esas alarmas; me habló de lo complicados que son los políticos y de las pequeñeces que en ocasiones los desvelaban.

En su despacho de Madrid, la alta autoridad me recibió con puntualidad.

—Pase usted —me dijo secamente. Me espetó sin ningún preámbulo— Estoy apesadumbrado por ese informe que ha hecho usted al Delegado en Guadalajara —no me invitó a sentarme, permaneció de pie y continuaron las censuras—. Usted tiene que retirar ese dictamen y procurar por todos los medios que el Juzgado declare al Estado heredero «abintestato».

«¿Qué le habré hecho yo a este hombre?», pensé yo. No dependía jerárquicamente de él y sin embargo me abroncaba.

—Comprenderá usted —continuó diciendo— que no es de recibo que vaya al Consejo de Ministros un asunto de peca-dillos de un cura burlón dedicado a gastar bromas a los museos.

Ahí estaba la cuestión y también los temores presumibles en D. Félix, mandando copia de ello al Ministerio —me dije para mí—: en convertir al Consejo de ministros en confesor y reparador de un alma difunta.

—¿Se imagina usted al Ministro de Hacienda dando lectura a ese pintoresco testamento ante el Caudillo y todos los ministros reunidos? Comprenderá usted también —continuó hablándome de pie— que la divulgación inevitable de estos hechos perjudicaría gravemente a la cultura nacional y a la confianza en los museos. Sería catastrófico para el turismo que nos visita que se divulgara la noticia de que en nuestros museos entran y

se exhiben obras falsas, cuya falsedad es reconocida en el testamento de sus propios autores. ¿Cómo puede Ud. suponer, como dice en su informe, una mayor discreción en la reparación de este desaguisado, si es el Estado el que ha de encargarse de publicar el engaño perpetrado? Debía Ud. saber que el Estado tiene el techo de cristal sobre el que rondan mil diablitos ávidos de la menor y más insignificante noticia para luego engordarla y servirla como pasto a las gentes ociosas.

»Si el testamento se interpreta debidamente, como yo creo —añadió el alto cargo— en el sentido de abrir paso a la sucesión intestada por no contener ninguna institución de heredero ni disposición sobre los bienes se acabará con esta situación absurda, ese documento quedará perdido entre los millones de papeles olvidados de nuestra incansable producción burocrática.

El alto cargo, siguió reflexionando en alta voz:

—¿Cómo saber si la mentira ha consistido en fingir el anonimato, ocultando la verdadera autoría de una obra artística, como pretende el autor de esas quizás falsas confesiones, y no a la inversa, fingiendo una autoría inexistente usurpando la titularidad de una obra ajena? ¿Se da usted cuenta del número de pícaros o de perturbados que han tratado de atribuirse a sí mismos, o a personajes de su familia, de su aldea o de su nación obras o trabajos anónimos de aparente mérito? ¿Sabe Ud. cuántas patrias se atribuyen la paternidad de Cristóbal Colón? ¿Considera Ud. probada la autoría de esas esculturas, sólo por las piadosas frases de esa pretendida confesión testamentaria? ¿No pretenderá ese espíritu burlón prolongar sus engaños desde su tumba?

A esto último repliqué yo como testigo de la inspección de la casa del difunto. Allí había herramientas de escultor, máquinas para cortar piedra y hasta un libro sobre arte visigodo en el que seguramente se basó para el trabajo que luego quedó consagrado como digno ejemplar histórico en el Museo Arqueológico Nacional.

A continuación, mi interlocutor, algo más calmado, dijo unas palabras de excusa por su vehemencia; me pidió que me sentara, haciéndolo él a continua-

ción. Tras respirar en una larga pausa añadió en tono más amistoso:

—Yo también creo sinceramente que el testador no miente en esas confesiones agónicas. No deja de inspirarme respeto la pesadumbre de esa alma atormentada. Para su tranquilidad y la de nuestro Delegado le diré a título meramente personal —y en absoluta reserva— que ya he citado a los directores de los dos museos afectados por este desdichado asunto para informarles sin muchos detalles, de lo que dice el finado sobre el origen de esas dos obras que ellos sabrán localizar y juzgar. Sobre ello dispondrán lo pertinente. Sin que esto signifique —añadió— reconocimiento de una voluntad testamentaria, valga como tal a esos efectos.

»Estoy convencido —añadió— que una cierta parte de la obra que se exhibe orgullosamente en los museos de todo el mundo es de origen espurio, similar al que acabamos de conocer por este caso. Si estas obras, aún falsas, logran pasar su examen ante los ojos más expertos y desconfiados, ¿han de tacharse como inútiles? Le contaré una anécdota en el mayor secreto, que he vivido personalmente desde este cargo. Un día el Jefe del Estado pidió que se hiciera una copia de la famosa pintura de Isabel la Católica atribuida a Juan de Flandes que estaba colocada en su despacho del Palacio del Pardo. Se encargó la obra de reproducción a un pintor japonés que empleó cerca de un mes en acabarla. La idea de Franco debía ser la de procurar la exhibición de la pintura en el museo del Prado, quedándose en su despacho no sé si con el original o con la copia. Al concluir el trabajo de copia —que se hizo simultáneamente con la limpieza de la tela original— el copista presentó los dos cuadros juntos para su comparación. Esta se hizo delante de media docena de personas, entre ellas yo mismo por haber intervenido en la redacción del contrato con el autor. Los demás eran expertos conocedores de la obra y excelentes peritos para juzgar el perecido. Pero todos quedaron perplejos por el impresionante parecido de las tablas. Llegaron a diferir sus opiniones sobre cuál era la original y cuál la copia. Sólo las anotaciones traseras en el marco permitieron salir de dudas. A raíz

de aquello, se impulsó en los talleres del Museo del Prado el desarrollo de estudios facultativos sobre falsificaciones. Le quiero decir con esto, que la diferencia entre las obras originales y sus copias sólo está en el genio inventivo que revelan las primeras, pero no necesariamente en la perfección de su acabado. Para el espectador de la obra de arte, esa distinción entre original y copia, desaparece prácticamente, si no se le priva de la emoción que representa la creencia, aún falsa, de estar contemplando una obra legada por los siglos pasados.

Comprendía las razones de mi interlocutor ministerial. No habría de minusvalorarse la obra de Don Roque, ni había tampoco diferencia importante de resultados en la sucesión de los bienes del difunto, tanto si se entendía que el Estado sucedía como heredero testamentario, como si sucedía por disposición de la ley. Al fin y al cabo los deseos testamentarios sobre la revelación de la verdadera autoría de los trabajos en piedra en que se cifraban los escrúpulos de Don Roque quedarían cumplidos por la palabra de un alto dignatario competente y cabal. Había creído en la verdad de dos testimonios: el testamentario de D. Roque y en la promesa del alto cargo ministerial. Ambos me inspiraban confianza.

—Procuraré del Juez que siga adelante con el «abintestato» —dije yo con gesto más animado—, pero no cambiaré el dictamen que hice para el Delegado; una cosa es la oportunidad práctica de una solución y otra la que sugieren las normas. ¿Qué culpa tenemos Ud. o yo en que la Ley establezca la necesaria aceptación por el Consejo de Ministros de las herencias testamentarias a favor del Estado?

No me objetó nada a lo que acababa de decir, asintió a ello con un gesto de comprensión. Sin embargo añadió:

—Yo no puedo ni quiero forzarle a cambiar su dictamen; refleja una opinión respetable, aunque discutible. Pero ahora no se trata de informar a un órgano administrativo, sino de impetrar ante un órgano judicial la solución más conveniente para la colectividad. En ese plano judicial puede adoptar dignamente otra postura como defensor del Estado. ¿O es que usted no ha defendido nunca en jui-

cio aquellas posturas o pretensiones que en un informe objetivo, o actuando hipotéticamente como juez hubiera debido rechazar? Le diré más: creo que en esta cuestión tan dudosa, de haber tenido yo que informar objetivamente me hubiera inclinado también por su solución favorable a la sucesión testamentaria; se lo reconozco. Pero estando la cuestión en sede judicial, no vacilaría en defender la sucesión abintestato, como veo con satisfacción que está usted dispuesto a defender.

Ese reconocimiento de mi informe me confortó, animándome a formular otra pregunta que me había asaltado en el curso de la conversación mantenida en aquel lujoso despacho:

—¿Qué hacemos con las demás esculturas que han aparecido en la finca? Si las dejamos allí es muy posible que el comprador de la propiedad termine vendiéndolas como reliquias arqueológicas, o incluso que dado el mérito de su ejecución y la paciente labor de envejecimiento del material, alguien, en un futuro quizá lejano, acaso sentado en este mismo despacho se sienta impulsado a que el Estado ejercite sus derechos de adquisición preferente, gastando sumas en adquirir lo que realmente es ahora de su propiedad.

—¿No me estarás sugiriendo que las mandemos también a los museos? —me dijo, tuteándome, con una sonrisa burlesca—. No —añadió—, eso de ninguna manera; ni tampoco las venderemos, nos acusarían los compradores de falsedad si anunciásemos una subasta de esculturas de autor desconocido. Al final termina sabiéndose todo y acabaríamos leyendo en la prensa lo de las esculturas falsas coladas de matute en los museos.

—Haremos otra cosa; pensaré en facilitar al Delegado alguna fórmula para que pueda afectar esos pedruscos a otros servicios estatales, provinciales o municipales con la mayor discreción. Esto, obviamente, tras todos los trámites judiciales y administrativos. De ser posible esa solución, importará poco que se diga si son de autor desconocido o si se revela el nombre del autor. Si esas piedras se quedan en casa, nadie tendrá interés en desvelar, ni siquiera en conocer las interioridades de esta historia. Me despedí, saliendo más confortado de las aspere-

zas que había sufrido desde mi entrada en aquel despacho.

Vuelto a Guadalajara, el Delegado de Hacienda me dijo alegrarse de haber tomado la prudente decisión de informar al Ministerio, disculpándose por haber remitido mi informe; me explicó que lo había hecho más por viejo que por diablo, algo había olfateado en el informe de la Abogacía que le impulsó a remitirlo con urgencia con el testamento al Ministerio; sabía por experiencia de qué pie cojeaban los altos cargos. Todo ello, sin menoscabo de mi informe, que no dejó de encomiar. Aunque en el Ministerio había mantenido mi informe, me ofrecí para sustituirlo por otro menos comprometido con la solución testamentaria, si el anterior le causaba a la Delegación algún problema.

—No hará falta —me dijo—, se guardará entre los documentos viejos apilados en el sótano, de los que nos libraremos algún día.

Igual satisfacción dejaba traslucir a causa de que el Ministerio hubiera proyectado la idea de atribuirle a él cierto poder de decisión sobre las antigüedades que tanta desazón venían causándole. Me dijo que ya se había terminado el inventario de los papeles, entre los que se habían encontrado algunas láminas de deuda perpetua del Estado y una libreta de ahorros. Añadió que D. Constancio se había informado por los funcionarios administrativos de la Abogacía del Estado del formato habitual de las testamentarias y según ello, había ordenado la enumeración de los bienes de D. Roque bajo rúbricas separadas: 1º metálico (donde figuraban en primera línea las setecientas intactas pesetas de la cartera de D. Roque) además de una cuenta de ahorro y valores (donde había metido las láminas del Tesoro); 2º muebles de uso común (que ordenaba genéricamente según su función doméstica, siguiendo el criterio del Juez); 3º bienes artísticos, donde incluía las esculturas de D. Roque; 4º inmuebles descritos según los datos catastrales, contrastados con las escrituras de propiedad, salidas de los sacos.

Después de relatarme lo anterior, me sacó el documento redactado por D. Constancio pidiéndome que lo leyera, por si había algo que quitar o añadir.

—Está muy bien, dije yo tras su lectura, pero hay una cosa que sobra: la referencia a Don Roque como fallecido bajo testamento cerrado. Habrá que poner en su día: «fallecido intestado», si es que lo conseguimos del Juzgado. Por otro lado, para la cuenta de ahorro, habrá que poner un valor por el saldo que exista antes de disponer de ella, y esto, cuando tengamos la declaración de heredero del Estado; antes de ese momento la Caja de Ahorros no nos dirá una palabra, por el secreto bancario. La rúbrica «bienes artísticos» podría sustituirse por una expresión menos llamativa como «colección de tallas»; con ello se honraba mejor la humildad de D. Roque y sus deseos de anonimato. ¡Ah!, y de la lista de tallas habría que excluir el caballero galopante y la de los adornos visigóticos que D. Constancio habría metido en el inventario tomando los datos del testamento. Esas piedras no deben incluirse en el inventario; se deben considerar donadas en vida por el causante a los museos que las recibieron, y en último caso adquiridas por prescripción.

D. Félix tomaba nota por escrito de estas observaciones, asintiendo con la cabeza.

—Habrá notado —me dijo D. Félix— que no ha incluido en el inventario el libro que por su consejo se metió en el saco entre los papeles. Ni Constancio ni yo tenemos criterio de incluirlo en alguno de esos capítulos ¿Es objeto artístico? ¿Es de uso común? Me chocan ambas cosas —me dijo.

Me quedé sin saber lo que responder. Como yo vacilaba, el Delegado me dijo:

—Lléveselo Usted como recuerdo de todo este asunto.

Lo sacó de su mesa y me lo entregó. Lo acepté, sin más y en mi poder sigue esa primorosa encuadernación.

Fui a ver al Juez con el propósito de conseguir que declarase la sucesión «abintestato», desechando la testamentaria. Para este objetivo no quería poner en juego la verdadera razón política de esa preferencia: que no tuviese que interve-

nir el Gobierno, sujeto a la condición de confesar las culpas artísticas de D. Roque. La única razón que se me ocurrió fue la de seguir la rutina de otros «abintestatos» que se habían seguido en la Delegación de Hacienda. Sería menos complejo en la tramitación, puesto que los funcionarios seguirían los modelos de otros expedientes anteriores. Desde el punto de vista práctico heredaría el Estado, por lo que era indiferente tener o no al testamento como verdadero instrumento ordenador de la sucesión hereditaria.

El Juez me preguntó si sabía qué destino habría de darse a las esculturas; él suponía que se venderían en subasta.

—Creo que no se venderán, le respondí; no tiene mucho sentido que el Estado venga soportando el costoso ejercicio de sus derechos de adquisición preferente para hacerse con obras de dudoso mérito y enajene las que le llegan a él gratuitamente. He creído pulsar en el Ministerio un vago propósito de adscribir estas obras a servicios oficiales en la provincia.

—¡Ah, pues a ver si me adscriban alguna de esas obras al Juzgado! Siempre las sedes judiciales son las menos adornadas; querría que dejaran de tener ese perfil agrio y triste que presentan casi siempre. Deja caer esta sugerencia como ocurrencia tuya, sin citarme.

No me costó demasiado convencer al Juez de las ventajas de seguir el camino de la sucesión intestada. Me sugirió que dirigiera un escrito al Juzgado en tal sentido. En el escrito razonaba que en el pretendido testamento no había un nombramiento claro y preciso de heredero instituido, sino más bien la voluntad de plegarse a las reglas de la sucesión intestada. Tras ello se resolvió la cuestión a plena satisfacción del Ministerio.

Bastantes años después, viviendo ya en Madrid, hube de acudir a la Audiencia de Guadalajara a una vista como parte apelada en un pleito en asunto propio sobre servidumbres. La sede judicial estaba emplazada en un edificio moderno en las afueras de la población. Concluso el

asunto que me había llevado allí, al salir de la sala de vistas, me reconoció el mismo oficial que había asistido al saqueo de los papeles de Don Roque y quien había sido precisamente el descubridor del tesoro de las piedras esculpidas.

—¿Se acuerda usted de mí? Soy Mengano, que participé en la diligencia de reconocimiento de la finca del cura escultor.

Tras saludarnos y recordar nuestra común aventura arqueológica en la finca de D. Roque, el oficial no dejó de resaltar con orgullo el haber sido él quien descubrió las obras de arte ocultas a la vista, gracias a la perspicacia adquirida por su experiencia en los embargos. Me preguntó con una amplia sonrisa:

—¿Se ha fijado Usted? Lo habrá visto, ¿verdad?

—¿Qué tenía yo que haber visto? —le pregunté extrañado a mi vez.

—Venga Usted —me dijo empujando mi brazo—. Vayamos a la sala de vistas. Ya han terminado todas las convocadas para hoy. Allí va a encontrar una cosa que le va a sonar. ¡Claro, no lo habrá visto, si Ud. ha informado desde el banco de los apelados! Pero vamos al otro lado y verá.

En efecto, allí estaba colocado sobre la tarima entre la mesa magistral y el ventanal de la sala, y a modo de atril del evangelio un hermoso capitel corintio, luciendo los primores de sus cuatro caras, apoyado en su fuste y este encajado en su basa. En la parte inferior de su pie un pequeño letrero metálico rezaba: «Autor Roque Garçia, época indeterminada». Al fin se reconocía públicamente la legítima y verdadera paternidad de una de las obras de D. Roque, y no en un museo, sino en la sede donde se administraba justicia. Tan sólo el verdadero apellido del autor quedaba algo desfigurado por una grafía anticuada, no sé si por errata del grabador del letrero, o por el afán de dotar a la obra de una mayor e incierta vejez. Cosas de la arqueología.

JMPA, día de San José de 2016.

# CONCIERTO SOLIDARIO DE IMPERIO DE LA LEY (IDL) en beneficio de fundación María Asunción Almajano Salvo (MAAS)

Iván Gayarre | Abogado del Estado



El pasado viernes, día 19 de octubre, se celebró el concierto solidario de “Imperio de la Ley” (IDL) en beneficio de Fundación María Asunción Almajano Salvo (MAAS) para difundir el conocimiento de los “Hogar Asun Almajano” y colaborar en su financiación.

El cartel de “no hay entradas” se colgó con varias semanas de antelación, y se tradujo en una sala completamente llena y apoyada incluso por quienes a pesar de no haber podido asistir contribuyeron comprando entradas de la denominada “fila 0”.

Después de haber adquirido experiencia participando en tres ediciones consecutivas del festival Rock & Law en los años 2016, 2017 y 2018, y haber tocado en múltiples conciertos por la geografía española, los cinco abogados del Estado que integran el “Imperio de la Ley” (Ignacio Redondo, Gerardo Codes, Javier Zuloaga, Javier Gómez-Ferrer e Iván Gayarre) estaban listos para su gran cita en Madrid dedicada a apoyar la labor de preocupación por los demás que tuvo Asun Almajano, cuyos padres (Luis Almajano –compañero y asociado– y María Asunción Salvo) y hermanos (Paloma y Luis), por medio de la



Fundación y junto con RAIS Fundación, han concretado en suministrar hogar, en un sentido integral, a personas sin hogar con enfermedades hemato-oncológicas (los “Hogar Asun Almajano”). La Fundación María Asunción Almajano Salvo (<https://asun4.org/fundacion-maas/>) ya mereció un espacio propio en el número 42 (febrero de 2016) de la revista de la Asociación de Abogados del Estado.

Durante las dos horas de concierto “Imperio de la Ley” consiguió divertir sin parar a un público entregado a una noche de alegría y felicidad, a dejar un

recuerdo imborrable rodeados de compañeros y amigos unidos por una causa tan noble.

“Imperio de la Ley” ya ha pasado a formar parte del amplio “Club de Amigos” de la Fundación, y pensamos repetir el evento para hacerlo más grande y mejor.

Para llegar en plena forma, IDL tocará el viernes 31 de mayo de 2019 en Valencia en el AZZA CLUB (c/Muñoz Seca) y el jueves 4 de julio de 2019 en Barcelona en una nueva edición del festival Rock&Law. ■

# 66º Festival de San Sebastián

Por Luis Vacas Chalfoun, con la colaboración de Miguel Bartolomé Estévez

Un año más tenemos la oportunidad de exponer, aunque sea sólo a modo de un humilde resumen, las experiencias en el Festival de Cine de San Sebastián, cita ineludible para el que goce del séptimo arte en el marco de una ciudad excepcional. La variedad de películas exhibidas, de directores, actores y demás profesionales que transitan por sus salas y alfombras rojas, permiten acercarse al cine desde una perspectiva multidisciplinar. Y aunque, como decía Fritz Lang, el cine enseña los problemas más que resolverlos, uno no puede sino admitir que al mostrarlos permite adquirir una comprensión distinta de la realidad (y disfrutar en el proceso).

## VIERNES 21: EL DRAMA BAJO LA COMEDIA

San Sebastián de nuevo se engalanaba para celebrar el 66 Zinemaldia, esta vez del 21 al 29 de septiembre. Los propios realizadores de la ceremonia de inauguración (entre ellos Borja Cobeaga y Diego San José, coguionistas ambos de *Ocho apellidos vascos*) se jactaron de reírse, en una gala con el humor como hilo conductor, de la inevitable comparación con otros festivales como Cannes o Venecia. Sin embargo, la selección de películas de este año, como siempre, ha estado marcado por la calidad y el atrevimiento, como muestra el hecho de que, pese a ser los festivales campo fértil para el drama (de hecho, la Concha de Oro se la llevaría la dramática y realista *Entre dos aguas* de Isaki Lacuesta), no hubo reparos en inaugurarlo con una comedia argentina.

Y es que igualmente el Festival se caracteriza por una marcada vocación internacional, con películas de todas las partes del globo: Filipinas (*Alpha, the right to kill*, sobre los claroscuros de la lucha contra las drogas, y que ganó el premio del Jurado) Noruega (*Blind Spot*) y por supuesto la presencia de países ya veteranos en San Sebastián como Japón (Kore-eda fue galardonada con el

Premio Donostia), y Argentina. El país austral de hecho estuvo omnipresente, con obras como *Rojo*, premiada con la Concha de Plata a la Mejor Dirección y la Concha de Plata al mejor actor (el inmenso Grandinetti) ambientada en los meses que precedieron a la dictadura militar argentina. O la que se proyectó en la inauguración del Festival, *El amor menos pensado*.

*El amor menos pensado*, narra en clave de comedia las vivencias de un matrimonio que, tras la emancipación de su único hijo, deciden emprender sus vidas por separado. Decimos que es una comedia pues decididamente las situaciones en que el guion coloca a los protagonistas consiguen despertar tanto la risa como la ternura en cualquier espectador; pero tampoco debe olvidarse que la película comienza con Ricardo Darín rompiendo la cuarta pared al recitar ante el espectador las primeras líneas del *Moby Dick*: ello ya avanza que bajo las simpáticas formas de la comedia se tratan los temas universales del desamor, la soledad y la búsqueda del sentido de la propia existencia.

Pero si Darín está como siempre soberbio, sería una injusticia no resaltar el gran papel de la coprotagonista, Mercedes Morán, una de las mejores actrices argentinas y de la que se puede decir que le pertenece de algún modo esta edición del Zinemaldia, al realizar la proeza de estar presente en, ni más ni menos, cuatro películas proyectadas: además de la citada, *El Ángel*, *La familia sumergida* y *El sueño de Florianópolis*, la primera en la Sección Oficial, la segunda en Perla y las otras dos en Horizontes Latinos. Tuvimos ocasión de entrevistar a Mercedes Morán, cuya elegancia y simpatía es tan real como se ve en pantalla: además de destacar tanto su pasión por el cine como por el teatro (“el cine es del director, el teatro es de los actores”), subrayó de *El amor menos pensado* que si bien es la primera película dirigida por

Juan Verá, éste ya tenía una larga carrera como guionista, lo que se refleja en la película con una precisa estructura especular del libreto y unos diálogos punzantes.

Con esta mezcla de comedia en las formas, drama en los temas, finalizó el primer día del festival, no sin antes otra paradoja: el festival este año organizó una fiesta de bienvenida, tras la inauguración, en el museo de San Telmo: música disco en un claustro del siglo XVI, para acabar una jornada de contrastes, que no serían los últimos.

## SÁBADO 22: LAS DEBILIDADES BAJO EL PODER

En la mañana del segundo día del festival, además de disfrutar de las entrevistas de Mercedes Morán, de la que hemos hablado, y de María Alché, directora de *La familia sumergida*, sobre la que luego volveremos, debe destacarse que como el año anterior se entregó el Premio Nacional de Cinematografía. Esta vez la galardonada fue la productora, de larguísima trayectoria, Esther García Rodríguez. El trabajo de Esther García ha abarcado casi un centenar de películas, entre las que se encuentran muchas de gran significado para nuestro cine (*Todo sobre mi madre*, *La vida secreta de las palabras*, *Volver*, *entre muchas otras*) y cuyo discurso resaltó que, pese a ser las mujeres el cincuenta por ciento de la población, su presencia en la industria del cine no alcanza ni mucho menos tal porcentaje. Este asunto, ya avanzamos, fue omnipresente en esta edición del festival como veremos al tratar la siguiente jornada.

Protagonistas de este día fueron el galardonado con el Premio Donostia, Danny de Vito, y el equipo de producción de la película española *El Reino*. Pero antes de hablar sobre ellos, debemos destacar una de las películas que se proyectaron en la Sección Perlas, y con una gran acogida por parte del público. Se trata de



la polaca *Cold War*, dirigida por Pawel Pawlikowski (quien obtuvo por este filme el premio al mejor Director en el festival de Cannes, y cuyo filme *Ida* ganó en 2013 el Óscar a la mejor película extranjera), película que narra la historia de amor entre sus protagonistas, unidos por la música y separados por el telón de acero, en un blanco y negro que transmite perfectamente el clima de la época y con unos estupendos protagonistas (Tomasz Kot y una inmensa Joanna Kulig). Sin duda una de las grandes películas del 2018.

Danny de Vito, omnipresente en toda la jornada, recibió por la tarde en el Kursaal el premio al cine Donostia en reconocimiento a toda su carrera. Aunque sin duda es fundamentalmente conocido como actor (desde sus comienzos como secundario en *Alguien voló sobre el nido del cuco*, lleva más de cuarenta años como intérprete en un sinfín de películas), no hay que olvidar que es un artista polifacético cuyo interés por el séptimo arte le ha llevado igualmente a ser productor (ni mas ni menos en películas como *Pulp Fiction*, *Erin Brockovich*, *Gattaca* o *Man on the Moon*) e incluso director (*La guerra de los rose*, *Matilda*). Quizás sea un tópico, pero ya en el vídeo de presentación que precedió a la entrega de premio se subrayó su línea en *Big Fish*, “you were a big fish in a small pond”, e ilus-

tra a la perfección cómo su gran personalidad inundaba el escenario pese a su conocida estatura. Visiblemente emocionado, y con unos modales sencillos que resaltaban aún más si cabe su talla como artista, recogió el premio agradeciendo al Festival dicho honor.

Tras la ceremonia, tuvo lugar la exhibición de la película española *El Reino*, cuyo equipo de producción recibió la ovación del público. Dirigida por Rodrigo Sorogoyen (que dos años antes ya había presentado en el Zinemaldia *Que Dios nos perdone*) y con un elenco que aglutina a una gran selección de los mejores actores del cine español actual (el protagonista Antonio de la Torre, arropado por Josep María Pou, Bárbara Lennie, Nacho Fresneda, Ana Wagener o un intensísimo Luis Zahera). Narra, con ritmo trepidante, la historia de un Vicesecretario Autonómico, de una no identificada región costera, al que el Partido decide tomarle como cabeza de turco de un escándalo de corrupción, y cómo trata de utilizar sus relaciones con el grupo, la empresa o los medios para salvar su posición. Como tuvo ocasión de resaltar el Director, el guion huye de cualquier referencia concreta de modo que las situaciones que plantean bien pueden evocar ambiguamente acontecimientos de diversas épocas, regiones o agrupaciones, tratando así de reflejar no

tanto un caso concreto, sino el panorama general de las personas que pueblan los grupos de poder. Aunque indudablemente consigue ser una buena radiografía del país de nuestra época y un análisis de las miserias que con demasiada frecuencia han transcurrido soterradamente bajo la púrpura del poder.

### DOMINGO 23: LA DERROTA BAJO LA VICTORIA

El domingo amaneció con la visita de la Vicepresidenta de Gobierno, Carmen Calvo y el ministro de Cultura y Deportes, José Guirao; quienes fueron recibidos por el director del Zinemaldia, José Luis Rebordinos, para participar en la firma de la Carta por la Paridad y la Inclusión de las Mujeres en el Cine. Como comentábamos en la crónica de la anterior edición y como fue de nuevo puesto de manifiesto a lo largo de todo el festival, ya se había hecho notar la falta de visibilidad de la mujer en el mundo del cine y, con esta propuesta, el Festival pretende favorecer la corrección de tal anomalía, con medidas tales como las estadísticas específicas o el compromiso de la paridad en los órganos de selección.

Precisamente en la programación del día de hoy dos películas ofrecían sendas miradas distintas acerca de los roles en la sociedad asignados al género, como as-

pectos colaterales al motivo principal de la película: *Girl y The First Man*.

*Girl*, película belga dirigida por Lukas Dhont, narra la historia de Lara, una adolescente transgénero que aspira a ser bailarina a la vez que afronta las dificultades propias de la adolescencia, ya difíciles para cualquier persona, pero que en sus circunstancias adquieren unos tintes dramáticos. El largometraje, sin embargo, huye de cualquier cliché: no hay una oposición social ni un enemigo exterior alguno; por el contrario la protagonista forma parte de una familia que la apoya incondicionalmente y estudia en un colegio que trata con todos los medios de integrarla como a una más, y sin embargo su lucha por ser la mujer que siente ser se halla plagada de dificultades. Una película notable tanto en la forma (destacan entre otras las escenas de ballet que adquieren la intensidad propia de una película de terror) como en el fondo y que merecidamente ha sido seleccionada para la Sección de Perlas tras su paso por el festival de Cannes donde ganó la Cámara de Oro.

Gran expectación tuvo asimismo la proyección de la película *The First Man*, con la llegada a San Sebastián de sus protagonistas: Ryan Gosling, con una carrera consolidada con papeles como los de *Drive* o *La la land*; y Claire Foy, cuyo reconocimiento internacional ha venido de su destacable interpretación de la reina Isabel II en *The Crown*. Ambos ofrecieron en la mañana una rueda de prensa en la que curiosamente fue Foy, que en la película encarna a la esposa de Neil Armstrong, Janet Shearon, la que verdaderamente protagonizó el interés de los entrevistadores, destacando asimismo que la película resaltaba el papel inicialmente desapercibido de dicha esposa. Gosling, por su parte, destacó que la película aspiraba a bucear en el hombre bajo el mito poniendo a su vez el foco en la relación entre ambos personajes.

La película *The First Man*, efectivamente, parte de una historia tan ame-

ricana como es la conquista de nuestro satélite y, sin embargo, lo hace de una manera alejada de la típica epopeya estadounidense, lo que dio lugar a una, absolutamente inmerecida por simplista, acusación de antiamericanismo. Por el contrario, la película pone más el foco en la historia personal de Armstrong marcada por la pérdida de su hija que sobrelleva de manera estoica, tal y como refleja un contenido, sobrio, Gosling. De hecho la película utiliza los recursos narrativos de un drama, de un fracaso, cuando por el contrario ilustra de hecho una de las grandes victorias de la humanidad, haciendo al espectador partícipe de la intimidad claustrofóbica de los individuos que la protagonizaron, lo que contrasta con la inmensidad del espacio donde se alcanza la gesta.

### LUNES 24: LA ACTUALIDAD DETRÁS DEL PASADO

El lunes tuvo lugar la entrega del segundo premio Donostia a Judi Dench. ¿Qué se puede decir de una actriz que lleva seis décadas tanto en las tablas del teatro como bajo las cámaras del cine? Premiada en el 98 con el Óscar como mejor actriz en *Shakespeare in love*. En la rueda de prensa Dench recordó cómo inicialmente su aspiración era la de escenografía teatral, pero tras ver el montaje del Rey Lear protagonizado por Michael Redgrave en los 50, cambió su vocación hacia la actuación siguiendo los pasos de su hermano y su pasión por Shakespeare. Con ocasión de la entrega del premio, en el festival se proyectó su más reciente película, *Red Joan*, basada en la historia real de Melita Norwood, funcionaria británica que, ya en su jubilación resulta haber sido una espía para los soviéticos durante décadas. Sin ser quizás una película descollante dentro de la brillante filmografía de Dench, se atreve a poner el foco en las motivaciones de la protagonista hasta el punto de difuminar la línea entre el heroísmo y la traición, todo ello a través de la defensa que hace de sus actos la protagonista en la actualidad, Dench, que bajo la aparente fragi-

lidad de su senectud revela la fortaleza de quien adquiere un gran poder precisamente gracias a pasar desapercibida.

Igualmente dicho día asistimos al último pase de la película argentina, *La familia sumergida*, opera prima María Alché a la que tuvimos ocasión de entrevistar y que también intervino en un coloquio al fin de la película. En la entrevista Alché señaló que la película era una idea suya surgida ante las circunstancias del día a día que rodeaban el fallecimiento de un familiar y destacó que pese a haber sido una co-producción entre varios países mantuvo la libertad creativa de la que había gozado en sus previos cortometrajes. La película muestra efectivamente las implicaciones familiares que tiene un fallecimiento visto desde la perspectiva de la hermana de la fallecida, otra gran interpretación de Mercedes Morán, huyendo sin embargo de una visión tétrica; antes bien con ocasión de dicho evento se plantea un diálogo entre vivos y muertos con la familiaridad propia de las discusiones de familia, en un estilo que bebe del realismo mágico. Bien merecida la concesión del Premio Horizontes Latinos.

Por último, nuevamente tuvimos el placer de conversar con Thierry Frémaux, Director del Instituto Lumière y Delegado General del Festival de Cannes. Debido a la polémica en torno a la Plataforma Netflix y el Festival de Cannes (que supuso que la película *Roma* de Alfonso Cuarón, favorita para los Óscar e igualmente proyectada en San Sebastián, fuera estrenada no en Cannes sino en Venecia, donde ganó el león de Oro) no permitió pregunta alguna sobre esta cuestión a la prensa. Con todo, nuestra entrevista con él fue toda una muestra de didáctica y pasión sobre el cine, con excusa de la película de cuya mano se proyectaba en el Festival, ni más ni menos que una copia remasterizada de *Ladri di biciclette*, de Vittorio de Sica.

La copia remasterizada, destacó Frémaux, tiene una notable singularidad,



y es que obtuvo del propio original de 35 mm en el que directamente se grabó la película, lo cual es un prodigio dado el tiempo transcurrido. Admitió que efectivamente el cine está en constante evolución, pero que con todo aun cuando un film puede ser el mismo ya se exhiba en pantalla o en plataformas, el destinatario y por tanto el resultado de la comunicación es diferente. Y subrayó que el tiempo es el mejor crítico del cine y que con verdaderos clásicos como dicha película, a pesar de transcurrido el tiempo, aún interesan a los espectadores hoy en día. Vista Ladri di biciclette, cumbre del neorealismo italiano, tal afirmación es difícil de reba-

tir: a pesar de haber transcurrido más de medio siglo desde que fue rodada, aún oprime el corazón ver la lucha de un padre para obtener ingresos con que alimentar a su familia cuando, quizás otro igualmente necesitado, le roba la bicicleta sin la cual no puede trabajar, y todo ello a través de los ojos de su hijo que asiste al derrumbe de su adorado progenitor.

Y con ello acabamos la crónica de esta nueva edición del festival, donde como se ha visto, hemos transitado de la comedia al drama, aunque incluso bajo la comedia se apreciaba las tensiones que sufre cualquier persona. Donde bajo las

luces del poder se muestran las sombras de la miseria humana, o donde bajo la épica de la victoria se palpa el dolor por las derrotas personales; y donde en una historia frecuentemente escrita por hombres hace justicia a la huella de las mujeres que también posibilitaron la misma. Y donde los dramas históricos de hace medio siglo siguen teniendo inusitada actualidad. En un momento en que predominan concepciones y mensajes simplistas se agradecen obras que más allá de la mera fotografía o el documental, muestran la realidad del ser humano en toda su complejidad. Pues no hay que olvidar que Godard ya decía que el cine es verdad veinticuatro veces por segundo. ■

# ¿Quién llegó antes?

## A propósito de una reciente obra del Profesor Muñoz Machado

Antonio Martínez Lafuente | Abogado del Estado

1. El polifacético<sup>1</sup> y docto Profesor Santiago Muñoz Machado, ha escrito una interesante obra cuyo título es *Hablamos la misma Lengua, Historia política del español en América desde la Conquista hasta las Independencias*<sup>2</sup>; la misma es una documentada exposición de la recepción y difusión del idioma español, fruto de la llegada de los primeros conquistadores, seguida de la evangelización y del asentamiento de la Administración española en las diversas épocas que van desde el Descubrimiento hasta la independencia de la colonias a comienzos del siglo XIX.

La obra de la que damos cuenta ya ha sido objeto de numerosos análisis y reseñas<sup>3</sup>; a ellas me remito pasando a ocuparme de lo que aparece como título de mi comentario, lo cual se llevará a cabo teniendo a la vista lo que expone el autor<sup>4</sup> y su contraste o coincidencia con otra obra a la que también me referiré.

I

2. El primero de los testimonios que guardan relación con lo que se quiere dar cuenta nos lo proporciona el Profesor Muñoz Machado cuando recuerda lo que puede o no ser un error en las *Capitulaciones de Santa Fe* redactadas con fecha 17 de abril de 1492, o sea, antes de que Colón se embarcara en su primer viaje para llegar a las Indias por el Oeste; como es conocido el Almirante no fue un aventurero, sino que tenía un plan preestablecido para llegar a determinadas islas y tierra firme a setecientas cincuenta leguas de navegación en unos treinta y cinco días, desde que se pierde de vista la Isla de Hierro.

Sea, por una razón u otra lo cierto es que en *Santa Fe* se alude a las tierras “descubiertas”<sup>5</sup> por Colón, lo que ha hecho aparezcan diversas tesis sobre el particular<sup>6</sup>, y que se pronuncian sobre un documento tan importante como eran las *Capitulaciones*, en las que se aludía a los honores a recibir y cargos a desempeñar, amén de porcentajes en los objetos hallados y productos obtenidos.

3. Dejando aparte lo que pudiera ser un simple error de redacción, lo cierto es que dos son las alternativas que pueden ofrecerse:

– La primera es la que pudiera llamarse “conocimiento intelectual”, o sea, la posibilidad de llegar a las Indias navegando hacia el Oeste; las lecturas del plano y obra de Toscanelli, del Profeta Esdras<sup>7</sup> y de la obra *Imago Mundi*<sup>8</sup>, le habían

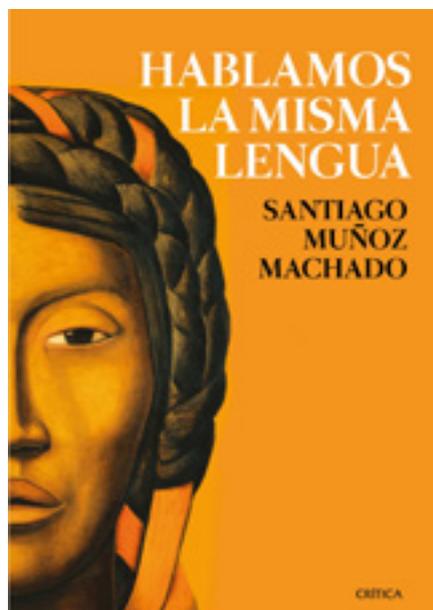
llevado a Colón a la convicción de que era posible su propósito, si bien y como quedaría demostrado, las mediciones del diámetro de la tierra y de la distancia entre continentes eran erróneas<sup>9</sup>, por lo que hay que descartar que este tipo de “descubrimiento” fuera el decisivo.

– La segunda se refería a un conocimiento real, lo cual conduce asimismo a dos alternativas, según que el propio Colón hubiera estado previamente en la Indias y que por tanto ya había descubierto o que el Almirante conociera quien había estado en aquellas lo cual es probable, dada la seguridad con que trasladó su secreto<sup>10</sup> a los frailes del Monasterio de la Rábida, Antonio de Marchena y Juan Pérez, quienes hicieron partícipe de aquel a los Reyes Católicos con el resultado de todos conocido.

Por tanto, ante la pregunta de ¿quién llegó antes? tenemos una primera respuesta, pues fue el navegante<sup>11</sup> que pisó o divisó las Indias que posteriormente Colón descubriría.

II

4. A continuación seguimos haciendo referencia a la obra del Profesor Muñoz Machado que alude a una evangelización previa a la llegada de Colón a las Indias; el autor nos dice era muy difícil dar una explicación de que aquellos pobres indios hubieran quedado al margen de la salvación, considerando la universalidad de la revelación y el encargo de Jesucristo a los apóstoles de que enseñaran a todas las gentes. Por tanto, resultaba adecuado pensar que de alguna





manera habría podido llegar, antes del Descubrimiento, el mensaje cristiano hasta aquellos remotos lugares. Las cruces podrían ser la confirmación de esta hipótesis. Su verificación llevaría a la conclusión de que así cómo se había repetido tanto que hubo un preedescubrimiento de las Indias Occidentales a cargo de un piloto perdido y sin nombre, también hubo una preevangelización a cargo de algún apóstol viajero. Como Jesucristo envió a sus apóstoles a predicar por todo el mundo era consecuente pensar que lo hicieron sin dejar aparte ningún rincón de la tierra.

¿Pero quién lleva a cabo la evangelización antes de la llegada de los españoles? Y el autor alude a que en relación con una posible evangelización anterior o la sospecha de que la hubiera, escribe Sahagún<sup>12</sup>: “El año de 70 o por allí cerca me certificaron dos religiosos dignos de fe que vieron en Oaxaca, que dista de esta ciudad sesenta leguas hacia el oriente, que vieron unas pinturas muy antiguas pintadas en pellejos de venados, en las cuales se contenían muchas cosas que añadían a la predicación del Evangelio; entre otras, era una esta: que estaban tres mujeres vestidas y tocadas de cabellos como indias, estaban sentadas como se sientan las mujeres indias y las dos estaban a la par y la tercera estaba delante de las dos en el medio, y tenía una cruz de palo según significaba la

*pintura atada en el nudo de los cabellos, y delante de ellas estaba en el suelo un hombre desnudo y tendido pies y manos sobre una cruz, y atadas las manos y los pies a la cruz con unos cordeles; esto me parece que alude a Nuestra Señora y sus dos hermanas y Nuestro Señor crucificado, lo cual debieron tener por predicación antiguamente”.*

Faltaba, para completar las pruebas, descubrir también la persona que pudo llevar a cabo la evangelización. Este podría ser el propio Quetzalcóatl, al que las descripciones que se manejaban en la tradición indígena representaban como un individuo o una divinidad contraria a los sacrificios humanos, ascético, promotor de la creencia en un dios único, perseguido por su trabajo de predicación, que no murió sino que ascendió al cielo prometiendo un reino bienaventurado para los creyentes. Rasgos todos estos que coinciden con los de Jesucristo. También es coincidente que en la tradición se atribuía a Quetzalcóatl haber nacido de una virgen, engendrado milagrosamente por una mota de pelusa que podría realmente equipararse con la acción del Espíritu Santo. También aparecían otros signos y prácticas religiosas como la circuncisión, la confesión oral, el ayuno o la tonsura.

Tras lo expuesto y como respuesta a la pregunta *¿quién llegó antes?* tenemos que aludir a la labor de la preevangelización.

### III

6. Guarda relación con lo expuesto en último lugar lo que aparece en el libro *Esperanza de Israel*<sup>13</sup> redactado en Ámsterdam, en 5410<sup>14</sup> y que es una especie de memorándum elaborado con la finalidad de obtener tierras en el Nuevo Mundo donde instalar el Estado de Israel, lo cual como obviamente se sabe no ocurrió<sup>15</sup>.

Pero a semejanza de lo ya examinado de la obra del Profesor Muñoz Machado, en la de Menasseh Ben Israel, se plantea la cuestión de donde proceden los indios de América, para lo cual parte de la base de que todos los seres humanos tienen un tronco común que procede de Adán y Eva, y posteriormente del Patriarca Noé.

Con un método teocéntrico, se concluye que todos los que habitan la tierra proceden de las doce tribus de Israel, poniendo en boca de Antonio de Montesinos (Aharon Levi), la conclusión de que los indios eran hebreos<sup>16</sup>, por lo que obviamente tenían que haber llegado antes.

7. Ello no obstante se afirma que el origen de los indios del Nuevo Mundo no puede alcanzarse por ciencia, ni tampoco por fe divina o humana pues la Sagrada Escritura no aclara qué gentes fueron a habitar aquellas tierras antes de la llegada de Cristóbal Colón; el autor sien-

ta una primera conclusión no demasiado creíble, a saber que con motivo de la destrucción del Templo de Jerusalén, las tribus se dispersaron, llegando unas hacia la parte oriental del río Éufrates y de ahí a la India Oriental, que está cerca de Nueva España, donde llegaron navegando, pasando después a los demás lugares y en especial a Perú<sup>17</sup>.

**8.** La obra va dirigida a demostrar el origen hebraico de los indios, como ya se ha expuesto, para lo cual se analizan, con cierta exageración<sup>18</sup> las coincidencias entre las leyes israelitas y las de los in-

dios; y así se nos indica que, los indios se circuncidaban, consideraban día festivo el sábado, con obligación de asistir en los templos a las ceremonias y sacrificios; casaban con sus cuñadas mujeres de sus hermanos difuntos, y tenían conocimiento de la creación del mundo y del diluvio lo que le permite concluir al autor: “*Todo lo cual es indicio de que en algún tiempo habitaron israelitas en aquellas comarcas, de quienes los indios aprendieron todas estas cosas*”; amén de ello se aludía a las luengas barbas y vestimentas blancas del todo punto extrañas a los indios y que se atribuían a los hebreos.

**9.** Y con ello doy fin a esta breve nota, en la que he expuesto la interesante tesis de que hubo preevangelización o una previa difusión de las creencias en la Sagradas Escrituras de los israelitas, conclusiones estas que no pasan de conjeturas, pero que permiten su relación con la difusión de la Lengua Española, que es el objeto de la destacada obra del Profesor Muñoz Machado, que ha de ser el eje central de nuestro comentario que viene ocupado por los temas ya expuestos y en especial con la mención de la curiosa obra que lleva por título *Esperanza de Israel*, de la que ya he dado cuenta. ■

### NOTAS

**1)** Además de Catedrático de Derecho Administrativo es Académico de Número de la de Ciencias Morales y Políticas y de la Española de la Lengua; su discurso de ingreso en la primera llevó por título *Civilizando a los bárbaros* (2012).

**2)** Editorial Planeta, 2017.

**3)** Menciono el comentario de García Calero, en ABC Cultural del día 4 de noviembre de 2017, quien concluye: “*España debe mirar esta historia con orgullo, dice el académico, ‘Nunca ha habido un colonizador, ni europeo ni de otro lugar, que tenga los rasgos humanitarios y culturales de los españoles. Desde un punto de vista cultural es deslumbrante, hemos incorporado la literatura, compartimos la lengua, el urbanismo...’ Solo nos falta, a su entender que ‘nos demos cuenta de que la Marca España es el idioma; sin eso no seríamos nada y eso no se compadece con la dotación de las instituciones que cuidan del idioma’ se lamenta*”. Además, Lucena Giraldo, asimismo en ABC Cultural del día 6 de enero de 2018 expuso: “*Son tiempos de español global y gracias a Muñoz Machado contamos con un magnífico repaso de las diásporas, emigraciones y peregrinajes que lo han construido. Ojalá la honestidad y entusiasmo de su estudio sirva para que no perdamos un patrimonio en riesgo de perderse*”.

**4)** La atención del autor a los temas americanos ya se vio plasmada en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, del que ya se ha hecho mención; desarrollo o ampliación del mismo fue su documentada obra, *Sepúlveda, cronista del Emperador*, Editorial Edhasa (2012).

**5)** Su texto fue: “*Las cosas suplicadas é que vuestras altezas dan y otorgan a D. Cristóbal Colón, en alguna satisfacción de lo que ha descubierto en las mares Oceanas, y del viaje que agora, con el ayuda de Dios, ha de hacer por ellas en servicio de vuestras Altezas*”.

**6)** De ello ya le hizo partícipe Ramón María Serrera Contreras, en conversación particular con quien esto escribe en 1984, después de haber celebrado en Sevilla, de donde era Catedrático, una reunión de americanistas de todo el mundo para debatir sobre las palabras “*Ha descubierto*”.

**7)** Esdras fue un profeta al que Colón reconoció una autoridad indiscutible en la materia, dando total beligerancia a su afirmación: “*El mundo es seis partes seco y una parte mar*”; así lo expuso en sus *Libros apócrifos*, siendo evidente que era errónea la conclusión; se refiere a ello y a otras muy interesantes cuestiones sobre el particular Salvador de Madariaga en su obra *Vida del Muy Magnífico Señor Don Cristóbal Colón*, Segunda Edición, Espasa-Calpe (1979).

**8)** Escrita por el Cardenal, Petrus de Alliaco o Pierre D’Ailly, obra de cabecera de Colón; existe un ejemplar impreso en Lovaina entre 1480 y 1483 con anotaciones del mismo en el Archivo de Indias de Sevilla; otro ejemplar calificado de “auténtico”, pero sin explicar por qué, estaba en 1984 en una vitrina de la biblioteca de la Universidad de Ann Arbor en Michigan.

**9)** Las mediciones que utilizó Colón también se basaban en los estudios de navegación árabe y en especial en las de Alfragano; sobre el distinto cómputo nos dice Madariaga que este sistema de errores le venía a situar Asia, o sea su “India”, casi exactamente en la costa atlántica de América. Es ésta una de las grandes casualidades de la historia, y nada tiene de extraño que, al topar con tierra precisamente donde la esperaba, Colón se aferrase a su idea de que había desembarcado en Asia; procede aquí traer a colación la novela de Blasco Ibañez *En busca del Gran Khan*; conservo una primera edición de la Editorial Prometeo, Valencia (1924).

**10)** Es obligada la cita de los estudios del Profesor Juan Manzano Manzano, Catedrático de Historia del Derecho en las Universidades de Sevilla y Madrid y en especial de su conocida monografía *Colón y su secreto: el Preedescubrimiento*, Ediciones Cultura Hispánica, Tercera Edición (1989).

**11)** Suele afirmarse que fue el suegro de Colón, D. Pedro Muñiz de Perestrello, padre de su esposa Felipa, quien le hizo partícipe de ello; fue madre de Diego Colón que habría de ser segundo Almirante hereditario del Mar Océano.

**12)** La cita es de Fray Bernardo de Sahagún, en su obra *Historia General de la cosas de Nueva España*.

**13)** La obra se redacta por Menasseh Ben Israel, Teólogo y Filósofo Hebreo.

**14)** Con arreglo al cómputo judío que se remonta al Génesis, el citado año se corresponde con el de 1649, reinando en España Felipe IV; el año 2018 se corresponde con el año judío 5779.

**15)** El original del libro estaba hace unos años, hacia 1990, en la caja fuerte de la Fundación Zabálburu, habiendo obtenido quien suscribe, una copia del mismo que mejora el original; el libro según me dijeron estuvo en el *Índice de libros prohibidos*; la citada Fundación se constituyó en el año 1872, al construirse el Palacio del mismo nombre en la C/ Marqués de Duero de Madrid, a cuyo frente estaba la familia Heredia-Spínola.

**16)** En la obra que se comenta se utilizan indistintamente las palabras, *judío, hebreo e israelita*, si bien puede diferenciarse el enfoque según se trate de la raza o etnia, del idioma o de la pertenencia a un Estado.

**17)** También se planteó una navegación hacia el Oeste, llegando a la Atlántida, mencionada por Platón y tras su hundimiento, pasaron a tierra firme donde esperaron la llegada de los españoles.

**18)** Esta exageración es incluso geografía y en la obra que se comenta en el texto se expone que en la Isla de San Miguel, una de las Azores “*que pertenece al Nuevo Mundo*” hallaron los españoles un sepulcro bajo tierra con inscripciones con letras hebreas.

# El Reto

Genís Marfà | Abogado del Estado

¿Cuántas letras, palabras, frases habéis escrito? ¿Cuántos párrafos, textos o documentos habéis redactado? ¿Cuántas horas habéis pasado fijando vuestra vista en un papel en blanco?

Desde los tiempos de las redacciones y los dictados escolares supongamos transcurridos 45 años, ello arrojaría un total de 16.425 días, y si suponemos (lo cual es mucho suponer en algunos casos) una media de 3 horas de escritura —que no de lectura— al día, significaría que ya hemos consumido escribiendo 49.275 horas, que representan a su vez 5,625 años de nuestras vidas.

Un día, hastiado de un aburrido escrito de contestación a la demanda de un más que aburrido contencioso civil en el que, además, mi cliente no tenía razón alguna, me entretuve en echar las cuentas de mi escritura.

Me sentí alarmado, porque ante tal derroche de trabajo, osé también preguntarme cuánto había disfrutado. A la vista de tal esotérica pregunta (os aseguro que la contestación a la demanda que tenía, medio pertrechada, sobre la mesa era ciertamente insoportable) pase a efectuar ciertas reflexiones.

Aquellos que tenemos la inmensa fortuna de trabajar, no solo en el trabajo de nuestra libre elección sino en el de nuestra vocación, podemos ver transcurrir las horas con mayor celeridad —sin duda— que aquellos —y son muchos— que se ven obligados a trabajar en lugares donde, ni el deseo ni la vocación les hubiera conducido. Ya lo afirmó Einstein, el tiempo es relativo.

Existen muchos trabajos donde el don de la palabra o el de la escritura (en definitiva el medio para comunicar la palabra) no cobran tanta importancia como en otros. Pero es que hoy en día, incluso,



## Hijos de Berlín

Genís Marfà | Adalitz Ediciones | 2019

Genís Marfà debuta como escritor con una novela negra sorprendente ambientada en uno de los períodos históricos más convulsos de la Europa reciente. Hijos de Berlín es la primera parte de una trilogía con la que el autor pretende despertar nuestra memoria histórica. Mucho más que una novela negra.

números trabajos requeridos del don de la escritura son ajenos a la misma, y véase como ejemplo ilustrativo de mi reflexión, los “yutubers” y demás colección de personajes similares que en lugar de utilizar la lengua española, la atracan.

Así pues, una primera conclusión podría ser que existen trabajos donde no solo es necesario el don de la escritura, sino el de la escritura apropiada y correcta, aquella que, de manera eficaz y pulcra, transmita lo que el autor realmente quiere comunicar al lector, cualquiera que éste sea.

Sin duda, apreciados compañeros, con tantas horas a cuestas, tantas letras derramadas sobre una ingente cantidad de folios, nos permitirían asegurar hoy, sin albergar duda alguna, que somos capaces de comunicar algo a nuestros lectores. Ahora bien —y continuaban mis reflexiones vespertinas sobre el aburrido escrito que mantenía intocable en su formato de borrador— ¿podríamos ser capaces de distanciarnos de la ciencia y verter sobre el papel nuestra alma?

Podía elaborar cientos de escritos, todos ellos versados —con mayor o menor acierto— sobre leyes, su interpretación y aplicación, pero ¿podría generar igualmente cientos de palabras que nacieran única y exclusivamente de mi imaginación? ¿Podría comunicar y transmitir a un lector cualquiera, una historia cualquiera surgida de mis entrañas? Y lo que resultaba todavía más inquietante ¿podría dicha historia resultar interesante para esa persona anónima que, sin embargo, podría llegar a leer dicho relato? Amigos, la respuesta era más angustiosa todavía.

Cuando decidí (esa tarde aburrida) aceptar el reto al que mis reflexiones me habían empujado, y tomé otro folio en blanco para empezar a contar una historia; no podía en modo alguno —ni todavía puedo hoy— saber cuál sería la reacción del lector: ¿se aburriría tanto como yo lo estaba ese día? o bien ¿quedaría atrapado entre los párrafos de mi texto hasta el punto de que el tiempo transcurriese tan veloz como la luz?

Lo único que sí sabía, de lo único que estoy seguro —os aseguro— es de lo mucho que he disfrutado escribiendo mi relato, desgarrando con ganas mi imaginación, para poder convencerme de que alguien (al menos uno), en algún momento, también estará disfrutando con mi creación. ■

# El cine en la Formación del Jurista (XIX)

## CADENA PERPETUA

Ignacio del Cuvillo Contreras | Abogado del Estado

Hasta ahora he comentado películas de procesos antiguos, modernos, civiles, penales, familiares, militares y populares, de jurados, de investigaciones parlamentarias y de servicios secretos. En algunas, relativas a procesos penales, se han visto casos de condenas a penas de muerte seguidas de la ejecución. Nunca he entrado en la secuela de una condena a pena de privación de libertad, en definitiva en el mundo carcelario. Para esto, he seleccionado una película que ha ganado con el tiempo y que gana cada vez que se vuelve a ver: *Cadena Perpetua* (*The Shawshank Redemption*). Hoy se la considera como una de las grandes películas de todos los tiempos. Es uno de los pocos casos en que el título español dice más que el original. Está ambientada en una institución penitenciaria en la que la gran mayoría de los internos cumplen condena a perpetuidad. Shawshank es el nombre de un presidio situado en el Estado de Maine al nordeste de los Estados Unidos.

El guión está hecho a partir de un relato corto, titulado *Rita Hayworth and Shawshank Redemption*, de Stephen King, notable escritor y guionista norteamericano. Podría calificarse de perfecto. Su autor es el mismo director Frank Darabont, que lo ha sido solo de cuatro películas y varias producciones para televisión, habiendo debutado con *Cadena Perpetua* en 1994 a los 35 años. Los actores fueron cuidadosamente seleccionados, todos hombres, más alguna mujer

en papel episódico. Los personajes principales son Andrew Dufresne (Andy), Ellis Boyd Redding (Red), Norton, Heywood, Hadley, Brooks Hatlen, Bogs y Tommy, encarnados respectivamente por Tim Robbins, Morgan Freeman, Bob Gunton, William Sadler, Clancy Brown, James Whitmore, Mark Roston y Gil Bellows. Tim Robbins había intervenido en dos conocidas series de televisión, *Vacaciones en el mar* y *Canción triste de Hill Street*, y en *Los búfalos de Durham*. Se dio a conocer en el papel de Andy Dufresne y años después, en 2003, intervino en la magnífica película de Clint Eastwood *Mystic River* junto a Sean Penn. Morgan Freeman es un caso único en el cine. Se hizo popular en 1989 a raíz de su interpretación, por la que fue propuesto para el Oscar, en la galardonada *Paseando a Miss Daisy* a los 52 años. Desde entonces hasta hoy ha interpretado más de 100 películas, de dos a tres por año. Destacó en *Tiempos de gloria* (el sargento mayor Rawlins), *La hoguera de las vanidades* (el juez White), *Sin perdón* (con Eastwood), *Robin Hood: el príncipe de los ladrones*, *Como Dios*, *Million Dollar Baby* (de Eastwood) e *Invictus* (también de Eastwood, donde encarnó a Nelson Mandela). James Whitmore, con 159 títulos, ha sido de los actores secundarios más destacados. Fue protagonista en *Give'em Hell*, *Harry* en el papel del Presidente Truman. El año anterior a su muerte en 2009 y con 86 años intervino en una serie televisiva.

Gunton, Sadler, Brown, Ralston y Bellows han hecho cada uno más de cien apariciones en la pantalla.

*Cadena Perpetua* obtuvo ocho nominaciones para los Oscars de 1995. No obtuvo ninguno. Competía con *Pulp Fiction* y *Forrest Gump*. Robbins, Freeman y Whitmore hicieron las interpretaciones de sus vidas. No digo nada de los secundarios porque son siempre la joya del cine americano. Freeman, en el Oscar al mejor actor, cedió ante Tom Hanks en *Forrest Gump*. Tanto él como Tim Robbins ganaron después el premio al mejor actor secundario por *Million Dollar Baby* y *Mystic River*.

Como sucede en muchas películas, en *Cadena Perpetua* observamos una extrema acumulación de episodios. No hay que entender que todos los presidios son como Shawshank, pero no se puede negar la verdad, en sí mismos, de los hechos que allí ocurren. En el durísimo ámbito carcelario, se exhiben, sin embargo, junto a conductas crueles, despreciables y delictivas, las más altas virtudes del ser humano, entre las que destaca la amistad. Los diálogos de Andy y Red, a lo largo de 20 años de permanencia conjunta en prisión, son lecciones de compañerismo, de confianza. Se ayudan, se soportan, dan lecciones de fraternidad donde no hay igualdad y mucho menos libertad. Nos permiten penetrar en las redes, a la vez complejas y sencillas, de la buena relación entre dos

“En el durísimo ámbito carcelario, se exhiben, junto a conductas crueles, despreciables y delictivas, las más altas virtudes del ser humano, entre las que destaca la amistad”



personas unidas por un triste destino común. Toda una lección para cualquiera de nosotros, de la que hemos de aprender que no es preciso llegar hasta el extremo de la desdicha para ejercer la amistad en su más amplio sentido. Red aporta su experiencia y su capacidad de sobrevivir. Andy pone su inteligencia al servicio de una esperanza duradera. Red se ha adaptado plenamente a su nueva vida. Andy simula adaptarse, pero conserva la esperanza de volver al mundo exterior y pone en práctica, con una paciencia infinita y con la minuciosidad de un jugador de ajedrez, los medios para hacerlo. Y aquí nos llega otra lección, que no se debe uno dejar arrastrar por la desesperación, que no hay situación, aún grave, que nos impida contemplar una salida. El plan que inicia Andy a partir del primer mes y concluye a los 20 años es una partida de ajedrez, una lección de estrategia propia de la mente privilegiada y fría de un hombre cuya vida se vio truncada por su falta de pasión en el seno familiar.

La mayor parte del guión se dedica a relatar la vida en la prisión. Se añaden las escenas necesarias para saber el origen de la condena de Andy y las que componen el desenlace.

Al comienzo en 1946, vemos a un joven Andy Dufresne en su coche, oyendo e imaginando la escena en una cabaña del adulterio de su mujer con un profesional del club de golf. Está borracho, continúa bebiendo, saca una pistola de la guantera y la carga. No sabemos más. El guión inicial, no filmado, describe con toda crudeza la escena en el interior de la ca-

baña. En la vista del proceso penal contra Andy, la acusación del fiscal es implacable, aunque se base solo en pruebas circunstanciales. Andy afirma su inocencia con una actitud escasamente convincente. El juez pronuncia palabras muy duras y condena a Andy a dos penas de cadena perpetua.

En 1947 llega a la prisión de Shawshank un autobús con nuevos internos. Los antiguos los reciben al grito de ¡pescado fresco! Y cruzan apuestas sobre cual de ellos se va a romper primero. Aparece Red, que acaba de ver rechazada su libertad condicional. Muchos apuestan por un preso rechoncho al que enseguida apodan “culo gordo”. Red apuesta por Andy. En lo sucesivo, Red hace de relator de los sucesos.

RED: *Reconozco que mi primera impresión de Andy no fue buena. Podía haber sido importante en su vida anterior pero aquí parecía un guiñapo. Aposté medio paquete de tabaco en su contra.*

El Director se dirige a los nuevos. Presenta a Hadley, el jefe de los guardianes. Les dice que la regla número uno es no blasfemar, no tomar el nombre de Dios en vano, las demás las irán aprendiendo. Termina murmurando ¿alguna pregunta? Se oye la voz de “culo gordo”: ¿cuándo comemos? El Jefe Hadley prorrumpa en exabruptos y lo golpea con su porra. El Director hace hincapié en sus dos creencias: la disciplina y la Biblia. Los nuevos pasan las primeras pruebas. Desnudos, reciben chorros de agua, raciones de polvos desinfectantes y un ri-

guroso examen médico. Se les provee de uniformes y de una biblia.

RED: *La primera noche es la peor. Te llevan desnudo, con la piel ardiendo y medio ciego, y cuando te meten en la celda y cierran con estrépito los barrotes, te das cuenta de que es verdad, que la vida anterior se te ha ido en un soplo y te queda por delante una larga temporada en el infierno, sin nada más que todo el tiempo del mundo para pensar. Muchos pescados frescos se vuelven locos esa noche. Algunos lloran. ¿Quién va a ser el primero? Yo había apostado por Andy.*

El que se rompió fue “culo gordo”. Empezó a gritar que quería irse a casa con su madre. Lo que consiguió fue recibir una paliza brutal del Jefe Hadley que lo llevó a la enfermería.

RED: *En su primera noche Andy me costó dos paquetes de tabaco. No dijo ni una palabra.*

Al día siguiente, durante el desayuno, se supo que había muerto “culo gordo”. Andy dio muestras de humanidad y preguntó por su nombre ante la extrañeza de los presos. Al mes, Andy se acercó a Red.

R: *Eres el banquero que mató a su mujer.*

A: *Soy inocente.*

R: *Aquí todos lo somos.*

A: *Me han dicho que sabes cómo conseguir cosas. Me gustaría tener un martillo roquero.*

R: *¿Qué es y para qué sirve? Si me pidieras un cepillo de dientes no te lo preguntaría, no es un objeto letal.*

A: *Mide unos 20 cms. Parece un pico en miniatura. Es para excavar rocas. Soy aficionado a las piedras.*

R: *Podrías clavárselo a alguien en el cráneo.*

A: *No tengo enemigos aquí dentro.*

R: *Los tendrás. “Las hermanas” te desean, sobre todo Bogs.*

A: *¿Y si les explicara que no soy homosexual?*

R: *Ellos tampoco lo son pero son seres humanos. Si fuera tú me pondría ojos en la espalda.*

A: *Si hay jaleo, un martillo roquero me serviría de poco.*

R: *Entonces quieres escaparte, abrir un túnel bajo los muros. ¿Por qué te ries?*

A: *Lo sabrás cuando veas el martillo.*

R: *Los que dirigen la prisión suelen hacer inspecciones por sorpresa. Te lo quitarán. Y si dices mi nombre, nunca más haremos negocios.*

A: *Entiendo. Gracias, señor...?*

R: *Red, me llamo Red.*

A: *Yo Andy, es un gusto hacer negocios contigo.*

Lo más elogiado de Cadena perpetua es el desenlace sorprendente. Cuando volví

a ver la película cuatro veces para hacer este comentario, la disfruté más conociendo ya ese desenlace y sus distintas etapas. Por eso he optado porque las vayáis sabiendo. Andy juega una auténtica partida de ajedrez para conseguir su libertad. Al pedir el martillo a Red hace su primer movimiento. Red reflexiona sobre Andy.

RED: *Tenía un aspecto que no era normal aquí. Andaba como por un parque, tranquilo. Me gusto desde el principio. Conseguí el martillo y entendí la sonrisa de Andy. Le llevaría a un hombre unos 600 años abrir un túnel con esa herramienta. Se la pasé por medio de Brooks, el bibliotecario, que nos repartía libros. Me gustaría decirlos que Andy luchó bien contra “las hermanas” y que lo dejaron ir, pero la cárcel no es un cuento de hadas. Nunca dijo quién lo hizo.*

Pasan los años. Andy trabaja, come, con vive, esculpe sus piedras. Llega 1949.

RED: *Las cosas siguieron así. La vida en la prisión es rutina, rutina y más rutina. Andy llegaba a veces con magulladuras. “Las hermanas” lo acosaban. A veces iba a parar a la enfermería, otras lo metían en el “hoyo”, un lugar sin cama, ni excusado, ni luces, con suelo de cemento y a pan y agua. Esa era la rutina de Andy. Los dos primeros años fueron los peores. De pronto en la primavera del 49 los poderes supremos decidieron que el tejado de una fábrica vecina necesitaba reparación y que hacían falta voluntarios. Era trabajo exterior y Mayo era un mes agradable. Nos presentamos más de cien. ¿No lo averiguan? Algunos amigos míos y yo fuimos elegidos. Solo nos costó un paquete de tabaco por cabeza, más mi 20%*

Hablando de amigos y haciendo un breve alto, os invito a reflexionar sobre la rutina. Como lo define Red, es ese hacer lo mismo cada día, semana tras semana, mes tras mes, año tras año. Se da en la vida con demasiada frecuencia y, por desgracia, no lo adviertes hasta que ha pasado demasiado tiempo. Hay rutinas negativas, familiares, laborales, de ocio, en las que te dejas llevar por la inercia. Se te obtura el cerebro, pierdes la capacidad de crítica. No haces nada malo pero no cambias, no mejoras. Y también hay rutinas positivas, cuando has alcanzado un nivel alto, donde el esfuerzo se aplica a mantenerse y a tratar de subir aunque sea a duras penas. En las primeras fases de la vida hay que huir de la rutina negativa como de la peste, y progresar y progresar, creando rutinas positivas. En las fases finales más aún hay que escapar de la rutina negativa, porque te lleva al hoyo con toda seguridad. Se impone la lucha a brazo partido, como la de Andy frente a “las hermanas”, y renovar constantemente trabajo, ocio, vida familiar, descubriendo aspectos nuevos de tu persona y entorno.

Un día en el tejado, mientras los presos trabajan encorvados, el Jefe Hadley cuenta a sus colegas que había recibido por herencia de su hermano 35.000 dólares, que no se alegraba nada porque, después de impuestos, apenas le quedaría para comprar un coche nuevo y con él vendrían más gastos, impuestos, reparaciones, excursiones con la familia. Red advierte con horror que Andy se había enderezado y andaba hacia Hadley. Los guardianes empuñan sus armas.

A: *Sr. Hadley, ¿confía usted en su mujer; cree que ella le ayudaría?*

“La vida en la prisión es rutina, rutina y más rutina”





“ Me gusta verlo leyendo ese libro, ¿Algún pasaje favorito? Vigila porque no sabes a qué hora vendrá el señor de la casa ”

H: ¡Estamos buenos! ¡Imbécil vas a tener un accidente, te voy a arrojar al vacío!

A: Si usted confía en ella, se podría quedar con todo ese dinero.

H: Más vale que se explique rápido.

A: Déle el dinero a ella. La oficina de Renta le permite hacer una donación a su cónyuge de hasta 60.000 dólares, libres de impuestos.

H: ¿Por qué tengo que fiarme de un banquero listo que asesinó a su mujer?

A: Vaya a la oficina y pregunte, pero necesitará alguien que le formalice la donación, un abogado. Yo se lo podría hacer gratis. Solo le pido tres cervezas para cada uno de mis compañeros.

RED: A las 10 de la mañana del día siguiente, los presos estábamos sentados en el tejado bebiendo cerveza fría por cortesía del mayor canalla de Shawshank. Nos sentíamos hombres libres, bebiendo sentados al sol. Eramos los señores de la creación. Andy nos miraba con una extraña sonrisa. Lo podía haber hecho para ganarse el favor de los guardianes o para hacer amigos, pero creo que lo hizo para sentirse normal por un momento.

Red estuvo a punto de acertar. Andy había hecho el movimiento clave de su partida para conseguir la libertad: ganarse el favor de Hadley y evitar los registros a fondo de su celda.

Una mañana, Andy y Red juegan a las damas. Andy hace un elogio del ajedrez como juego civilizado y estratégico. Red

lo odiaba. Andy le pide que le deje enseñarle, si le consigue un tablero. El esculpiría las piezas aunque le llevara años porque el tiempo le sobraba. Los dos hombres se sienten cercanos.

R: Andy, me parece que somos amigos, ¿verdad?

A: Supongo que sí.

R: ¿Por qué lo hiciste?

A: Soy inocente, ¿recuerdas? Como todos. ¿Y tú, por qué estás aquí?

R: Por asesinato como tú, pero soy el único culpable de Shawshank.

En la sala de cine, viendo por tercera vez en el mes la misma película, Andy se acerca a Red.

A: ¿Me puedes conseguir a Rita Hayworth?

R: Sin problemas, en unas semanas.

A: ¿Semanas?

R: Ahora mismo no la llevo metida en los pantalones. ¿Por qué estás nervioso? Solo es una mujer.

Andy asiente incómodo, y entonces sufre un nuevo ataque de “las hermanas”. Andy se defiende amenazándolos de una forma que les hace desistir, pero le propinan una enorme paliza, como resultado de la cual Andy pasó un mes en la enfermería y Bogs un mes en el hoyo. Al volver a su celda, lo espera Hadley que lo golpea brutalmente con la porra y lo cose a patadas.

RED: Dos cosas no volvieron a suceder jamás. “Las hermanas” nunca le pusieron un dedo encima a Andy y Bogs no volvió a caminar y fue trasladado a un hospital de seguridad. Todos nos dedicamos a recoger piedras para que Andy tallara las piezas de su ajedrez. Al volver, le esperaba un tubo de cartón y dentro el póster más famoso de Rita, con una nota que decía: es gratis, bienvenido. Lo colocó en la pared principal de la celda.

Andy, al recibir el póster, ha hecho otro movimiento muy importante en su partida. Al siguiente día, el Director Norton, el Jefe Hadley y sus guardianes efectúan una inspección. Entran en la celda de Andy y lo ven leyendo la Biblia. Los guardianes lo revuelven todo.

N: Me gusta verlo leyendo ese libro, ¿Algún pasaje favorito?

A: Vigila porque no sabes a qué hora vendrá el señor de la casa.

N: Lucas, capítulo 13, versículo 35. Prefiero este otro: Yo soy la luz del mundo, el que me sigue no caminará en la oscuridad sino que tendrá la luz de la vida.

A: Juan, capítulo 8, versículo 12.

N: Me han dicho que eres bueno con los números. Qué bien. Hay que tener alguna habilidad.

H: ¿Qué es esto?

A: Es un martillo roquero. Sirve para tallar y pulir piedras. Es una pequeña afición mía.

“ **A Brooks no le pasaba nada. Estaba institucionalizado. Llevaba 50 años en la cárcel. Era lo único que conocía** ”



N: *No la apruebo y tampoco apruebo ese póster pero supongo que se pueden hacer excepciones.*

RED: *La inspección fue un pretexto. La verdad es que Norton quería valorar a Andy.*

Prosigue el desarrollo de la partida. Norton llama a Andy a su despacho. En la pared hay una tela enmarcada con una frase bordada: *Su juicio tendrá lugar y muy pronto*. Norton le pregunta si le gusta trabajar en la lavandería y ante la negativa de Andy le dice: *le encontraré algo que le vaya mejor a un hombre de su educación*, y lo destina a la biblioteca con Brooks Hatlen, que lleva en ella 37 años y nunca había tenido un ayudante. Cuando Brooks le enseñaba las estanterías, Hadley llama a Andy para que ayude a otro guardián que quiere constituir un fondo para la educación de sus hijos. Se sientan y hablan. Brooks lo comenta con los compañeros: *¡le dio la mano!*

R: *Estás haciendo amigos, Andy.*

A: *No diría amigos. Soy un asesino condenado que da asistencia financiera. Es una buena afición. Puede ser que me de más que eso, como ampliar la biblioteca. Pediré fondos al Director*

N: *Ni un centavo, mi presupuesto es muy bajo.*

A: *Escribiré cartas al Senado pidiendo fondos.*

N: *Si los hay, serán para más muros, barrotes y guardianes.*

A: *Con su permiso, escribiré una carta por semana. No me van a ignorar siempre.*

N: *Te ignorarán, pero si te hace feliz, escríbelas.*

RED: *Andy empezó a escribir sus cartas semanales. No recibió respuesta. En abril de 1950 Andy hizo las declaraciones fiscales de la mitad de los guardianes. Un año después hizo las de todos, incluido el Director. En 1952, se apuntaron los guardianes de otras prisiones. Estaba tan ocupado que me nombraron su ayudante. Y por supuesto en 1953 seguía enviando las cartas.*

Llega 1954 y ocurre un episodio singular. A Brooks, al cabo de 50 años, le dan la libertad condicional. Para poder quedarse en la prisión está en un tris de degollar a su compañero Heywood si Andy no hubiera logrado tranquilizarlo.

RED: *A Brooks no le pasaba nada. Estaba institucionalizado. Llevaba 50 años en la cárcel. Era lo único que conocía. En ella era un hombre importante, educado, el bibliotecario. Fuera sería un viejo artrítico. Los muros de la prisión son curiosos. Primero los odias, luego te acostumbras. Mucho después, dependes de ellos. Eso es estar institucionalizado.*

Esta reflexión de Red encierra una visión muy real, aplicable a distintas situaciones del hombre en la vida, a cómo nos acomodamos a un trabajo, a una forma de vivir, soportando tratos inadecuados, dando vueltas como en un tío vivo, sin avanzar, consumiendo nuestro tiempo, desperdiciando nuestras cualidades, sin darnos cuenta de que hay otras alternativas o rechazándolas por temor al fracaso.

Brooks sale de la prisión. Le abrumba ver coches por todas partes, gente que ha-

bla más deprisa y más alto. Le cuesta un mundo hacer su trabajo en el supermercado. Apenas puede dormir. Está cansado de tener miedo, hasta que decide no seguir y suicidarse. Antes, graba encima de la ventana: *Aquí estuvo Brooks Hatlen* y deja una carta para sus compañeros explicándolo todo. Andy la lee en voz alta y Red comenta que Brooks debía haber muerto en la cárcel.

En 1955 llegan docenas de cajas con una carta dirigida a Andy: *Estimado Sr. Dufresne, en respuesta a sus continuas peticiones, el Senado ha asignado fondos para su proyecto de biblioteca. Adjuntamos un cheque de 200 dólares. Además la biblioteca del distrito le hace una donación de libros usados y objetos diversos. El asunto está zanjado. Deje de enviar cartas.*

Andy había tardado seis años en conseguir su objetivo y opta por enviar en adelante dos cartas semanales. En una caja encuentra un viejo tocadiscos y algunos discos, entre ellos un album con *Las Bodas de Fígaro de Mozart*. Lo pone en el tocadiscos y lo conecta con los altavoces de la prisión. Suena el dúo *ché soave zefiretto*. Andy se sienta, transportado en éxtasis. Shawshank no existe.

RED: *No sabía quienes eran aquellas señoras italianas que cantaban. Era algo tan hermoso que no se podía expresar con palabras. Era como un bello pájaro encerrado en nuestra jaula que hacía desaparecer los muros y por un momento todos nos sentimos libres. A Andy le costó dos semanas en el hoyo.*

A: *Es el tiempo más agradable que he pasado. El Sr. Mozart me hacía compa-*

ña. *La música estaba en mi cabeza. Eso no te lo pueden quitar.*

Estos pasajes de la película, desde que Andy hace oír las voces mozartianas en todo el presidio hasta que declara que su castigo fue agradable, son de una belleza increíble. Nos hacen ver cómo el pensamiento es una fortaleza inexpugnable, cómo en él reside nuestra libertad, cómo esa libertad interna puede hacer llevaderos los momentos más difíciles, cómo la belleza del arte nos transforma y nos eleva por encima de toda sujeción.

A: *Red, nunca te ha gustado la música?*

R: *De joven toqué la armónica. Dentro no tiene mucho sentido.*

A: *Aquí es donde la música tiene más sentido. La necesitamos para no olvidar que hay cosas en el mundo que no están hechas de piedra, que hay un sitio en nuestro interior que nunca pueden encerrar y que se llama esperanza.*

R: *La esperanza es peligrosa. Te vuelve loco. No tiene sitio aquí. Es mejor que te acostumbres a la idea.*

A: *¿Como hizo Brooks?*

Se ve que la experiencia musical ha reavivado en Andy la esperanza en la libertad. La partida de ajedrez continúa su lento curso. La referencia a la esperanza es uno de los hermosos momentos de *Cadena perpetua*. Andy la ha tenido desde el primer momento y le ha servido para soportar la terrible vida carcelaria. A los que viven en libertad no les debería faltar

nunca ese estado de ánimo que se produce cuando se tienen deseos y se cree que son alcanzables. Esperar y creer van unidos. Sin un mínimo de creencia, tendría razón Red. Con ese mínimo, que Andy poseía, la esperanza le daba fuerzas para continuar su acción hacia la meta de su libertad y aumentaba la creencia en su logro. Por eso la esperanza se había convertido en el motor de su vida.

Llega 1957 y la libertad de Red se rechaza a los 30 años de reclusión. Andy le regala una armónica. Red le corresponde con una chica nueva: Marilyn Monroe por sus 10 años. Es la famosa pose de *La tentación vive arriba*. En 1959 el Senado se convence de que no podía comprar a Andy con un cheque de 200 dólares y aprueba una suma anual de 500 para callarle la boca. En 1960 se hacen obras de ampliación de la biblioteca. Andy compra libros al peso, en clubs, en grupos de caridad. En 1963, se transforma un cuchitril en la mejor biblioteca de prisiones de Nueva Inglaterra, la *Brooks Hatlen*. Ese año Norton comienza su Programa Dentro-Fuera. Los presos trabajarían fuera de la cárcel, aprendiendo el valor de un día de trabajo honrado y prestando un servicio a la sociedad sin coste para los contribuyentes. Un contratista se queja de que va a quebrar enfrentado a una competencia basada en una masa laboral gratuita. Norton podía superar cualquier oferta. Le da una tarta hecha por su esposa. Dentro hay un sobre con un grueso fajón de billetes. Así empezaron los sobornos.

R: *Detrás de cada dólar ganado estás tú, Andy, llevando los libros.*

A: *Red, no sabes de la misa la mitad. Hay un río de dinero sucio fluyendo en este lugar. Lo canalizo, lo filtro, en acciones o bonos, lo lanzo por todo el mundo.*

R: *Está limpio como la nieve pero, si lo cogen, Norton llevará un número como nosotros.*

A: *¿Qué poca fe tienes en mí.*

R: *Seguro que eres bueno, pero todo papel deja un rastro hacia alguien.*

A: *Ni hacia mí ni hacia Norton, hacia Peter Stevens, el socio silencioso, él es el culpable.*

“Aquí es donde la música tiene más sentido. La necesitamos para no olvidar que hay cosas en el mundo que no están hechas de piedra, que hay un sitio en nuestro interior que nunca pueden encerrar y que se llama esperanza”

R: *¿Quien demonios es Peter Stevens?*

A: *Un fantasma, no existe salvo en los papeles. Es asombroso lo que puedes hacer con el correo. Stevens tiene certificado de nacimiento, tarjeta de seguridad social, permiso de conducir. Tiene gracia, fuera yo era un hombre honrado. Tuve que venir a la cárcel para convertirte en delincuente. No soy el que defrauda, me limito a encauzar los beneficios, pero he hecho la biblioteca y he ayudado a doce tíos a sacar el título de bachiller. ¿Por qué crees que el Director me deja hacer todo?*

R: *Para que te sientas a gusto y hagas el blanqueo, lavar dinero en lugar de sábanas.*

A: *Porque le salgo rentable. Ese es el acuerdo.*

A finales del 65, llega un autobús con presos nuevos, entre ellos Tommy Williams, un chico de buena pinta de unos 25 años.

RED: *Tommy venía a cumplir una pena de dos años por robar televisores. Enseguida nos gustó. Al enterarnos de que había recorrido varias prisiones desde los 13 años, Andy le insinuó que pensara en otra profesión distinta de la de ladrón. Tenía mujer y dos hijos.*

“Estos pasajes de la película son de una belleza increíble. Nos hacen ver cómo el pensamiento es una fortaleza inexpugnable, cómo en él reside nuestra libertad”

“**Tiene gracia, fuera yo era un hombre honrado. Tuve que venir a la cárcel para convertirme en delincuente**”



Pronto pidió ayuda a Andy para conseguir el título de bachiller. Se resistió en principio pero acabó aceptándolo. Trabajaron durante un año. El tiempo en la cárcel es lento. Haces lo que puedes para seguir adelante. Cada uno tiene su afición. Andy hizo la biblioteca. Su nuevo proyecto era Tommy. Le compré otro póster, el de Raquel Welch en bikini en “Hace un millón de años”. Tommy hizo las pruebas finales y creyó que había fracasado. Tiró los papeles a la papelera. Se sintió mal por haberle fallado a Andy. Le dije que estaba equivocado, que yo lo conocía bien y él estaba orgulloso de su alumno.

Red le contó a Tommy la historia de Andy, que era banquero y lo encerraron por asesinato. Había sorprendido a su mujer en la cama con un profesional del golf. Y se los cargó. Tommy se puso blanco como el papel. Fue a la biblioteca a ver a Andy y a Red y les contó una historia que había oído en otra prisión, la historia de Elmo Blatch, un charlatán. Había dado en un club de golf con un tipo que, según él, debía estar forrado. Lo siguió a su casa y empezó a registrar. El tipo se despertó y lo amenazó, así que lo tuvo que matar y a la puta con quien estaba. Lo bueno es que ella estaba casada con otro, con un banquero. Y fue a él a quien cogieron y condenaron. Andy escuchó impresionado. En cuanto pudo fue al despacho del Director a contarle la historia de Tommy.

N: *Es la historia más sorprendente que he oído y lo que me sorprende más es que te la creas. Tienes impresionado al chico y ha querido animarte.*

A: *Con la declaración de Tommy podría obtener la revisión del proceso. Es una*

*oportunidad, ¿cómo puede usted ser tan obtuso? ¡Nunca diría lo que pasa aquí, sería tan culpable como usted por el blanqueo del dinero!*

N: *¡No me hables del dinero, hijo de perra, ni aquí ni en ninguna parte! ¡Un mes de encierro!*

Andy, tan frío siempre, pierde los estribos y está a punto de perder la partida. Es como si le hubiera pegado una patada al tablero. En el hoyo va a tener tiempo para reflexionar.

Tommy recibió el aprobado en el examen de bachillerato. Un guardián se lo contó a Andy, que sonrió. El Director hizo llamar a Tommy. Le preguntó si su historia era cierta y si declararía ante un juez bajo juramento. Dijo que sí. Norton hizo una seña y Tommy cayó abatido a tiros de rifle. La versión oficial fue que había tratado de escapar y hubo que dispararle. Andy afirmó que dejaría de trabajar para Norton, pero éste le hizo chantaje asegurándole que lo iba a pasar duro, que no tendría la protección de los guardianes, que destruirían la biblioteca y quemarían los libros. Con esto le hizo un grandísimo favor porque Andy decide reanudar el juego. Lo veréis en la próxima escena.

Red ve a Andy recostado contra el muro, en silencio, con la mirada baja.

A: *Mi mujer decía que soy difícil de conocer, se quejaba, era muy guapa y la quería pero no se lo demostré. Yo la maté. No apreté el gatillo pero la empujé a hacer lo que hizo por cómo soy.*

R: *No fuiste un asesino, quizás un mal marido.*

A: *Lo hizo otro y fui yo el que acabó aquí. Tuve mala suerte. ¿Crees que saldrás de aquí alguna vez?*

R: *Sí, cuando tenga la barba blanca.*

A: *Yo me iría a Zihuatanejo, un pueblecito de Mexico en el Pacífico. Allí pasaría el resto de mi vida. Abriría un pequeño hotel en la playa. Compraría una barca vieja y la arreglaría. Llevaría a mis huéspedes a pescar. Necesitaría a un hombre que consiguiera cosas.*

R: *No sabría qué hacer, soy un hombre institucionalizado. Aquí soy el consejedor. Fuera les basta con las páginas amarillas. El Pacífico me asusta.*

A: *A mí no, no maté a mi mujer ni a su amante y los errores que cometí los he pagado con creces.*

R: *¡Cállate Andy! ¡Mexico está donde está y tú estás aquí dentro!*

“**Mi mujer decía que soy difícil de conocer, se quejaba, era muy guapa y la quería pero no se lo demostré. Yo la maté. No apreté el gatillo pero la empujé a hacer lo que hizo por cómo soy. No fuiste un asesino, quizás un mal marido**”



A: *Tienes razón. Es una simple alternativa, dedicarse a vivir o dedicarse a morir.*

Realmente es inútil lamentarse por lo que ha pasado. Andy lo hizo porque tuvo en la mano la prueba necesaria para demostrar su inocencia y limpiar su nombre y se la destruyó el Director. Sin embargo, la partida estaba llegando a su fin. A este efecto, se dirige a Red dándole instrucciones y casi revelándole sus planes ya casi terminados.

A: *Red, si alguna vez sales de aquí, hazme un favor. Hay un campo de heno cerca de Buxton. Tiene un muro de piedra con un roble grande al norte. Allí le pedí a mi mujer que se casara conmigo. Prométeme que buscarás ese sitio. En la base del muro, verás una piedra volcánica negra. Debajo hay algo enterrado.*

Red le hace la promesa y dice a los compañeros que Andy se ha vuelto loco y hay que vigilarlo. Heywood les cuenta que le pidió dos metros de cuerda y se los dio. Todos se miran, pensando que Andy había llegado a su límite.

En su despacho, el Director ordena a Andy que se vaya de prisa, que quiere irse a su casa. Abre la caja. Andy mete el libro de cuentas y las carpetas. Norton le ordena llevar su ropa a la lavandería y limpiarle los zapatos. Le dice que se alegra de que haya vuelto. Andy cumple las órdenes y vuelve a la celda. Al pasar por la de Red, le mira. Red mueve la cabeza como diciéndole: no lo hagas. Andy mira

a Raquel Welch y sonríe. Saca la cuerda de debajo de la almohada y la desenrolla.

RED: *Había tenido noches largas. Aquella fue la más larga de mi vida.*

Por la mañana, al iniciarse la cuenta de los presos, Red observa que Andy no está en la línea. Un guardián grita: *¡Falta un hombre en la planta 2, celda 12! ¡Dufresne, salga de ahí!* No hay respuesta. La celda está vacía. Suena la alarma. Norton acude y ordena que interroguen a los presos, empezando por el amigo de Andy. Red asegura que no le dijo nada. Norton califica el hecho de milagro o de conspiración. Tira piedras al póster de Raquel Welch. Una lo traspasa. Norton hunde el brazo en el póster y descubre un largo túnel.

RED: *Mandaron a buscar a un empleado flaco para que se metiera en el túnel. Llegó hasta las cloacas. Rompí a reír. En 1966 Andy Dufresne escapó de la prisión de Shawshank. Todo lo que encontraron fue el uniforme de presidiario sucio, un jabón y un viejo martillo gastado. Recuerdo haber dicho que un hombre tardaría 600 años en abrir un túnel a través del muro. Andy lo hizo en menos de 20. Amaba la geología. Es el estudio de la fuerza y el tiempo. Es todo lo que hacía falta, y un póster. Ponía la almohada debajo de la manta para que el guardián no notara su ausencia. Mientras dormíamos, Andy pasó años trabajando. Le llevaría un año meter la cabeza. Cuando mataron a Tommy, debí decidir*

*que ya llevaba demasiado tiempo preso. Se arrastró hasta la libertad a lo largo de 500 yardas de residuos malolientes, la longitud de 5 campos de fútbol.*

Volvamos al despacho de Norton la noche anterior. Ordenó a Andy que se diera prisa, que quería irse a su casa. Esta vez miramos a Andy. Se sacó de los pantalones un libro negro y unas carpetas. Se guardó el verdadero libro de cuentas y las carpetas originales. Metió lo que se sacó en la caja fuerte. Después de que Norton se fue, se vistió su traje, se puso encima el uniforme y se calzó sus zapatos. Ni el guardián ni Red se dieron cuenta. ¿Cuántas veces se fija uno en los zapatos de una persona? En la celda sonrió a Raquel. Se quitó el traje de Norton y lo guardó en una bolsa que ató a su cintura, junto a los zapatos, el aje-drez, el libro, las carpetas, el jabón y una toalla. Se puso el uniforme de presidiario. Se introdujo en el túnel y lentamente reptó. Salió al lado de la alcantarilla. La perforó con el martillo. Brotó una erupción de residuos. Andy se arrastró a lo largo de 500 metros de peste. Cayó en el arroyo. Respiró hondo. Se arrancó la ropa. Alzó los brazos exultante, triunfante. A la mañana siguiente, cuando Raquel estaba revelando su secreto, un hombre entró en el Banco Casco de Portland. Hasta entonces no existía. *Soy Peter Stevens. He venido a cerrar unas cuentas. Tenía todos sus documentos en regla. Siento perder su negocio, espero que disfrute su estancia en el extranjero. Gracias, seguro que sí. Aquí está su cheque. ¿Podría enviar este paquete con su correo?* Stevens visitó una

“Red, la esperanza es una buena cosa, la mejor, y lo bueno nunca muere”



docena de bancos en el área de Portland. En total salió con 370.000 dólares de Norton, la paga de 19 años. El paquete llegó al *Daily Bulge*, al editor jefe, junto con una carta.

En la cabecera del periódico de la mañana, Norton leyó: Corrupción y Asesinato en la prisión de Shawshank, y en la línea siguiente: el fiscal tiene las pruebas, se esperan detenciones. Se oyeron sirenas. Norton abrió la caja fuerte y encontró una Biblia con una frase escrita en la contraportada: *tenía usted razón, la salvación está dentro*. En el centro las páginas estaban recortadas en forma de martillo. Detuvieron al Jefe Hadley.

La partida de ajedrez había finalizado con jaque mate.

RED: *Me dijeron que Hadley lloraba como un niño cuando se lo llevaron. Norton no tenía intención de que lo detuvieran y se disparó un tiro. En la pared se veía la última lección bíblica: su juicio llegó y muy pronto. Poco después recibí una postal en blanco, el sello ponía McNary, Texas. Por allí debió Andy cruzar la frontera. Me reía imaginándomelo yendo hacia el sur en su coche. Me ponía triste que se hubiera marchado. Echaba de menos a mi amigo.*

Un día de 1967 un joven oficial pregunta a Red si se consideraba rehabilitado.

R: *Para serle sincero, no tengo ni idea de lo que significa esa palabra, es un in-*

*vento de los políticos. No hay día que no me arrepienta de lo que hice. Miro a aquel estúpido chico que fui y me gustaría decirle palabras con sentido común, pero ya se fue. Este viejo es lo que queda y tengo que vivir con él. ¿Rehabilitado? Es una palabra vacía, ponga el sello y no me haga perder el tiempo. Me importa un rábano.*

Se aprueba la libertad condicional. Red sigue el mismo proceso que Brooks. Va a la misma pensión y a la misma tienda. En la tienda pedía permiso para orinar. *Me he pasado 40 años pidiéndolo, sin hacerlo no me saldría ni una gota.* Tiene que afrontar la verdad, que es terrible vivir con miedo, que quiere volver a la cárcel donde no tiene que estar asustado, pero lo salva la promesa que ha hecho a su amigo. Una camioneta lo lleva cerca del sitio que Andy le había explicado. Busca y encuentra una caja y dentro un sobre con dinero y una carta: *Querido Red, si lees esto es que has salido. Y si has llegado tan lejos, quizá quieras seguir un poco más. ¿Recuerdas el nombre del pueblo? Puedo usar los servicios de un hombre que me ayude en mi proyecto. Te cuidaré y tengo listo el ajedrez. Red, la esperanza es una buena cosa, la mejor, y lo bueno nunca muere. Estaré esperando que te llegue esta carta y estés bien. Tu amigo Andy.* Las lágrimas resbalan por las mejillas de Red. Abre el otro sobre. Contiene 1000 dólares. Vuelve a la pensión, recoge el equipaje y escribe en la pared, al lado de *Aquí estuvo Brooks Hatlen, Red también*. En el autobús siente la excitación de

la libertad, de iniciar un viaje de final incierto. Iba a cruzar la frontera, a ver a su amigo y a darle la mano. No hay más palabras en la película.

Se ve una barca en la arena de la playa. Hay un hombre dentro. Red aparece en la distancia. El hombre mira. Red llega sonriente. El hombre se quita las gafas. Es Andy. Los dos amigos se abrazan. La cámara aleja las imágenes hasta hacerlas muy pequeñas. Solo se ve el azul del océano, el dorado de la arena. Todo un mundo de sufrimiento quedó atrás. Un sufrimiento que valió la pena por vivir este momento. ■

“Se ve una barca en la arena de la playa. Hay un hombre dentro. Red aparece en la distancia. El hombre mira. Red llega sonriente. El hombre se quita las gafas. Es Andy. Los dos amigos se abrazan”

# Vinos: Algunas propuestas interesantes

Alfonso Melón Muñoz | Abogado del Estado

Con ocasión de la sexta entrega de nuestra columna, sugerimos en este número dos referencias enológicas adecuadas a la temporada en que nos encontramos que resultan destacables, en nuestra opinión, por sus peculiaridades, calidad, novedad o precio; ambas reseñables por su variedad (ambos son monovarietales) y proyección. Mantenemos el criterio de proponer vinos que destaquen por características singulares y que no sean de presencia ordinaria en el mercado, a los que los asociados pueden acceder a un precio especialmente competitivo.



## El Espinal 2016 Bodegas Exopto

**Tinto D.O. Ca Rioja**

**Grado alcohólico:** 14%

**Producción 2015:**  
1.800 botellas.

**Potencial de guarda:** 2022+

**PVP:**  
28,50 euros (botella 0,75l)

**Precio para asociados:**  
24,50 euros

Por segunda vez traemos a esta página creaciones del francés afincado en España Tom Puyaubert, cuyos vinos de la Denominación de Origen Calificada Rioja se producen bajo el amparo de Bodegas Exopto, casa fundada en 2003 por este tonelero bordelés.

Tiene una composición de 100% uva maturana tinta (monovarietal).

Procedente de viñedo del que deriva su nombre, sito en la Rioja Alta (San Vicente de la Sonsierra). La edad de las cepas, de 30 años. Los suelos presentan diferentes composición arcillo-calcárea y orientación sur, con una altitud de 650 metros.

Ha de resaltarse que el municipio de San Vicente de la Sonsierra es uno de los pocos territorios de la provincia de La Rioja y de la subzona de Rioja Alta ubicados al norte del Ebro, junto con otros tan señalados por la calidad de sus vinos como Ábalos o Briñas. Lugares donde radican algunos de los mejores viñedos

Se trata de referencias proporcionadas por el asesor de sumilleres y “negociant” Diego Velázquez Benito, gerente de “VELBENDI, S.L.”, empresa con sede en Logroño y giro nacional e internacional, dedicada a la comercialización de vinos y licores de gama alta. La adquisición puede realizarse mediante correo electrónico dirigido a [diego@velbendi.com](mailto:diego@velbendi.com), identificando la condición de Abogado del Estado asociado del interesado. Por razones de operativa, el pedido mínimo es de 6 botellas, en cualquier combinación de entre los vinos propuestos. El importe del transporte queda incluido en el precio del producto. ■

de la Denominación, con un clima de influencia atlántica.

De acuerdo con los datos publicados por el Consejo Regulador de la Denominación ([www.riojawine.com](http://www.riojawine.com)), la variedad maturana es privativa de los vinos de Rioja, pues no se cultiva en ningún otro lugar del mundo. Los análisis de ADN parecen relacionarla con la variedad castets, prácticamente desaparecida en Francia, su país de origen.

Presenta un racimo pequeño y compacto, así como bayas también pequeñas. Muy sensible a la botrytis, su brotación es tardía, pero de maduración precoz. En cuanto a los parámetros del vino, su intensidad de color y contenido en antocianos son elevados, tiene una acidez alta y grado probable medio. En el análisis sensorial destaca su color rojo violeta; aromas de carácter vegetal típicos varietales, con predominio de pimienta verde y también balsámicos y de especias; paladar estructurado en el que destaca la acidez y astringencia, con persistencia media.

Visualmente, el vino presenta un color potente, intenso, de capa alta, violáceo. La nariz destaca por sus frutos negros maduros, con toques especiados, pimienta. El gusto resalta por su sedosidad, sabores de fruta negra, chocolates.

Vendimia muy tardía (principios de noviembre), manual, en caja de 15 kilos. Vinificación a baja temperatura. Crianza de 12 meses en bodega de roble francés (usada).

## Pezas da Portela 2015

**Bodegas Valdesil**

**Blanco. D.O.**

**Valdeorras**

**Grado alcohólico:**  
13,5%

**Potencial de guarda:** 2025+

**PVP:** 29 euros  
(botella 0,75l)

**Precio para asociados:**  
24,50 euros



Valdesil (Vilamartín de Valdeorras, Ourense) cuenta con los viñedos de godello más viejos de España. Destaca el viñedo de Pedrouzos plantado a finales del siglo XIX por un antepasado de la familia propietaria. Este vino se produce exclusivamente en 11 “pezas” o parcelas con empleo del clon originario de aquel viñedo. En suelos de pizarra.

Las sucesivas plantaciones se han realizado empleando las “varas” obtenidas de Pedrouzos de manera que los viñedos propios de Valdesil reproducen el clon original de la variedad de uva godello y conservan sus diferencias respecto a otros clones presentes en Valdeorras.

Tampoco en este caso, los vinos de esta Bodega son nuevos en nuestras páginas.

Procedente del valle del río Sil, se trata el propuesto de un vino procedente de viñedos viejos (más de 50 años) ubicados a 500 de altitud, en el que se manifiesta la frescura de la pureza frutal de la variedad godello, con una extraordinaria capacidad para desarrollar complejidad aromática con envejecimiento en botella.

Color amarillo brillante, pajizo, glicérico, de gran complejidad aromática y cuerpo notable, estructurado. Final persistente.

Uva godello 100%.

Vendimia manual en cajas de 20 kilos. Fermentación con levaduras autóctonas seguida de crianza en bodega (6 meses).



A PORTRAIT OF  
H.M.  
THE KING OF CATS  
painted by  
HIMSELF  
MCMXXXV



# Balthus

**MUSEO NACIONAL  
THYSSEN-BORNEMISZA**  
DEL 19 DE FEBRERO  
AL 26 DE MAYO DE 2019

El Museo Nacional Thyssen-Bornemisza presenta una exposición retrospectiva del legendario artista Balthasar Klossowski de Rola (1908-2001), conocido como Balthus, organizada conjuntamente con la Fondation Beyeler en Riehen / Basilea donde se presenta de septiembre de 2018 a enero de 2019.

Balthus, conde de Rola nació en París en 1908 en el seno de una familia de ascendencia polaca muy relacionada con el mundo artístico: su mentor fue Rilke y su infancia transcurrió al lado de Derain, Bonnard o Matisse. Fue descubierto por Artaud en su primera exposición en la galería Pierre en 1934 y admirado por quienes se convertirían en sus mejores amigos: Picasso, Malraux, Eluard, Camus, Giacometti o Fellini.

Considerado como uno de los grandes maestros del arte del siglo XX, Balthus es sin duda uno de los pintores más singulares de su tiempo. Su obra, diversa y ambigua y tan admirada como rechazada, siguió un camino virtualmente contrario al desarrollo de las vanguardias. El propio artista señala explícitamente algunas de sus influencias en la tradición histórico-artística, de Piero della Francesca a

Caravaggio, Poussin, Géricault o Courbet. En un análisis más detenido, se observan también referencias a movimientos más modernos, como la *Neue Sachlichkeit*, así como de los recursos de las ilustraciones populares de libros infantiles del siglo XIX. En su desapego de la modernidad, que podría calificarse de 'posmoderno', Balthus desarrolló una forma personal y única de arte de vanguardia, un estilo figurativo alejado de cualquier etiqueta. Su personal lenguaje pictórico, de formas contundentes y contornos muy delimitados, combina los procedimientos de los maestros antiguos con determinados aspectos del surrealismo y sus imágenes encarnan una gran cantidad de contradicciones, mezclando tranquilidad con tensión extrema, sueño y misterio con realidad o erotismo con inocencia.

La exposición, comisariada por Raphaël Bouvier, con el apoyo de Michiko Kono, y Juan Ángel López-Manzanares, reúne pinturas clave de todas las etapas de su carrera desde la década de 1920, arrojando luz sobre las diversas formas de interacción intelectual en sus cuadros entre las dimensiones de espacio y tiempo, la relación entre figura y objeto, así como sobre la esencia de su enigmática obra. ■



# Fundación del Lesionado Medular

La Fundación del Lesionado Medular, conocida como “FLM”, es una entidad sin ánimo de lucro española creada en Madrid en 1997 con el objetivo de dar opciones a través de servicios de rehabilitación integral, para que las personas afectadas de una lesión medular puedan lograr la plena participación en la sociedad, motivando así un cambio social.

Actualmente somos una entidad innovadora de referencia a nivel internacional, contamos con un Centro de Rehabilitación, un Centro de Día y un Centro Residencial, estrechamente ligados a los modelos que desde la Comunidad de Madrid se desarrollan para la atención de las personas discapacitadas físicas, gravemente afectadas.



## ¿POR QUÉ NACE LA FLM?

La Fundación del Lesionado Medular (FLM), nace de la necesidad que los lesionados medulares tienen posterior al alta médica. Surge para ofrecer un mantenimiento de rehabilitación integral y específico para mejorar y conservar las condiciones físicas. Además trabaja las habilidades necesarias para acceder al mundo laboral, al de formación y al desenvolvimiento autónomo más o menos independiente, desarrollando sus capacidades para alcanzar una vida con calidad.

Desde la FLM se pretende conseguir el mayor grado de independencia tanto de los usuarios, usuarias y residentes, como de aquellas personas que presentan mayores limitaciones, accediendo con ma-

yor seguridad y autonomía a todas las instalaciones.

Los servicios de la FLM evolucionan y aumentan, adaptándose a las demandas y necesidades de las personas. Estamos en continua renovación, apostando por los últimos avances técnicos e implementando terapias novedosas e innovadoras. De este modo, la FLM ha desarrollado una red de servicios que favorecen la independencia y la participación social de las personas con lesión medular.

Los objetivos y servicios de la Fundación del Lesionado Medular (FLM), están en consonancia con los planteamientos propuestos por la Organización Mundial de la Salud (OMS), donde se refiere a la ne-

cesidad de “invertir en programas y servicios específicos para las personas con discapacidad”.

“La Fundación ofrece rehabilitación integral y específica para mejorar y conservar las condiciones físicas de los lesionados medulares”



## OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Proporcionar rehabilitación física a las personas afectadas de una lesión medular.
- Mejorar el estado funcional a través de actividades terapéuticas ocupacionales.
- Favorecer la situación anímica de la persona mediante la realización de terapias psicológicas individuales, grupales, de pareja así como familiares.
- Reforzar las posibilidades de integración en el mundo laboral.
- Apoyar, en todo lo posible, a superar las difíciles situaciones que esta patología ocasiona.
- Conseguir, a través de la Residencia, fraguar un proyecto de vida para aquellas personas que no pueden desinvolverse en su entorno previo.
- Ofrecer, a través del Centro de Día y de la Residencia, periodos de respiro familiar para los cuidadores principales de la personas con lesión medular
- Desarrollar capacidades por medio de

escuelas de expresión plástica, radio y audiovisual.

- Incorporar el aprendizaje y el uso de las nuevas tecnologías en nuestra Escuela de Nuevas Tecnologías.
- Promocionar el ocio y tiempo libre.

## TU AYUDA ES FUNDAMENTAL

¡Ayúdanos a mejorar la calidad de vida de las personas con Lesión Medular!

Para la FLM es fundamental tu apoyo para que cada vez más personas conozcan la labor que realizamos.

Hazte amigo de la FLM y apoya así nuestra causa. Un pequeño acto de cada persona, puede cambiar conductas y prevenir que aumente el número de lesiones medulares en nuestro país.

- Con 5€ al mes durante 12 meses, podemos ayudar a una persona con lesión medular en riesgo de exclusión social a participar en nuestras Escuelas Ocupacionales.
- Con 10€ al mes durante 12 meses, podemos ayudar a una persona con lesión medular en riesgo de exclusión social para que pueda participar en los equipos de Deporte Adaptado.
- Con 25€ al mes durante 12 meses, podemos ayudar a una persona con lesión medular en riesgo de exclusión social con un mes de tratamiento rehabilitador en nuestro centro. ■



[www.medular.org](http://www.medular.org)

 917 775 544

 **Lunes a Viernes**  
9:00 - 18:00

 **Camino de**  
**Valderribas, 115,**  
**28038 Madrid**



Asociación de Abogados del Estado

Publicación patrocinada por:



ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# Algunas cuestiones relacionadas con las Sociedades Mercantiles Estatales (SME)

**José Luis Aguilera López de Castilla**  
Abogado  
Académico Correspondiente

Las líneas que siguen recogen algunas cuestiones que he expuesto en distintas sesiones públicas de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España durante los años 2016 a 2018, al hilo de mi experiencia profesional en el Instituto Nacional de Industria (INI) y sus entidades sucesoras.

### I) INTRODUCCIÓN

A modo introductorio, me permito hacer una referencia inicial a una obra clásica en el ámbito del tema que nos ocupa: *“La actividad Industrial del Estado en el Derecho Administrativo”*, de Jose Luis Villar Palasí (dedicada a García de Enterría).

Se trata de un artículo doctrinal publicado en la Revista de Administración Pública (RAP) en 1950 con una extensión de 139 páginas y una exhaustiva cita de fuentes.

De esta docta aportación, pueden extraerse las siguientes ideas básicas, de plena actualidad a mi juicio.

En primer lugar, que con la aparición de la actividad administrativa en el campo de la gestión económica toda la clásica trilogía categorial de policía, fomento y servicio público quedó insuficiente.

El *“fenómeno empresarial administrativo”*, como así lo denomina Villar, determinó una nueva actuación de la Administración como empresario, accionista y gestor y, por tanto, el sometimiento al Derecho privado de la actividad administrativa, es decir *“la privatización del Derecho público”*.

Sin embargo, estas nuevas formas mercantiles no suprimieron la capacidad de gestionar con la *“publica potestas”*.

En segundo lugar, que en un sentido financiero la constitución por parte del Estado de empresas industriales viene explicada por el hecho de la conveniencia de que el dinero público se invierta en acciones de una sociedad industrialmente necesaria para los intereses generales.

La forma anónima de las sociedades controladas por el Estado no supone dejación del Derecho público, en tanto que estas entidades persiguen fines públicos y la Administración está presente en ellas.

Las anónimas estatales, indica Villar en esta obra, ostentan personalidad jurídica por el Derecho común y se rigen por las reglas del contrato de compañía previsto en el artículo 116 del Código de Comercio.

Esto no excluye que la Administración ejerza sobre ellas la tutela correspondiente como la actividad de planificación y control, la necesidad de autorización administrativa previa para determinados actos, como puede ser la modificación del objeto social, la transmisión de sus acciones o la propia creación y extinción, tal y como establece actualmente la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) –artículos 166 a 182, sobre el *Patrimonio Empresarial de la Administración General del Estado*–, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –artículos 111 a 117, sobre su régimen jurídico– y otras normas especiales como la Ley de creación de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) (Ley 5/1996, de 10 de enero).

Como ejemplos más típicos de esta actividad empresarial pública, Villar cita el caso emblemático del Grupo INI, dado el alcance práctico y doctrinal del mismo que ha sido objeto de estudio por los administrativistas y precedente del actual Grupo SEPI.

La vigencia de estas ideas, confirmada por estudios posteriores en el ámbito del Derecho administrativo, me parece clara: las Sociedades Mercantiles Estatales (SME) deben servir a los intereses generales y su régimen no puede suponer una *huida* del Derecho público.

Veremos a continuación los criterios coincidentes a la luz de la normativa vigente y de la jurisprudencia.

### II) CUESTIONES

#### 1ª) La nueva Administración institucional

Resulta enormemente loable el intento del legislador de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) de sistematizar el mar-

---

*“La vigencia de estas ideas, confirmada por estudios posteriores en el ámbito del Derecho administrativo, me parece clara: las Sociedades Mercantiles Estatales (SME) deben servir a los intereses generales y su régimen no puede suponer una huida del Derecho público”*

co de los entes públicos a través de su identificación formal mediante los acrónimos y la inclusión en el inventario de Entidades del sector público, lo que redundará en la comprobación y control de la ineficacia de algunos entes, mediante la supervisión continua.

Sin embargo, cabe decir que la falta de uniformidad del régimen aplicable a los distintos entes, regidos a su vez por su propia normativa, generará ciertamente disfunciones que se tratarán de mitigar con una adaptación adecuada a la Ley 40/2015.

Por ejemplo, siguiendo a Jose M<sup>a</sup> Codes Calatrava, Letrado de las Cortes, (*“La Administración Institucional tras la Ley 40/2015”*, en la Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, n<sup>o</sup> 34, 2016) en materia de autoridades independientes no se entiende bien porqué la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) tendrá tal naturaleza y no el Banco de España.

Esta cuestión ha motivado distintos informes (77 y 108 /2016, ENTES PUBLICOS) de la Abogacía General del Estado, que ha considerado *autoridades administrativas independientes* al Consejo de Seguridad Nuclear y al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

De todas formas Codes valora muy positivamente el hecho de que con la reforma se hayan suprimido 2.194 organismos y empresas públicas, en su mayor parte de la Administración autonómica y local, lo que ha permitido superar la hipertrofia existente en el sector público.

## 2<sup>a</sup>) La vuelta al Derecho Público. El ejercicio de potestades administrativas

Con independencia de su denominación, las amplias especialidades administrativas de las entidades de derecho privado, dependientes de las Administraciones Públicas (AAPP), en la actualidad minimizan la referencia al derecho privado, pues a las mismas se les aplican las normas del Derecho Público en materia de contratos de personal directivo (RD 451),

límites en la contratación y en la masa salarial, control económico-financiero y contratos públicos.

Es decir, son sociedades y mercantiles, pero son estatales, y esta es la *summa divisio*.

Del INI que yo conocí en 1989 –transformación de organismo autónomo en sociedad estatal de las del 6.1. b) de la Ley General Presupuestaria (LGP)–, de proyección empresarial, y al que no le era de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a las entidades públicas actuales, entre ellas SEPI, a la que sí se les aplica la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), hay todo un cambio de *vuelta a casa*: la del Derecho público.

La LRJSP, considera sociedades mercantiles estatales aquellas en las que la participación del sector público estatal es superior al 50% de su capital y aquellas que se encuentran en el supuesto de control del artículo 5 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV) y concordante artículo 42 del Código de Comercio.

La LPAP, por remisión y vigencia, distingue entre sociedades íntegramente participadas por el sector público de aquellas otras participadas mayoritarias. Para las primeras la aplicación del régimen administrativo resulta ser mayor que para las segundas. Para las primeras, puede un Ministerio ejercer sobre las mismas la tutela funcional –previo acuerdo del Consejo de Ministros–, dar instrucciones y asumir por ello la responsabilidad de los administradores cuando, habiendo actuado éstos de manera diligente, del cumplimiento de dichas instrucciones se derivaren consecuencias lesivas.

Las posibilidades actuales en que las SME ejercen potestades administrativas nos incorpora a la ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Ello conlleva *ex novo* la posibilidad de que las SME dicten actos administrativos fiscalizables en vía contenciosa (artículo 2.2. b) de la LPAC y la LRJSP), lo que

**“La LRJSP, considera sociedades mercantiles estatales aquellas en las que la participación del sector público estatal es superior al 50% de su capital y aquellas que se encuentran en el supuesto de control del artículo 5 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV) y concordante artículo 42 del Código de Comercio”**

**“En definitiva, que las tradicionales potestades de la Administración como la potestad expropiatoria, la reglamentaria o la sancionadora no serían potestades atribuibles a las SME, dada esta prohibición de ejercer poder de imperium que queda reservado por Ley a los organismos públicos en los términos en que les venga atribuida por la Constitución y las leyes”**

supone o significa una reducción de las inmunidades del poder público administrativo reafirmando el Derecho administrativo común.

Para Jose Ignacio López González, Catedrático de Derecho Administrativo, (*“El Derecho administrativo y la actividad relacional de las entidades de derecho Privado”*. Foro Nueva Epoca, 2016), esta nueva regulación del legislador tiene parangón con el tratamiento de los actos políticos del Gobierno que dio la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 al someter a la misma *la protección de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes*, limitando la inmunidad al control jurisdiccional de actos políticos de cualquier naturaleza dictados por el Gobierno.

De esta suerte una Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 17 de mayo de 2017 determinó, sin alusión a la cobertura normativa correspondiente, que una *empresa pública que presta el servicio portuario* de atraque de embarcaciones deportivas y que, por tanto, gestiona el dominio público portuario *ejerce potestades administrativas* y debe someterse al Derecho administrativo.

Cabe decir, que la Ley 40/ 2015 (artículo 113) establece un punto de equilibrio en el ejercicio de las potestades administrativas de las SME al indicar que *“en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública”*.

En definitiva, que las tradicionales potestades de la Administración como la potestad expropiatoria, la reglamentaria o la sancionadora no serían potestades atribuibles a las SME, dada esta prohibición de ejercer poder de *imperium* que queda reservado por Ley a los organismos públicos en los términos en que les venga atribuida por la Constitución y las leyes.

A este respecto es interesante un Informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de fecha 26 de octubre de 1998, a propósito de la Enmienda legis-

lativa a la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social que permitió *los convenios de asistencia jurídica con las SME y Fundaciones públicas*. En dicho informe se considera contraria a la LOPJ y a la Ley de incompatibilidades de 1984 la imposición de la colegiación obligatoria a los Abogados del Estado para asistir jurídicamente a estas entidades al actuar éstos en el ejercicio de su función pública, de acuerdo con las directrices del indicado centro directivo de la Administración General del Estado.

La atribución de potestades administrativas a las SME viene a suplir una laguna del legislador al permitir *de facto* el ejercicio de competencias administrativas en el régimen de gestión directa a las formas de personificación de Derecho privado, impidiendo la aplicación del Derecho administrativo común y generando por ello ámbitos de inmunidad en el ejercicio de tales competencias.

Piénsese por ejemplo en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local que permitía en su artículo 95.1 el ejercicio de autoridad en los servicios de régimen de gestión directa, después matizada la regulación por la Ley 57/ 2003 de Medidas de Modernización del Gobierno Local, cuyo artículo 85. 3 establece más claramente que *“En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad”*.

Resulta interesante en este punto la STS de 24 de noviembre de 2009 en cuyo procedimiento era demandada la Junta de Andalucía *al haber ampliado el objeto social* de la empresa EGMASA (de gestión ambiental) a la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le pudieran ser atribuidos por la Administración competente mediante el Decreto 117/ 1998 del Consejo de Gobierno.

El TS declaró la nulidad del Decreto frente a la pretensión de la Junta de tratarse de una mera *autoorganiza-*

ción, declarando que la mayor eficacia en la gestión de los servicios públicos por entes de Derecho privado dependientes *no puede suponer un quebranto en las garantías de los derechos de los ciudadanos*.

De todas formas, resulta preciso regular la aplicación del proceso contencioso-administrativo a esta nueva realidad jurídica, no obstante el avance de la Ley de Transparencia 19/2013 que sometió a esta jurisdicción las actuaciones de las sociedades mercantiles estatales y fundaciones públicas que produzcan daños a terceros o lesionen el derecho de acceso a la información pública que obre en su poder (artículo 2 g) y h).

El profesor Fernández Farreres, Catedrático de Derecho Administrativo (*“Las nuevas leyes de régimen jurídico del sector público y de procedimiento administrativo común: entre la cosmética y el enredo”*, en la citada Revista de la Asamblea de Madrid) menciona el caso de la STS de 22 de enero de 2013 que anuló una resolución de la Delegación Provincial de Sevilla de la Consejería de Empleo de la Junta de Andalucía por la que se formalizó una encomienda de gestión a la *Fundación Andaluza Fondo de Formación y de Empleo* para la realización de las actividades materiales y de gestión exclusivamente administrativas del Registro de empresas acreditadas como contratistas o subcontratistas del sector de la construcción de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ya que consideró que con esa encomienda *se sustraía el ejercicio de efectivas potestades administrativas* a quienes únicamente están habilitados para participar en su ejercicio, es decir a *los funcionarios*.

### 3ª) Aplicación del derecho público ‘*ratione materiae*’

Aplicar el ámbito de la LRJSP a la LPAC plantea problemas debido a la redacción del artículo 2 (*“ámbito subjetivo”*), al aplicarse al Sector Público, puesto que mientras en la LRJSP hay normas que solo se aplican a las AAPP, la LPAC toma vocación de aplicación general, si

bien a las entidades de Derecho Público dependientes de las AAPP su aplicación lo será cuando ejerzan *potestades administrativas*.

El nuevo artículo 35 de la LRJSP (*ámbito de la responsabilidad contractual –o extracontractual– de Derecho Público*) efectúa una suerte de levantamiento del velo sometido al régimen de responsabilidad administrativa en la línea de que toda la actividad que materialmente está realizada por la Administración, aunque formalmente la realicen entidades de Derecho privado o resulte de materia de esta naturaleza, entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las AAPP por ser una responsabilidad objetiva a toda actuación administrativa.

Esta cuestión no es baladí pues ha habido sentencias a favor y en contra de la *separación de responsabilidades* entre la Administración y sus entidades dependientes.

En concreto, alguna del 2015 determinó *que el Ministerio no respondía de la actuación de un Consorcio*, al no haberse acreditado la tutela y por no existir un recurso de alzada impropio contra los actos del Consorcio ante el Ministerio (STS de 20 de noviembre de 2015). Otro caso fue si la Tesorería General de la Seguridad Social podía reclamar daños y perjuicios a la Administración General del Estado por el funcionamiento anormal de los Tribunales de Justicia. En este caso, y frente a la alegación del Abogado del Estado de la confusión de personalidades sobre la base de que la Tesorería es un organismo público sometido a la AGE, cuyo cometido es administrar la Seguridad Social, el TS determinó que la responsabilidad no se transmite debiendo responder el organismo público con su propio patrimonio.

Frente a estos casos, ha habido otros a contrario. Así, se ha considerado que un Ayuntamiento responde directamente por los daños causados por una sociedad mercantil suya, al ser aquél el órgano de la sociedad y su Alcalde Presidente de su Consejo (STS 28 mayo de 1984). Así también otras de contenido similar

**“El nuevo artículo 35 de la LRJSP efectúa una suerte de levantamiento del velo sometido al régimen de responsabilidad administrativa en la línea de que toda la actividad que materialmente está realizada por la Administración, aunque formalmente la realicen entidades de Derecho privado o resulte de materia de esta naturaleza, entra de lleno en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las AAPP por ser una responsabilidad objetiva a toda actuación administrativa”**

**“La venta de una empresa pública no solo es una venta de acciones sino que se vende la sociedad en su conjunto, es decir, con sus estados financieros, sus bienes, su personal, sus contratos, el precio, etc. Todo ello genera unos acuerdos de derecho privado con el comprador, entre los que se incluyen aquéllos sobre posibles contingencias, declaraciones y garantías, etc.”**

sobre la base del control de la sociedad como el caso del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía en la S. de 21 de junio de 2010.

Por su parte, la STS de 12 de junio de 1984, consideró que era válida para interrumpir la prescripción la reclamación de deuda hecha a un Ayuntamiento en lugar de al Patronato Municipal de la Vivienda, que tenía la relación jurídica con el acreedor aplicando la teoría del levantamiento del velo.

En línea con lo anterior, la profesora Carmen Chinchilla, Catedrática de Derecho Administrativo, en su documentado artículo publicado en la RAP-203-2017 (*“Las sociedades mercantiles públicas. Su naturaleza jurídica privada y su personalidad jurídica diferenciada. ¿Realidad o ficción?”*), indica que tanto el TC como el TS han reconducido la cuestión a la unidad administrativa de las personificaciones instrumentales de las AAPP. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 35/ 1983, que consideró a TVE, S.A. un *poder público* –al ser titular de un monopolio de prestación de un servicio público– para entender que sus actos son recurribles en amparo si vulneran los derechos fundamentales frente a la alegación del Abogado del Estado de que por su naturaleza de entidad privada *no podía* ser considerada como *poder público* y en consecuencia sus actos no podrían ser objeto de recurso de amparo.

Otras resultas de la vuelta a lo público son los *convenios administrativos* que no pierden este carácter por el hecho de que una de las partes sea una entidad de derecho privado (p.ej. SME o FSP) dependiente para un fin común.

Puede deducirse que la idea del legislador ha sido la de la *cooperación institucional* entre diversos entes para la consecución de fines públicos por más que alguno pueda tener personificación privada.

Se han incorporado estructuras de la legislación mercantil como la transformación de una SME en un organismo autónomo o un Entidad Pública Empre-

sarial (EPE) mediante la cesión simultánea de todos sus activos y pasivos, previo RD del Consejo de Ministros, pero todo ello con regulación administrativa propia en la Ley 40/2015.

En mi experiencia profesional el campo que permite mayor aplicación del derecho privado lo constituye las ventas de empresas, conocidas como privatizaciones, que se iniciaron de forma sistemática desde 1996 por medio de un acuerdo del Consejo de Ministros de modernización del sector público empresarial.

A este respecto, baste considerar que la venta de una empresa pública no solo es una venta de acciones sino que se vende la sociedad en su conjunto, es decir, con sus estados financieros, sus bienes, su personal, sus contratos, el precio, etc. Todo ello genera unos acuerdos de derecho privado con el comprador, entre los que se incluyen aquéllos sobre posibles contingencias, declaraciones y garantías, etc.

En este marco, la negociación se efectúa con el principio de libertad de pactos, si bien guiados por los principios de transparencia y concurrencia en todo el proceso, que examinará el Consejo Consultivo de Privatizaciones y la autorización del Consejo de Ministros, condiciones previas, con efecto suspensivo, de la eficacia del contrato privado de compraventa suscrito con el comprador.

En el ámbito de la contratación del sector público, hay determinados *contratos excluidos*, como los de Defensa y de la Seguridad, entre otros. El resto es bloque de legalidad para los entes que no tengan la condición de Administraciones públicas y sean poderes adjudicatarios en los términos de los artículos 316 y ss. LCSP.

En el contrato laboral obviamente se aplicará el Estatuto con carácter general, si bien con los condicionamientos del Estatuto del empleado público según los casos, masa salarial y contratos de alta dirección del Real Decreto 451 para los altos cargos del sector público estatal.

A este respecto, cabe citar un Auto TC del Tribunal Constitucional (206/1999)

que equipara a la entidad privada dependiente a un ente público al aplicar a la Fundación Teatro Lírico de Madrid el régimen previsto para los altos cargos de la AGE, asumiendo incluso que el personal de las entidades privadas del sector público es titular del derecho fundamental del artículo 23.2 de la CE de acceso en condiciones de igualdad, por mérito y capacidad, a los cargos públicos.

#### 4ª) La unidad de personalidad administrativa de los entes públicos

Una justificación de la unidad de la personalidad administrativa o de la Administración lo constituye la gestión directa de los servicios públicos como las sociedades municipales y los encargos a medios propios, que exceden de la aplicación de la actual LCSP en razón a que no son contratos, sino que es la propia Administración la que actúa a través de ellos.

La gestión directa de las sociedades municipales ha tenido una gran influencia en la actividad de la empresa pública MERCASA, una vez adquieren tales sociedades la condición de total integridad pública y previa a prestar el servicio en gestión directa.

En lo que respecta a la personalidad jurídica se ha debatido en determinadas sentencias el hecho de que la relación de matriz-filial, aplicable *“mutatis mutandi”* a la Administración respecto de su entidad de derecho privado, nos lleva a la idea unitaria de la personalidad administrativa.

De esta forma, incluso esta unidad afecta a las sociedades controladas como ha indicado el TC en la STC 177/2002, a cuyo tenor no cabe excluir del perímetro público a las participaciones reducidas o minoritarias siempre que exista el control, pues lo que importa es la conexión de la entidad de Derecho privado con la Administración y que esta pueda determinar su política económica. De esta idea de control parte el Derecho comunitario desde el antiguo artículo 90 del Tratado constitutivo de la CEE.

Otra cara de la moneda en este ámbito es la *huida del Derecho Administrativo*

que representa un caso analizado por el Profesor Sebastián Martín Retortillo en su clásico trabajo titulado *“Reflexiones sobre huida del Derecho Administrativo”*, publicada en la RAP en 1996.

Se trató de la STS de fecha 4 de diciembre de 1995 que enjuició la actuación de la Presidenta de la Junta del Puerto y Ría de Vigo en su calidad de Presidenta de la Sociedad de estiba y desestiba del puerto de Vigo, S.A.

El Real Decreto-Ley 2/198, de 23 de mayo, regulador de dicho servicio portuario determinaba la obligatoriedad de participar en dicha Sociedad a todas aquellas empresas que quisieran participar en la gestión del servicio. La negativa a esta participación determinaba la imposibilidad de ejercer o continuar ejerciendo la actividad.

A estos efectos, la Presidenta de la Sociedad portuaria requiere notarialmente a los que venían desempeñando la actividad para que suscribieran acciones, comunicándoles las consecuencias de no hacerlo. Impugnado este requerimiento tanto el Tribunal *a quo* como el TS declaran inadmisibles el recurso al considerar que se trata de una cuestión no administrativa.

Puede entenderse con Martín Retortillo que las sociedades de estiba y desestiba como consecuencia de dicho RDL podían considerarse como concesionarias *ex lege* del servicio portuario y por tanto sometidas al Derecho Administrativo, con independencia del Derecho mercantil subyacente.

Estas sociedades estaban vinculadas pues por un acto prenegocial de carácter público, acto perfectamente separable y enjuiciable en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El hecho razonado por el TS de que la Presidenta actuaba en representación de una sociedad mercantil en constitución y con formas de Derecho privado sin ni siquiera existencia de un expediente con la Sociedad estatal en cuestión, no debería haber enervado la acción administrativa. Sin embargo también es justo decir que el TS resolvió sobre una nor-

---

*“Una justificación de la unidad de la personalidad administrativa o de la Administración lo constituye la gestión directa de los servicios públicos como las sociedades municipales y los encargos a medios propios, que exceden de la aplicación de la actual LCSP en razón a que no son contratos, sino que es la propia Administración la que actúa a través de ellos”*

mativa que en el fondo representaba una cierta inmunidad de poder —en palabras de Enterría— que en la actualidad podría ser frenada atribuyendo a la sociedad mercantil estatal potestades administrativas sin duda alguna enjuiciables en la vía administrativa y contenciosa, a la luz de la nueva LPAC.

### 5ª) Otras cuestiones

Entre otras pueden citarse también el tratamiento que la jurisprudencia y el Tribunal de Cuentas ha dado a la malversación de caudales públicos, permitiendo considerar *in casu* la posibilidad de trasladar el reproche penal de la malversación a las sociedades mercantiles en mano pública con los matices y requisitos trazados por las sentencias (Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 7 de Octubre de 2014 -rec.238/2014, STS. 166/2014 de 28 de febrero, entre otras y el pronunciamiento del Tribunal de Cuentas sobre la cuestión en la sentencia de 20 de Enero de 2014 (JUR/2014/53100).

El planteamiento de esta resolución, es evitar que *la huida del Derecho Administrativo* conlleve a que se pueda vulnerar la protección de que los fondos públicos deben gozar, exigiendo para ello responsabilidad contable a los sujetos que hayan administrado la Sociedad de forma irregular.

También cabe considerar el tratamiento de la jurisprudencia de lo mer-

cantil al concurso de acreedores en relación con las SME (Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Málaga, de 13 de abril de 2009, Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Almería, de 22 de junio de 2011, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Valencia, de 15 de noviembre de 2012). Las distintas situaciones son diferentes, según se trate o no de sociedades totalmente públicas; sin embargo el denominador común es la existencia de un conflicto entre los intereses generales y los intereses particulares de los acreedores de las sociedades de capital en cada uno de los casos, que deberá resolverse partiendo de las circunstancias y de cuáles son los intereses que merecen ser protegidos. Esta idea es fundamental para entender el papel de las sociedades mercantiles con capital público y si estas pueden ser deudoras en el concurso de acreedores.

En mi opinión, podría haberse aprovechado como vehículo de aclaración la propia LRJSP que, sin embargo, ha modificado el apartado 1 del artículo 3 de la Ley Concursal sobre la legitimación para la declaración del concurso y la competencia de los órganos de administración y liquidación para decidir su solicitud en el caso de deudor persona jurídica, es decir, pronunciándose sobre una cuestión de régimen general.

Finalmente cabe citar el nuevo régimen de responsabilidad de los consejeros en la LRJSP regulado en el artículo

(artículo 115), según el cual la Administración General del Estado asumirá directamente dicha responsabilidad, pretendiéndose trasladar el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (actualmente contenido en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP) a la situación de los empleados públicos que desempeñan el cargo de consejero de las sociedades mercantiles estatales, lo que implica situaciones prácticas relevantes, como ya señaló el Consejo de Estado (Dictamen 274/2015).

El ámbito de aplicación de la norma y su contenido requiere la correspondiente conexión con el régimen general de la regulación en la Ley de Sociedades de Capital (LSC), de la responsabilidad de los consejeros.

### III) A MODO DE CONCLUSIÓN

La tan traída y llevada *huida del Derecho Administrativo*, concepto suficientemente acuñado por la doctrina, permite considerar hoy la vuelta a este sector del ordenamiento de las entidades del sector público institucional, como una realidad en la que el derecho privado cede frente al derecho público, *su núcleo insoslayable*.

El nudo gordiano de esta natural extensión de lo público viene determinada por la unicidad del sistema jurídico administrativo y por la absoluta necesidad de control y supervisión de los entes públicos, maximizando la transparencia. ■

---

*“La tan traída y llevada huida del Derecho Administrativo permite considerar hoy la vuelta a este sector del ordenamiento de las entidades del sector público institucional, como una realidad en la que el derecho privado cede frente al derecho público, su núcleo insoslayable”*

---

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# El derecho a la reserva de los datos tributarios

**Alejandro Bonis Sanz**  
Abogado del Estado

*“La importancia de el tratamiento de la información para la correcta aplicación del sistema tributaria se ha convertido, incluso, en uno de los principales ejes de actuación de la OCDE en su lucha contra el fraude fiscal a nivel internacional, hasta el punto de impulsar acuerdos de intercambio automático de información”*

Vivimos en la era del *Big Data*. La informática permite tratar un volumen extraordinario de datos cuya utilidad ha ayudado desde situar a un *outsider* como Presidente de los Estados Unidos, hasta influir en que nuestros vecinos de la Gran Bretaña decidan divorciarse de la Unión Europea.

La Administración tributaria no es ajena a ese extraordinario poder y desde sus orígenes como Administración moderna uno de sus principales objetivos ha sido la captación de enormes cantidades de información útil para controlar la adecuada aplicación del sistema tributario. Reflejo de ese objetivo son los actuales arts. 93 y 94 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT). No existen apenas ámbitos de reserva oponibles a la Administración Tributaria, hasta el punto, incluso, de apreciarse un carácter reiterativo entre ambos preceptos pues, mientras que el art. 93 comienza situando como sujetos de dicho deber de información a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, incluso a los entes sin personalidad jurídica a que se refiere el art. 35.4 de la LGT, mención claramente omnicompreensiva de cualquier tipo de sujeto que podamos imaginar; el art.94 sitúa como sujeto de su mandato de colaboración informativa a las autoridades y empleados públicos o entes jurídicos como los partidos políticos o los sindicatos, sujetos, todos ellos, encuadrables en el art. 93.1. Las únicas excepciones a este deber de facilitar información a las Administraciones tributarias lo encontramos en los apartados 4 y 5 del art. 93, entre los que se encuentran los siguientes supuestos:

- El secreto del contenido de la correspondencia.
- El secreto estadístico (art. 13 Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública).
- El secreto del protocolo notarial, limitado a los instrumentos públicos referidos en los arts. 34 y 35 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado y los relativos a cuestiones matrimoniales (salvo los referentes al régimen económico matrimonial).

- Los datos confidenciales amparados por el secreto profesional en el ejercicio de una actividad profesional de asesoramiento o defensa.

La importancia del tratamiento de la información para la correcta aplicación del sistema tributaria se ha convertido, incluso, en uno de los principales ejes de actuación de la OCDE en su lucha contra el fraude fiscal a nivel internacional, hasta el punto de impulsar acuerdos de intercambio automático de información, como el “Acuerdo Multilateral entre Autoridades Competentes sobre intercambio automático de información de cuentas financieras, hecho en Berlín el 29 de octubre de 2014”, el “Acuerdo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA, hecho en Madrid el 14 de mayo de 2013” o el “Acuerdo multilateral entre Autoridades competentes para el intercambio de Informes país por país, hecho en París el 27 de enero de 2016”.

Pues bien, como decía Ben Parker (tío de Peter Parker, también conocido como Spiderman) “Un gran poder conlleva una gran responsabilidad”, por lo que ese gran poder de la Administración Tributaria para poder recopilar cualquier información con transcendencia tributaria de los ciudadanos, lleva aparejado una responsabilidad cuasi absoluta de reserva en relación a la información obtenida.

Así lo ha venido señalando el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 110/1984, de 26 de noviembre, en la que se contempla el secreto de la información obtenida para la aplicación del sistema tributario como un requisito que permite afirmar la proporcionalidad de la incidencia en la privacidad que supone el deber de facilitar a la Administración Tributaria datos con transcendencia tributaria.

De hecho, desde una perspectiva de eficacia del sistema tributario, el carácter reservado de la información tributaria supone un importante estímulo para el cumplimiento voluntario de las obliga-

ciones tributarias, pues es evidente que el contribuyente va a mostrarse más reuente a comunicar su verdadera situación patrimonial si no tiene la garantía de que dicha información no va a ser utilizada para otros fines distintos. Ello conlleva a que, en recientes medidas como la conocida declaración tributaria especial, en la Orden HAP/1182/2012, de 31 de mayo, de forma innecesaria desde un punto de vista jurídico, pues el carácter reservado de los datos tributarios ya está contemplado en la LGT, se incluyera un artículo específico que, bajo la rúbrica “Artículo 7. Carácter reservado de la declaración tributaria especial” recordaba que *“Conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, los datos relativos a la declaración tributaria especial obtenidos por la Administración tributaria tienen carácter reservado”*.

Considerando, por tanto, el derecho a la reserva de los datos tributarios, como una contrapartida esencial del deber de facilitar información con transcendencia tributaria, su reconocimiento legal expreso aparece en el art. 34.1.i de la LGT, cuando se reconoce a todo obligado tributario *“Derecho, en los términos legalmente previstos, al carácter reservado de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria, que sólo podrán ser utilizados para la aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de sanciones, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en las leyes”*.

El lector avezado se habrá percatado de que el presente texto no ha mencionado hasta ahora el derecho a la protección de datos personales, que tanta fama ha adquirido en los últimos tiempos, gracias, entre otros motivos, a la entrada en vigor del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por

el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) y que tantos quebraderos de cabeza está generando a los operadores jurídicos a lo largo y ancho de todo el continente europeo.

La razón de dicha omisión es que el derecho al carácter reservado de la información tributaria tiene un perfil propio, que permite diferenciarlo del derecho a la protección de datos de carácter personal.

Nuestros padres constituyentes fueron muy adelantados en el tiempo cuando, allá por la década de los 70 del siglo pasado, ya advirtieron del riesgo que para la privacidad suponía el tratamiento automatizado de los datos personales, reconociendo como derecho fundamental en el art. 18.4 de nuestra Constitución el llamado *“derecho a la autodeterminación informativa”*. Este derecho, en palabras del propio Tribunal Constitucional (por ejemplo en la STC 292/2000, de 30 de noviembre), va más allá del derecho fundamental a la intimidad, aunque esté conectado con él como medio para una eficaz protección de la privacidad de la vida personal y familiar (objetivo último de todo el art. 18 de la CE), hasta considerarse un derecho fundamental propio que supone la necesidad de reconocimiento de un haz de facultades que hagan efectivo un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.

Además, se trata de un derecho reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8) y por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (art. 16), de ahí su regulación a través de una norma de aplicación directa, como es un Reglamento, aunque por las particularidades propias del Derecho interno de cada Estado Miembro haya sido precisa su adaptación a través de normas internas, como hemos hecho en España a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD).

Sin embargo, el derecho a la protección de datos de carácter personal es un derecho reconocido sólo a las perso-

nas físicas (y que estén vivas, valga la redundancia jurídica), pues como establece el art. 4.1) del RGPD, se entiende como dato personal *“toda información sobre una persona física identificada o identificable”*.

Evidentemente, los datos tributarios de una persona física, son datos personales, como ha tenido ocasión de señalar recientemente el TJUE en su Sentencia de 27 de septiembre de 2017 (asunto C-73/16) cuando recuerda en su párrafo 41 que *“Por otra parte, es jurisprudencia del Tribunal de Justicia que los datos fiscales constituyen ‘datos personales’ a los efectos del artículo 2, letra a), de la Directiva 95/46 (véase en ese sentido la sentencia de 1 de octubre de 2015, Bara y otros, C-201/14, EU:C:2015:638, apartado 29)”*.

Sin embargo, que los datos tributarios de las personas físicas sean datos personales no implica que, en todo caso, los datos tributarios sean datos personales, pues los datos tributarios pueden referirse a personas jurídicas o, incluso, entes sin personalidad.

El derecho a la reserva de los datos tributarios se reconoce, en el art. 34 de la LGT, a todos los “obligados tributarios”, pudiendo ser obligado tributario, según el art. 35 LGT *“las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias”*, entre las que se incluyen *“las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición”*.

Es decir, el derecho al carácter reservado de los datos tributarios tiene un perfil propio que se superpone al propio derecho a la protección de datos de carácter personal. Esta superposición se aprecia con claridad en el caso de los datos aduaneros, pues el art. 12 del Reglamento (UE) nº 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el código aduanero de la Unión (CAU),

después de recordar el carácter confidencial de la información suministrada a las autoridades aduaneras, con la consiguiente necesidad de consentimiento expreso de la persona o autoridad que la haya facilitado para su difusión, establece que *“Dicha información, sin embargo, podrá difundirse sin ese consentimiento cuando las autoridades aduaneras estén obligadas o autorizadas a hacerlo así en el marco de un procedimiento judicial o en virtud de las disposiciones vigentes, especialmente en materia de protección de datos”*.

La principal manifestación del derecho al carácter reservado de los datos tributarios es el de vinculación a la finalidad para la que son facilitados o recabados, esto es, que dichos datos sólo pueden utilizarse para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada la Administración tributaria que los ha obtenido y para la imposición de las sanciones que procedan por incumplimiento de las normas tributarias.

Dicha regla general, coincidente con el principio de limitación de la finalidad que impone el art. 5.1.b del RGPD conforme al cual, los datos personales serán *“recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines”*, admite, no obstante, excepciones, contempladas con carácter general en el art. 95 de la LGT, cuando enumera una serie de supuestos en los que cabe ceder los datos tributarios.

La enumeración de dichos supuestos de cesión, al suponer una excepción a un derecho (e incluso, tratándose de datos personales, a un derecho fundamental) debe interpretarse de forma restrictiva, lo que no impide que en otras disposiciones puedan establecerse otros supuestos de cesión, pero debe establecerse dicha posibilidad de forma expresa y clara para poder vencer dicha interpretación restrictiva y el propio carácter de ley especial que sobre esta materia tiene la LGT.

Así, por ejemplo, como supuestos de cesión contemplados al margen del art.

95 de la LGT podemos señalar, entre otros, el art. 24 del Reglamento (CE) n.º 223/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2009, relativo a la estadística europea, el art. 47.2 del CAU, el art. 8 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o la Disposición Adicional Quinta Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX).

De cualquier manera, ante la tentación de utilizar a las Administraciones Tributarias como una gran base de datos patrimonial de los ciudadanos, de recordarse que el reconocimiento de supuestos que habiliten la cesión sin necesidad de consentimiento del titular de los datos, en tanto en cuanto puede suponer un límite al derecho fundamental a la protección de datos personales, debe responder a un fin constitucionalmente protegido, de modo que, como señaló el TC en su Sentencia 292/2000 *“el apoderamiento legal que permita a un Poder Público recoger, almacenar, tratar, usar y, en su caso, ceder datos personales, sólo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos”*.

Además, es preciso realizar el juicio de ponderación característico de toda limitación de derechos fundamentales, esto es, analizar la proporcionalidad y necesidad de la limitación acordada, para la protección del fin constitucionalmente legítimo en que se basa dicha limitación.

Desde esta perspectiva de los datos tributarios como potenciales datos personales, no debemos olvidar que la cesión de datos personales es una forma de tratamiento de los mismos (art. 4.2) RGPD, por lo que debe estar legitimado en alguno de los supuestos contemplados en el art. 6 del RGPD y, una vez reconocida la legitimidad de la cesión, realizarse con pleno respeto a los principios contemplados en el art. 5 del RGPD. El art. 6.1 del RGPD contempla, en los

apartados c y e la posibilidad de la cesión sin consentimiento del titular de los datos, bien por hacerse en cumplimiento de una obligación legal, bien por ser necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, exigiendo el art. 6.3 del RGPD que dicha obligación o poder público estén establecidos por el Derecho de la UE o el de los Estados miembros, requiriéndose en nuestro caso, al amparo del art. 8 de la LOPD-GDD, como corolario de su reconocimiento como derecho fundamental, que, en el caso de ser una obligación legal, que ésta venga determinada en una norma con rango de ley; y, si se trata de un tratamiento basado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos, que derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.

Además, no basta con que se establezca el supuesto de cesión en una norma con rango de ley, sino que, como señala el art. 6.4 del RGPD, es necesario que dicho supuesto de tratamiento legal sin necesidad del consentimiento del titular *“constituya una medida necesaria y proporcional en una sociedad democrática para salvaguardar los objetivos indicados en el artículo 23, apartado 1”* del RGPD, los cuales son, de forma tasada, los siguientes

- “a) la seguridad del Estado;*
- b) la defensa;*
- c) la seguridad pública;*
- d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención;*
- e) otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, incluso en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social;*

f) la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales;

g) la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas;

h) una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada, incluso ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos contemplados en las letras a) a e) y g);

i) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros;

j) la ejecución de demandas civiles”.

En consecuencia, para que la introducción de algún supuesto de cesión de datos tributarios sin necesidad del consentimiento del interesado, resulte conforme al RGPD, es preciso que dicha cesión se fundamente en alguno de los objetivos previstos en el art. 23.1 del RGPD y se considere necesaria y proporcionada para alcanzar dicho objetivo.

Por otro lado, ampliar en exceso los supuestos de cesión de datos tributarios podría acabar desnaturalizando el propio derecho al carácter reservado de dichos datos, ello sin tener en cuenta el riesgo de afectar al cumplimiento de Acuerdos Internacionales en el caso de información obtenida en base a los mismos, pues dichos Acuerdos suelen introducir cláusulas de limitación en el uso de dicha información, del que es fiel ejemplo el art. 22 del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, que en su versión de París de 27 de mayo de 2010, señala *“Dicha información sólo se comunicará, en cualquier caso, a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y los órganos administrativos o de control) que intervengan en el establecimiento, percepción o cobro de los impuestos de esa Parte, en los procedimientos o acciones penales relativos a dichos impuestos, o en la determinación de los recursos concernientes a los mismos o en el control de lo anterior. Sólo las personas o autoridades mencionadas podrán utilizar esa información, y únicamente para los fines antes expresados.*

*No obstante lo dispuesto en el apartado 1, podrán comunicarla en audiencias públicas de tribunales o en resoluciones judiciales relativas a dichos impuestos”.*

La lectura del art. 95.1 exige una mención especial a su apartado k), el cual permite la cesión de la información tributaria para *“La colaboración con las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones, previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados”.*

La cesión de datos por parte de la AEAT a las Administraciones públicas para el desarrollo de sus funciones viene desarrollada, a nivel reglamentario, por la Orden de 18 de noviembre de 1999 por la que se regula el suministro de información tributaria a las Administraciones Públicas para el desarrollo de sus funciones, así como los supuestos contemplados en el artículo 113.1 de la Ley General Tributaria.

De dicha normativa podemos destacar la necesidad de que el obligado tributario haya consentido expresamente el suministro de datos en los concretos términos previstos en su art. 2.4, que coinciden con el criterio expresado por el TC en su STC 17/2013, de 31 de enero de 2013 cuando, en relación a la cesión de datos tributarios prevista en la DA Quinta de la LOEX, exige que la cesión sea de *“datos relacionados con un concreto procedimiento”* y que *“resulte necesario o pertinente en relación con la tramitación de un concreto expediente”*, proscribiendo de manera expresa la práctica conocida en el mundo anglosajón como *“fishing expedition”*, es decir, el *“acceso masivo o indiscriminado”* de datos.

Por otro lado, se contemplan dos formas de acceso. La ordinaria, que será mediante petición concreta dirigida a la AEAT, en la que la AEAT verificará el cumplimiento de los requisitos para proceder (o no) a la cesión; y la extraordinaria, que será mediante acceso directo a las bases de datos de la AEAT, supuesto que queda restringido a aquellos casos en los que, atendida la periodicidad y volu-

***“La principal manifestación del derecho al carácter reservado de los datos tributarios es el de vinculación a la finalidad para la que son facilitados o recabados, esto es, que dichos datos sólo pueden utilizarse para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada la Administración tributaria que los ha obtenido y para la imposición de las sanciones que procedan por incumplimiento de las normas tributarias”***

men de datos objeto de consulta, el principio de eficiencia en el funcionamiento de la Administración justifique su utilización. Para ello se requiere la firma de un Convenio, que motive específicamente la concurrencia de dichas circunstancias excepcionales y el establecimiento de una serie de medidas específicas de seguridad que permita dejar constancia de la identidad del usuario, de la información a que se accede y de la motivación de la consulta.

No podemos concluir esta exposición sin hacer mención al art. 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), como posible precepto legitimador de la cesión de datos tributarios al margen del art. 95 de la LGT, el cual, tras la reforma operada por la LOPDGDD, dispone lo siguiente

*“2. Los interesados tienen derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante o hayan sido elaborados por cualquier otra Administración. La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello. No cabrá la oposición cuando la aportación del documento se exigiera en el marco del ejercicio de potestades sancionadoras o de inspección”.*

Dicho precepto fue introducido en fase de enmiendas del Congreso de los Diputados, con el fin de acomodar dicho precepto (que contemplaba un consentimiento tácito para acceder a los datos de los interesados) a la exigencia del art. 6 de la LOPDGDD de que el consentimiento se manifieste *“mediante una declaración o una clara acción afirmativa”*.

Sin embargo, parece haber olvidado nuestro legislador que dicha exigencia de una clara acción afirmativa no deriva del art. 6 de la LOPDGDD, sino del art.

4.11) del RGPD el cual define el consentimiento del interesado como *“toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”*. En el mismo sentido, aclarando la interpretación de dicho precepto, el considerando 32 establece con meridiana claridad que *“El consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro (...) Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento”*.

Resulta difícil de encajar la expresión del art. 28.2 *“La administración actuante podrá consultar o recabar dichos documentos salvo que el interesado se opusiera a ello”* con la prohibición de considerar consentimiento a la *“inacción”*, pues precisamente la falta de oposición no constituye un supuesto de acción afirmativa.

Por otro lado, también parece haber olvidado nuestro legislador que el RGPD contempla un supuesto específico de licitud de tratamiento sin necesidad de consentimiento, por razones de interés público (aunque, como limitación al derecho a la protección de datos, al no estar basado en el consentimiento, con los estrictos requisitos que hemos analizado anteriormente), pues, como indica el considerando 43 *“Para garantizar que el consentimiento se haya dado libremente, este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento, en particular cuando dicho responsable sea una autoridad pública y sea por lo tanto improbable que el consentimiento se haya dado libremente en todas las circunstancias de dicha si-*

*tuación particular”* (previsión acorde con lo ya previsto en el art. 2 de la Orden de 18 de noviembre de 1999 cuando, al establecer los requisitos del consentimiento, señala que *“No podrá condicionarse la resolución de los procedimientos o el ejercicio de las funciones al otorgamiento de dicha autorización, cuando el cumplimiento de los requisitos, en su caso exigidos, pueda acreditarse por otro medio válido en derecho”*).

En suma, parece difícil conciliar un supuesto derecho del interesado a no aportar documentos que contengan datos personales y que ya se encuentren en poder de la Administración, con un correlativo derecho a la Administración a consultarlos sin un consentimiento expreso y específico del ciudadano, pues dicha interpretación choca frontalmente con el RGPD, especialmente cuando se trata de procedimientos iniciados de oficio en los que el tratamiento de la información no podrá ampararse en el consentimiento, sino en otro de los supuestos del art. 6.1 del RGPD (en particular el de su letra e).

Si a lo anterior le añadimos, en el ámbito propio de la reserva de los datos tributarios, el hecho de exigir el art. 95.1.k de la LGT, específicamente la *“previa autorización de los obligados tributarios a que se refieran los datos suministrados”*, parece difícil que pueda ampararse una cesión de datos tributarios en dicho art. 28.2 de la LPAC, debiendo acudir a los supuestos previstos en la LGT o de forma expresa en otros preceptos legales que se ajusten a los rigurosos criterios expuestos anteriormente.

No obstante, en la era del Big Data, no podemos aventurarnos a hacer afirmaciones tajantes, así que, probablemente tengamos que seguir los preceptos del Maestro Yoda cuando dijo a su *padawan* Luke Skywalker *“Lo aprendido, debes desaprender”*. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# La doctrina del indefinido no fijo

Evolución y aspectos esenciales

**Ana Marín San Román**

Abogada del Estado

**“El personal indefinido no fijo nace en el año 1996 como creación jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para salir al paso de los fraudes cometidos por las Administraciones Públicas en la contratación del personal temporal”**

### **Introducción**

El presente artículo tiene por objeto estudiar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, a cerca de los indefinidos no fijos, desde el punto de vista de la creación de dicha relación laboral en un ente público por sentencia judicial hasta las distintas vicisitudes que pudieran producirse en la misma, inclusive la extinción de dicha relación.

El punto de partida, quizá debemos tomarlo en aquellos casos (muy frecuentes) en los que por el actor en la instancia se solicita la declaración fraudulenta de la contratación temporal y el derecho del actor a ostentar la condición de indefinido –que no fijo de plantilla– en la entidad demandada, generalmente una entidad pública empresarial o sociedad mercantil estatal.

A este respecto, el Tribunal Supremo ya estableció en numerosas sentencias la necesidad de distinguir entre el régimen jurídico que resultaría aplicable a las entidades públicas empresariales y a las sociedades mercantiles estatales, como luego detallaremos a lo largo del presente artículo.

En resumen, los casos más frecuentes en los que nos encontraremos esta situación serán en aquellos casos en los que se demanda el carácter fraudulento de una contratación temporal sin que dicha contratación responda a la causa de temporalidad siendo lo que verdadera se satisface con dicho contrato una necesidad estructural del ente público empresario (demandado). La declaración de fraude de dicha relación traería como consecuencia el reconocimiento del carácter de indefinido del trabajador en cuestión, sin embargo, dicha consecuencia jurídica se hace necesaria encuadrarla exactamente en los casos en los que el empleador sea una entidad incluida en el sector público estatal, autonómico o local, pues el reconocimiento por sentencia del carácter indefinido de dicha relación llegaría a socavar los principios de igualdad, mérito y capacidad reconocidos en el acceso de a la función pública, en nuestro artículo 23 de la constitución.

Para empezar con la exposición de dicha doctrina es importante realizar una **introducción histórica sobre el origen y evolución** de esta figura para poder entenderla en toda su extensión.

El personal indefinido no fijo nace en el año 1996 como creación jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo para salir al paso de los fraudes cometidos por las Administraciones Públicas en la contratación del personal temporal. Desde el momento en que se creó esta figura ya se puso de manifiesto que, pese a su ilicitud, las irregularidades contractuales no pueden determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, pues tal efecto resulta contrario a los principios legales y constitucionales que garantizan el acceso al empleo público en condiciones que se ajusten a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Sin embargo, la evolución de esta figura ha permitido una extensión a más supuestos y circunstancias de las inicialmente previstas en dicha doctrina.

El primero es la aprobación de la Directiva Comunitaria 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, resultando especialmente relevantes su cláusula 4ª (principio de no discriminación) y su cláusula 5ª (medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de los contratos temporales). Resulta importante destacar que la cláusula 5ª obligaba a los estados miembros a adoptar todas o alguna de las tres medidas que indicaré a continuación para evitar el uso abusivo o sucesivo de contratos temporales:

- a) Razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;
- b) Fijación de una duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;
- c) Establecer el número máximo de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.

El segundo momento relevante de cara a la expansión de la figura del indefinido no fijo fue la aprobación y entrada en vigor de dos importantes normativas. De una parte la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, y otra la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Ambas disposiciones, la primera de ellas en el ámbito del personal estatutario y la segunda especialmente en el ámbito del personal funcionario, proceden a trasponer determinados aspectos de la Directiva 1999/70.

Estas leyes comienzan a poner ciertos límites al uso de los contratos temporales en las administraciones públicas, no solo respecto del personal laboral, sino también respecto del personal estatutario y funcionario. En este sentido art. 9.3 de la Ley 55/2003 y art. 70 de la Ley 7/2007. Asimismo, el artículo 11 del EBEP reconoce legalmente la figura del personal indefinido (no fijo), incluyéndolo dentro de los tipos de contratación laboral.

Ante la ausencia de medidas legales en nuestro ordenamiento jurídico que pusieran freno a esta situación de abuso en la contratación temporal, nuestros juzgados y tribunales pusieron su vista en la interpretación de la Directiva 1999/70 efectuada por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Fruto de esta situación España recibe un importante toque de atención con la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2014, asunto C-94/14 (León Medialdea), en la cual se declara que la mera conversión de un relación temporal en un vínculo indefinido no fijo es una medida ineficaz de cara a evitar el uso abusivo de la contratación temporal en los términos exigidos por la Directiva 99/70, pues esto no constituye una medida lo suficientemente efectiva y disuasoria para evitar la utilización abusiva y fraudulenta de los contratos y nombramientos temporales por parte de las Administraciones Públicas. Esto provocó una inmediata reacción por parte de la

Sala de lo Social del Tribunal Supremo que en sucesivas sentencias reconoció el derecho del personal indefinido no fijo a ser indemnizado en el caso de cese por amortización de vacante y, posteriormente, también en el caso de ocupación por el titular de la plaza tras superar un proceso de provisión o cobertura de puestos de trabajo. La indemnización que inicialmente se fijó en 8 días de salario por año trabajado se elevó hasta los 20 tras la sentencia de 28 de marzo de 2017.

Al mismo tiempo el Tribunal Supremo abrió otro frente para erradicar el uso abusivo de los contratos de interinidad (modificando su jurisprudencia), de modo que con aplicación del art. 70 del Estatuto Básico del Empleado Público declaró que tres años es el plazo límite para que la Administración procedan a la cobertura definitiva de las plazas vacantes mediante el correspondiente proceso selectivo (sentencia de la Sala de lo Social de 14 de octubre de 2014, recurso 711/2013)

Finalmente, y como colofón a esta evolución judicial y doctrinal, es preciso recordar las famosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016, que han causado un auténtico terremoto en el ámbito del sector público. Me refiero en concreto a las sentencias dictadas en los asuntos C-16/15 (demandante Pérez López), C-184/15 (demandante Martínez Andrés) y C-197/15 (demandante Castrejana López), en las cuales se declara por primera vez que ante la ausencia de medidas efectivas en el ordenamiento jurídico español para evitar los abusos en los nombramientos temporales del personal funcionario y estatutario, reconocer a estos trabajadores la condición de personal indefinido no fijo puede constituir una medida inicial y útil de protección frente al fraude padecido.

#### **Nacimiento de la condición de indefinido no fijo**

El indefinido no fijo es un **empleado público** que tras ser **víctima de algún tipo**

**de abuso en su contratación temporal** (bien sea por su duración excesiva o por la concatenación de sucesivos contratos o nombramientos) **reclama esta condición judicialmente y obtiene una sentencia** que le reconoce como indefinido no fijo.

Es una figura independiente que, a priori, no nos permite considerarlo ni como un trabajador temporal ni como un trabajador fijo. Es menester, traer a colación, para aseverar cuanto acabamos de decir, el art. 11 del Estatuto Básico que distingue entre el personal temporal, el indefinido y el fijo, luego legalmente el indefinido es una categoría claramente diferenciada del temporal, tal y como ha señalado el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de marzo de 2017.

Pero para ahondar en su definición, es necesario distinguir entre el reconocimiento de tal condición en las entidades públicas empresariales y en las sociedades mercantiles estatales (en las cuales se ha negado de plano por nuestro Tribunal Supremo la aplicación de dicha doctrina):

- A las entidades públicas empresariales, establece el Tribunal Supremo en su más reciente sentencia, por todas la **sentencia de fecha 28 de marzo de 2.007, RCU 5082/05** que, cuando concurren irregularidades en la contratación temporal, se ha de adaptar a la más reciente doctrina jurisprudencial del porque a pesar de regirse en términos generales por el derecho privado como específicamente recogía la Disposición Adicional 12ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado LOFAGE tenían la excepción de serles de aplicación dicho régimen privado salvo en las materias en que les fuera de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación, y que por tanto, se trataba de entidades que, pertenecían al sector público estatal y se regían para la contratación de sus trabaja-

dores por el régimen de contratación de los entes públicos recogidos en los arts. 23 y 103 de la Constitución, desarrollados en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de reforma de la función pública, o sea por los criterios de igualdad, mérito y capacidad, acreditados en un proceso público de selección de los legalmente establecidos. Concluía en aquel caso la sentencia de contraste, que ninguno de los dos actores había accedido a su plaza mediante la superación de concurso público, sino por irregularidades en la contratación temporal, lo que tenía como consecuencia la declaración de su condición de indefinido y no la de fijos de plantilla.

- Respecto de las sociedades mercantiles estatales, la figura del indefinido no fijo, dice el Tribunal Supremo, no es aplicable a las mismas aunque pertenezca al sector público, porque se trata de una sociedad mercantil estatal, cuyo personal laboral “está excluido de la aplicación del EBEP, por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, entendiendo por tales a: *“La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y las Universidades Públicas”* ( art. 2.1 EBEP ). En consecuencia, se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como indefinidos no fijos, siendo ésta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. La justificación de la figura del trabajador “indefinido no

fijo” se halla [...], en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública; elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados”. Es interesante, la sentencia de 30 de enero de 2017 del TSJ de Islas Canarias (las Palmas) que establece que no cabe la condición de indefinido no fijo en las Sociedades Anónimas pues estas se rigen enteramente por el derecho privado laboral y la creación de la figura jurisprudencial del indefinido no fijo es para asegurar la situación de quienes prestan servicios en entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa de temporalidad.

No obstante, debemos señalar que tales diferenciaciones entre las Sociedades mercantiles estatales y las entidades públicas empresariales no es tajante y cada vez más, vemos sentencias en las que se está empezando a considerar que la condición de indefinido no fijo tampoco tendría cabida en las entidades públicas empresariales. Así por ejemplo, podemos traer a colación las sentencias de los Juzgados de lo Social Nº10 DE MADRID de 3 DE ABRIL DE 2018 Y la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 29 de Madrid (las cuales están pendientes sentencia tras la interposición de sendos recursos de suplicación), que establecían el reconocimiento de la fijeza a los trabajadores del **ente Público de Navegación Aérea (ENAIRE)**.

Finalmente, en cuanto a esta cuestión, los motivos por los cuales puede llegar a reconocerse tal condición son esencialmente dos:

El primero, por existir una necesidad estructural no reconocida por la Administración que se ha venido cubriendo con contratos o nombramientos temporales concatenados y en fraude. El segundo por mantener a un trabajador ocupando una plaza vacante, y por tanto ya reconocida como estructural, más allá del plazo máximo legalmente establecido (tres años conforme EBEP).

### **Participación del trabajador indefinido no fijo en procesos de promoción profesional**

**En este punto, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo** por la que se ha desestimado el recurso de casación interpuesto por la Agencia de Medio Ambiente y Agua de la Junta de Andalucía (AMAYA) contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que declaró el derecho de los trabajadores de esta agencia pertenecientes a personal de Estructura Corporativa, cuya relación laboral es la de indefinido no fijo, a participar en igualdad de condiciones que el personal fijo y fijo discontinuo en los procesos de promoción y reclasificación profesional que la empresa lleve a cabo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio Colectivo de la Empresa de Gestión Medioambiental (EGMASA).

El tribunal concluye que “la figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo, sin perjuicio de que la plaza que ocupe (al margen del reflejo que ello posea en la RTP) deba ser objeto de amortización (previo cumplimiento de los trámites del despido objetivo o colectivo) o de convocatoria (abocando, en su caso, a la extinción indemnizada del contrato)”. Añade que en este caso lo que se pide por los trabajadores y se niega por la recurrente es, justamente, que se apliquen las previsiones del convenio colectivo. “Y dicho queda ni en él se excluye a quienes poseen la condición de indefinidos no fijos, ni consideramos irrazonable la interpretación inclusiva”, subraya la sentencia.

De ahí, precisa la Sala, “que no veamos inconveniente en admitir que el indefinido no fijo **pueda participar en este tipo de concursos, conservando dicha condición en el nuevo destino y sin que el cambio de destino transforme su naturaleza y lo convierta en fijo de pleno Derecho**”. Los magistrados afirman que esa solución no ignora las exigencias constitucionales (y legales) de acceso a los empleos públicos

y señalan que por eso han introducido cautelas sobre la imposibilidad de que la promoción interna se convierta en un modo de eliminar la sujeción del vínculo laboral a término. Por ello, reafirman la necesidad de que el empleador proceda, cuanto antes, a la amortización o convocatoria pública de las plazas desamortizadas por este tipo de trabajadores”.

Del mismo modo, indica “que cerca de 250 personas puedan quedar privadas de su derecho a la promoción profesional, al parecer durante muchos años, como consecuencia de la pasividad del empleador (que ni amortiza ni convoca sus plazas) constituye un resultado contrario al derecho (constitucional y legal) a la promoción profesional, cosa mal con la equiparación de derechos a que debe tenderse entre los colectivos de referencia y no encuentra amparo en nuestra actual doctrina, partidaria de equiparar el respectivo estatuto en todo aquello que no sea la específica causa extintiva ya mencionada”.

En apoyo de tal conclusión, asegura la Sala, la ausencia de una regulación expresa sobre los derechos de este colectivo, mientras subsista, su equiparación en derechos y condiciones con el personal fijo. La sentencia explica que eso es lo que exige el artículo 15 del ET respecto del personal temporal y es obligado aplicarlo también en este caso, pues la categoría conceptual de referencia surge para mejorar la posición respecto de los empleados temporales, algo que exige también el Derecho de la UE.

**El tribunal recuerda que la sentencia recurrida advierte que la condición de quien pueda participar en esas convocatorias no se verá alterada en caso de obtener éxito. “Se trata de una reflexión importante. De este modo, si en algún concreto caso la obtención de la plaza pretendida comportase la transformación del vínculo indefinido no fijo en otro dotado de firmeza habría que rechazarla. Pero ni tal supuesto ha quedado acreditado, ni un conflicto colectivo parece el marco adecuado para plantear supuestos específicos”, concluye la Sala.**

La sentencia incluye un voto particular firmado por cuatro magistrados en el que expresan su discrepancia con la decisión adoptada por la mayoría al considerar que el recurso de AMAYA tenía que haber sido estimado con la consiguiente anulación del fallo del TSJ de Andalucía y la desestimación de la demanda. En el mismo, razonan que el hecho de que el personal indefinido no fijo, contrariando los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, hayan ingresado en dicha empresa pública sin haber superado un proceso selectivo basado en los reiterados principios constitucionales de capacidad, mérito e igualdad, constituye un dato objetivo relacionado con el régimen jurídico del contrato que explica la exclusión de los indefinidos no fijos de los procesos de promoción interna para la ocupación de una plaza estable y consolidada, como ocurre en este caso.

Los magistrados discrepantes afirman que lo establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) –artículos 14 y 19.1– “ha llevado a la doctrina más autorizada a afirmar que el personal laboral temporal, así como el indefinido no fijo quedarían, en principio, excluidos del derecho a la promoción profesional, a pesar de que en la práctica se hayan previsto por medio de la negociación colectiva mecanismos de promoción profesional para los contratados laborales de carácter temporal”.

Por lo tanto, hasta ahora el TS lo que ha asentado, es que el indefinido no fijo tendría derechos a participar en los procesos de promoción interna en las mismas condiciones que el personal funcionario o laboral fijo, siempre teniendo en cuenta que el carácter que pueda adquirir tras superar ese proceso selectivo es la misma vinculación que tenía como indefinido no fijo sin que se produzca transformación alguna en su condición.

#### **Finalización de la relación del indefinido no fijo**

Para finalizar el presente artículo debe tenerse presente que el indefinido no es el propietario de la plaza, ya que no

ha superado un proceso selectivo para adquirirla de forma fija, y en consecuencia, puede ser cesado. Ahora bien, el trabajador indefinido no fijo solo podrá ser cesado en supuestos muy concretos y cumpliendo una serie de requisitos formales ineludibles.

#### **Supuestos en los que puede ser cesado:**

Un indefinido no fijo solo puede ser cesado en dos supuestos, que son: la amortización o la cobertura definitiva de la plaza que ocupa.

Ahora bien, para que la plaza que ocupa el indefinido no fijo se pueda amortizar la Administración deberá acreditar, de forma fehaciente y objetiva, que ha desaparecido la necesidad estructural que el indefinido no fijo venía cubriendo, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos esa necesidad estructural ha sido declarada encubierta por una sentencia judicial y que el mismo, ciertamente en la mayoría de los casos venía cubriendo una necesidad de este tipo en el ente público en cuestión.

Además deben tomarse cautelas extremas, para que dicha amortización no sea considerada como una reacción del empresario ante una reclamación judicial del trabajador que vulnera el derecho a la indemnidad del mismo, con la consiguiente apertura de un proceso judicial por vulneración de este derecho fundamental de creación jurisprudencial (de la garantía de indemnidad).

Básicamente, el indefinido no fijo solo podrá ser cesado por cobertura de la vacante que viene cubriendo, ahora bien, para que esto sea posible será necesario que la Administración cumpla previamente una serie de formalidades y que garantice, en todo caso, el derecho del indefinido a poder obtener en propiedad la plaza que viene cubriendo.

El requisito formal básico es que el indefinido no fijo debe ser advertido previamente por parte de la Administración de que la plaza que ocupa se ha incluido en un proceso selectivo, de modo que pueda presentarse al mismo y obtener en propiedad la plaza que viene cubrien-

do. **La Administración está obligada a acreditar** que la plaza que ocupa el indefinido no fijo es una de las vacantes incluida en un proceso selectivo (reciente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2017).

Además, **se debe garantizar el derecho del indefinido no fijo a poder obtener en propiedad la plaza que viene cubriendo**, pues de lo contrario no habría una sanción lo suficientemente efectiva contra la Administración fraudulenta en los términos establecidos por la Directiva 1999/70, de modo que esta no alcanzaría su efecto útil. En consecuencia, y esto es relevante, **el indefinido NO puede ser cesado por un fijo en concurso de traslados, del mismo modo que no puede ser cesado en un proceso de promoción interna**. Estos procesos, en la medida en que se reservan para el personal fijo excluyen al indefinido, y en consecuencia no son un mecanismo válido para justificar un cese (así lo afirma la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 20 de julio de 2017 y la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en sentencia de 2 de enero de 2015). A título de ejemplo, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha **2 de febrero de 2017, Rec.nº 53/2015, en la que la recurrente había** venido prestando servicios para la RTV de Andalucía en virtud de sucesivos contratos temporales, celebrados sin solución de continuidad desde el 13-11-06, siendo reconocida la condición de trabajadora indefinida no fija. El cese discutido en el litigio se produjo el 24-01-12, al comunicar la demandada que la plaza ocupada había sido cubier-

ta de forma reglamentaria. Consta que las plazas sacadas a concurso no estaban codificadas, ni se identificaban de forma individualizada; y que en la plantilla estructural existían otras plazas de la categoría de la actora (redactora) que no estaban cubiertas. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora y declara que el cese constituye despido improcedente pues dada la referencia genérica en la convocatoria de concurso oposición, no existen garantías para considerar que el puesto de trabajo de la demandante quedaba claramente afectado. Y tampoco se puede afirmar que la superación del concurso por otro trabajador implicara cubrir una plaza que estuviera ocupada por la actora.

**El personal indefinido no puede ser adscrito a una plaza de funcionario para justificar el cese**

Es importante en este punto traer a colación la STS STS 1053/2016, **13-de diciembre de 2016, en la que el trabajador indefinido no fijo de la Junta de Andalucía que tras obtener sentencia a su favor en un despido anterior en la que se declaró cesión ilegal y la nulidad del cese fue, posteriormente adscrito a una plaza de funcionario. Tras una reclamación del actor solicitando se le asignase una plaza laboral, y el derecho a participar en el proceso de consolidación de empleo previsto en el Convenio Colectivo, se le cesa porque la plaza ha sido adjudicada al funcionario que la ha obtenido tras la correspondiente oposición. El cese se considera despido que se califica como nulo por vulneración de la garantía de indemnidad.**

**El trabajador indefinido no fijo tiene derecho a ser indemnizado al cese de su relación laboral**

Si el trabajador indefinido no fijo es cesado por no superar el proceso selectivo de acceso que afectaba a la plaza que ocupaba, deberá ser indemnizado.

Actualmente la cuantía de la indemnización está fijada en 20 días de salario por año de servicio hasta un tope de 12 mensualidades (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2017 que se está aplicando por los juzgados y tribunales de lo contencioso para reconocer idénticas indemnizaciones al personal funcionario y estatutario declarado indefinido no fijo por fraude). Así mismo, en este punto podemos citar como ejemplos de sentencias **la de 19 de julio de 2017 (Rec. 4041/2015), en la que se produce el cese por la cobertura de la plaza y el TS establece el derecho a la indemnización por el fin del contrato en la cuantía de veinte días de servicio por año de servicio reiterando la sentencia del Pleno Sala IV de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015), y la sentencia de la Sala IV de 12 mayo 2017 (rcud. 1717/2015)** entre otras.

Como conclusión podemos plantearnos que la condición de indefinido no fijo, creada en un principio para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad, goza en la actualidad de un régimen de protección mayor que el del trabajador temporal en nuestra legislación y está produciéndose una extensión de la aplicación de dicha doctrina a supuestos inicialmente no previstos con su creación, desde el año 1996. ■

---

*“La condición de indefinido no fijo goza en la actualidad de un régimen de protección mayor que el del trabajador temporal en nuestra legislación y está produciéndose una extensión de la aplicación de dicha doctrina a supuestos inicialmente no previstos con su creación”*

---

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

# La mediación intrajudicial en el proceso Contencioso-Administrativo\*

*(\*) Extracto. Se podrá consultar el artículo íntegro  
en la Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*

**Marta Chamorro Oter**  
Abogado del Estado

## 1. Introducción

La implantación de la mediación intrajudicial en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es una realidad inminente, razón por la que es conveniente que todos los profesionales del mundo del Derecho, y especialmente nosotros que asumimos la representación y defensa en juicio de una Administración Pública, participemos en este proceso de cambio, para lo que es necesario en primer lugar, conocer en qué consiste la mediación, su espíritu y la forma en que se desarrolla, a partir de lo cual será posible ya elaborar un juicio crítico de este instrumento y su efectividad en el ámbito contencioso-administrativo.

Las reflexiones sobre la materia comenzaron en la Abogacía del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a raíz de una Providencia dictada por la Sección de Ejecución de Títulos Judiciales de la Sala de lo Contencioso-administrativo, en la que se nos informaba que se derivaba a mediación la ejecución de una sentencia que llevaba bastante tiempo pendiente, considerando que era un caso idóneo para testar las posibilidades de éxito del uso de la mediación intrajudicial en el proceso contencioso-administrativo. A partir de aquí son muchas las preguntas que surgieron, la primera de ellas si era obligatorio o no asistir a la sesión informativa de la mediación; en su caso, quién debía asistir y cuál era el funcionamiento y el desarrollo de este procedimiento.

Si bien es cierto que hay algunos órganos judiciales, como por ejemplo, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo número 2 y 3 de las Palmas de Gran Canaria, los Juzgados número 5 y 17 de Barcelona y los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Murcia que vienen aplicando ya la mediación, en el ámbito de la Comunidad de Madrid ésta es la primera vez que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia derivaba a mediación un asunto en el que estuviera implicada la Administración del Estado. Se entendía por la Sala que estando bloqueada la

ejecución de la sentencia de ese procedimiento, la intervención de un mediador podría ayudar a que las partes llegaran a un acuerdo sobre la mejor forma de llevar a efecto la ejecución. Sin embargo, a pesar de que la intención era buena, fracasó desde el mismo momento de la derivación, lo que fue debido, entre otras cosas, al desconocimiento del proceso por las partes y la falta de un marco regulador adecuado que garantizase su desarrollo en condiciones de legalidad y seguridad jurídica.

A pesar de lo efímero de este primer intento, la mediación en el proceso contencioso-administrativo no parece que vaya a ser flor de un día, sino que por el contrario ha venido para quedarse, y con esta finalidad se ha diseñado un proyecto piloto de implantación en el seno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con el que se pretende la instauración progresiva de la mediación en este orden jurisdiccional hasta su definitiva operatividad como una alternativa viable y a disposición de las partes y del órgano judicial para someter la resolución de las controversias que los administrados sostienen con la Administración.

Por ello, es nuestra responsabilidad, como Servicio Jurídico del Estado, profundizar en el estudio de la mediación y participar activamente en este nuevo sistema, aportando nuestro conocimiento y experiencia administrativa que sin duda resultará fundamental para definir el régimen jurídico de esta institución, sobre todo en lo que se refiere a los asuntos susceptibles de mediación, teniendo en cuenta la especial naturaleza de los intereses en conflicto en los procesos contencioso-administrativos y la sumisión de la Administración en su actuación al principio de legalidad, lo que dificulta en gran medida el encaje de la mediación en este orden jurisdiccional.

## 2. Concepto y principios básicos

Centrada la cuestión procede, en primer lugar, abordar el estudio del concepto de mediación para con posterioridad poner de manifiesto los problemas

---

*“Hay que comenzar indicando que nos estamos refiriendo a la mediación intrajudicial, es decir, la que tiene lugar una vez que el asunto ha sido judicializado y las partes se encuentran en un proceso contencioso-administrativo”*

que, a nuestro juicio, puede implicar su implantación en el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo.

Hay que comenzar indicando que nos estamos refiriendo a la mediación intrajudicial, es decir, la que tiene lugar una vez que el asunto ha sido judicializado y las partes se encuentran en un proceso contencioso-administrativo. Existe también la posibilidad de desarrollar una mediación previa, en la vía administrativa, habiéndose avanzado también bastante en este ámbito, destacando por ejemplo la labor desarrollada por el Ayuntamiento de Madrid que cuenta con una unidad de mediación a la que se deriva la resolución de ciertos asuntos administrativos mediables y que hasta hoy está dando importantes frutos<sup>1</sup>. Durante los once meses que este servicio ha estado en fase experimental, se ha alcanzado un 67% de acuerdo en los expedientes en los que todas las partes han participado en el proceso de mediación, habiéndose desarrollado mayoritariamente en el Área de Medio Ambiente y Movilidad, en lo relativo a la adopción de medidas para hacer cumplir normativas municipales en materia de instalación o elevación de chimeneas de humos, cese de ruidos de la maquinaria de los ascensores así como autorizaciones para acceder a viviendas para realizar mediciones.

Volviendo a la mediación intrajudicial, la definición nos viene dada en el Protocolo sobre mediación elaborado en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del que hablaremos posteriormente, como *“un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”*.

Como vemos la nota fundamental que define la mediación no es tanto la inter-

vención de un mediador como el hecho de que son las partes en el litigio las que alcanzan por sí mismas el acuerdo. El objetivo es ofrecer una solución eficaz y pacífica a los conflictos que surgen entre los ciudadanos y la Administración.

Los principios básicos que rigen la mediación son cuatro:

- **Voluntariedad.** La participación en un proceso de mediación es voluntaria, tanto para las partes como para el mediador, no existiendo obligación de participar ni de continuar en la mediación iniciada, como tampoco supone para las partes la obligación de llegar a un acuerdo.
  - **Imparcialidad.** Por lo que el mediador debe procurar el equilibrio e igualdad de las partes en todo el proceso, lo que resulta especialmente interesante en el ámbito administrativo, en el que tradicionalmente la Administración ostenta una posición de superioridad.
  - **Neutralidad.** Evitando posibles injerencias por parte del mediador, pues no corresponde al mediador adoptar decisiones sobre la resolución de la controversia, sino que son las partes las que adoptan el acuerdo por sí mismas.
  - **Confidencialidad.** Se trata de una obligación que se extiende al mediador, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes y que implica el deber de no revelar el contenido de lo actuado en el proceso de mediación. El respeto de la confidencialidad es un requisito imprescindible, puesto que, de fracasar la mediación, las partes han de tener la seguridad de que, de vuelta al proceso judicial, la información vertida en el clima de confianza del proceso mediador no va a ser utilizada en su contra.
- Por último, no podemos terminar de definir plenamente la mediación si no la diferenciamos de los demás medios alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje. La nota más característica de la mediación es, sin duda, el hecho de que son

---

*“La nota fundamental que define la mediación no es tanto la intervención de un mediador como el hecho de que son las partes en el litigio las que alcanzan por sí mismas el acuerdo”*

*“En la mediación, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje y la conciliación, las partes desarrollan un papel activo en la solución, son los actores del proceso. Esta es, por tanto, la nota diferenciadora de la mediación y también su principal bondad como mecanismo de solución de conflictos”*

las partes las que buscan la solución y el mediador se centra en rebajar la tensión y ayuda a generar la comunicación entre las partes, pero nunca da la respuesta al conflicto. En la mediación, a diferencia de lo que ocurre en el arbitraje y la conciliación, las partes desarrollan un papel activo en la solución, son los actores del proceso.

Esta es, por tanto, la nota diferenciadora de la mediación y también su principal bondad como mecanismo de solución de conflictos, puesto que es de sentido común reconocer que si son las partes las que buscan la solución por sí mismas, el acuerdo que puedan alcanzar será siempre mucho más satisfactorio para ellas que si viene impuesto por un tercero, ya sea en un proceso de conciliación, arbitraje o en el propio proceso judicial.

La pericia del mediador, por tanto, es fundamental para el éxito de la mediación, pero hemos de advertir que tal y como se ha configurado esta institución su papel se desarrolla más en el plano de lo psicológico, que en el plano jurídico. Para entenderlo, nos remitimos al *“Manual para Mediación Laboral”*<sup>2</sup> en el que se indica que buena parte del trabajo del equipo mediador consiste en crear una conversación nueva que oriente a las partes a salir de la situación de conflicto. En la mediación se necesitan palabras que *alienten, limpien, acojan, posibiliten, sanen, respeten, disculpen, aclaren, inviten, y abran puertas*. Positivizar consiste en eliminar impedimentos y barreras al proceso a través de pequeñas intervenciones que se hacen frecuentemente a lo largo de la mediación, actividades que van transformándose poco a poco el matiz de la conversación y la dinámica del conflicto.

De este modo, tanto la labor del mediador como el propio proceso de mediación, tiene mejor encaje en los litigios de carácter privado, entre particulares (ya sean personas físicas o jurídicas) puesto que en este tipo de conflictos hay una parte muy importante de emoción por los intereses económicos o personales

en juego, y por ello, rebajando la tensión, escuchando y positivizando se puede alcanzar un acuerdo. Sin embargo, resulta más complicado el éxito de la mediación en el ámbito administrativo, en que la controversia se suscita entre la Administración y los sujetos privados o entre varias Administraciones Públicas, las cuáles no es que “no tengan alma”, como en ocasiones se dice, sino que están sometidas al principio de legalidad y a la defensa del interés público, sin que haya una implicación emocional tan directa de la Administración en ello. Los representantes de la Administración que intervengan en el proceso de mediación se regirán por las instrucciones previamente recibidas sin que, por tanto, en estos casos la labor del mediador tenga tanta influencia en el resultado final. En los procesos contencioso-administrativos, por muy buena que sea la dinámica de la conversación creada por el mediador, llega un punto en que la Administración no puede hacer concesiones, debido a que está sometida al principio de legalidad y jerarquía de forma estricta.

De todo lo anterior, se desprende claramente cuál es el espíritu de la mediación: positivizar; idea de la que ha de partir nuestra reflexión sobre la compatibilidad de este medio de resolución de conflictos con la especial naturaleza del ámbito administrativo.

### **3. Régimen jurídico aplicable**

#### **3.1. Antecedentes normativos**

El estudio del régimen jurídico aplicable a la mediación intrajudicial contencioso-administrativa debe comenzar con el examen de los antecedentes normativos, los cuales adelantamos, se han desarrollado siempre en el ámbito del derecho privado, que como hemos apuntado es donde mejor encaje tiene esta figura.

La mediación opera ya en algunos sectores de nuestro ordenamiento como en el ámbito laboral donde se configura el intento de mediación o conciliación extrajudicial como un requisito previo necesario para la tramitación del pro-

ceso, contemplando también la conciliación intrajudicial (artículos 63 y 83 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social); o también en materia de propiedad intelectual (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual). En el ámbito del Derecho de Familia, sin duda alguna, es donde mayor desarrollo ha tenido esta institución (artículo 770 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil), pero también dentro del proceso civil general en el que se ha fomentado que las partes puedan alcanzar una solución extrajudicial en la fase de audiencia previa (artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Del mismo modo, dentro de su ámbito de competencias, las Comunidades Autónomas fueron pioneras en introducir una regulación de la mediación básicamente en el ámbito familiar. Es preciso hacer una mención especial al caso de la Comunidad Valenciana donde se está trabajando de forma muy intensa en este campo y se ha dictado recientemente la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana, con la que pretende extender su aplicación más allá del ámbito del derecho de familia dando un paso adelante hacia otros campos aparentemente heterogéneos como el sanitario, medioambiental, cooperativo, empresarial, comunitario o el administrativo.

El hito más importante en materia de mediación lo constituye la *Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles* que es una de las reformas procesales que se incluyó en el Plan de Modernización de la Justicia aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en el año 2008 con el fin de impulsar la mediación en el ámbito civil y mercantil. Esta Ley supone la incorporación al Derecho español de la Directiva CE 2008/52, si bien, no puede entenderse como una mera trasposición de la Directiva sino que propone una regulación más amplia. Diseña la mediación, no como un sistema complementario

dentro de la actividad judicial, sino como un sistema alternativo a ésta, donde el acuerdo de mediación se constituye como la “pieza esencial del modelo” toda vez que al acuerdo que resulta de la misma se le confiere condición de cosa juzgada y se le otorga fuerza ejecutiva como título suficiente para instar la ejecución forzosa.

Esta Ley ha sido desarrollada por el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, de Mediación que aborda cuatro aspectos esenciales: la formación del mediador, su publicidad a través de un Registro dependiente del Ministerio de Justicia, el aseguramiento de su responsabilidad y, finalmente, la promoción de un procedimiento simplificado de mediación por medios electrónicos.

Por tanto, como puede observarse la mediación en nuestro ordenamiento jurídico no es un mecanismo absolutamente nuevo, sino que se ha venido empleando para la resolución de los conflictos suscitados en el ámbito del derecho privado, sobre todo familiar, y que en los últimos años sí que ha recibido mayor atención por parte del legislador, a pesar de lo cual, no se ha dado aún el salto a una regulación propia para los asuntos administrativos.

### 3.2. Ausencia de regulación propia

La mediación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo sí que constituye una novedad y a pesar de contar en el ámbito del derecho privado con los antecedentes normativos expuestos, en lo contencioso-administrativo el único precepto con que contamos y que podría amparar jurídicamente su implantación es el Art. 77 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Este precepto dispone que: “1. *En los procedimientos en primera o única instancia, el Juez o Tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de al-*

*canzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.*

*Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.*

2. *El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.*

3. *Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros”.*

El precepto no habla de mediación de forma expresa, sino que habla de “*intento de conciliación*”, lo que algunos autores interpretan como una remisión tácita a la mediación, amparando su empleo al permitir que el órgano judicial pueda someter a la consideración de las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo.

El acuerdo alcanzado por las partes, como indica el precepto, debe recaer sobre materias susceptibles de transacción, lo que nos permite dejar ya una idea fundamental apuntalada y es que para que la mediación tenga cabida y pueda prosperar, debe operar sobre “materias susceptibles de transacción” o “derechos y obligaciones disponibles”, en caso contrario, no se podrá someter al acuerdo de las partes la controversia.

Podemos afirmar que en el campo de la mediación contencioso-administrativa el artículo 77 LJCA es el único sustrato normativo con rango legal que encontramos, sin que pueda admitirse la aplicación supletoria de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y

mercantiles, como se ha pretendido en algún caso ante la ausencia de una regulación concreta.

El propio Protocolo elaborado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se remite directamente en una parte importante de su regulación de la mediación contencioso-administrativa a la Ley 5/2012, de 6 de julio, obviando que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene unas características y connotaciones propias, derivadas de los sujetos del proceso y su distinta supremacía jurídica, por lo que la ausencia de regulación normativa propia no debe suplirse mediante una remisión normativa a la Ley que regula la mediación en el ámbito del derecho privado, sino a través de la adopción de una disposición normativa ad hoc.

Esta tesis fue, además, la sostenida por el Consejo de Estado en el Dictamen del Expediente 2222/2010 en el que se informaba sobre el *“Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”*. Este Dictamen resulta suficientemente expresivo de la intención con la que finalmente se aprobó la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, limitándola de forma intencionada al ámbito civil y mercantil, ya que en ese momento se planteó ya en el anteproyecto de la Ley como una opción la de extender la aplicación de la Ley a los litigios contencioso-administrativos mediante la introducción de una modificación en el Art. 77 LJCA, lo que sin embargo, fue finalmente desechado con un razonamiento muy acertado. Como apuntaba el Consejo de Estado, una decisión tan relevante como es la de extender la mediación al ámbito administrativo y que constituía una absoluta novedad en nuestro ordenamiento jurídico, requería dotar a tal figura de una regulación sustantiva propia, en la que habrían de ponderarse las notorias especialidades que en el ámbito administrativo presenta en relación con la esfera civil y mercantil.

De hecho, todos los casos en los que se ha introducido en nuestro ordena-

miento jurídico la posibilidad de alcanzar soluciones convencionales han sido rodeadas de una regulación ad hoc, lo que parece también que debe ser el camino a seguir a propósito de la instauración de la mediación en el orden contencioso-administrativo. Esta regulación propia, además, es absolutamente necesaria puesto que deberá definir las materias en que es posible la aplicación de la mediación, lo que no queda cubierto por la remisión al derecho privado. Igualmente deberá diseñar el procedimiento que ha de seguirse para que el proceso se desarrolle correctamente y con todas las garantías, teniendo en cuenta que en este ámbito hay un actor muy especial que es la Administración Pública.

La improcedencia de articular una regulación por la vía de la remisión deriva también de la propia regulación contenida en el apartado segundo del artículo dos de la propia Ley 5/2012, de 6 de julio, que expresamente excluye de su ámbito de aplicación la mediación con las Administraciones Públicas en todo caso. El legislador español excluye la mediación con las Administraciones Públicas *“en todo caso”*, y por tanto, de forma mucho más categórica que el legislador comunitario, que en la Directiva 2008\52\CE declaraba que *“No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos, ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (acta iure imperii)”*.

El tenor literal del artículo 2 de la Ley es claro, por lo que no cabe entender que el legislador español, por error, no ha concretado si pretende excluir todos los actos de la Administración o únicamente los actos iure imperio, pero que realmente el sentido que debe darse a esta exclusión es el mismo que el de la Directiva. Como hemos advertido anteriormente, la Ley 5/2012 ha sido pensada y articulada de forma independiente a la Directiva, conteniendo una regulación más amplia no limitándose a la mera trasposición, por lo que no se puede extender por analogía la exclusión allí contenida.

Por último, la intención del legislador al excluir de su ámbito de aplicación ciertas materias también queda explicada en la Exposición de Motivos de la Ley 5/2012 en la que se declaraba que *“las exclusiones previstas en la presente norma no lo son para limitar la mediación en los ámbitos a que se refieren sino para reservar su regulación a las normas sectoriales correspondientes”*. Por tanto, como vemos, no se niega que la mediación pueda operar en esos ámbitos, sino que simplemente se indica que su regulación no está contenida en esta Ley y que deberá ser abordada en una norma propia.

Por lo tanto, si el legislador excluye la mediación con las Administraciones públicas del ámbito de la Ley 5/2012 con el fin de reservar su regulación a las normas correspondientes, será de suyo abordar esta tarea normativa dotando a la mediación contencioso-administrativa de una regulación propia, que atienda a las singularidades que se derivan de la propia dinámica en la que se desenvuelve el derecho administrativo y con las directrices necesarias para resolver las dificultades que conlleva utilizar la mediación en un escenario de derecho público en el que existe, a priori, una situación de desigualdad real entre las partes, como consecuencia de la prerrogativa administrativa y la sumisión al principio de legalidad.

No parece razonable, por tanto, que en este momento los partidarios de emplear la mediación con las Administraciones Públicas simplifiquen el problema de la ausencia de regulación por la vía de la remisión a la Ley 5/2012, siendo muchas las razones por las que hemos visto que no resulta admisible esta posibilidad.

### 3.3. Protocolo de mediación

Precisamente la falta de un sustento normativo adecuado es lo que ha llevado, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, a la elaboración del Protocolo *“Infraestructura organizativa de la mediación conectada a los Juzgados y Tribunales”*.

de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid”, a iniciativa de la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo y de la Secretaría de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El objetivo de este Protocolo, según se indica en el mismo, es crear una infraestructura administrativa de carácter funcional, que facilite el desenvolvimiento de la mediación intrajudicial en la jurisdicción contencioso-administrativa y poner en marcha el proyecto piloto de mediación que se va a desarrollar al amparo del Convenio celebrado entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid, para aplicar la mediación a los conflictos con la Administración Pública celebrado el 20 de junio de 2017. Este Convenio de colaboración se ha prorrogado por un año más, según acuerdo adoptado el pasado día 7 de junio de 2018<sup>3</sup>.

Lo que se pretende con este Protocolo es, por tanto, la implementación de un plan piloto de procesos de mediación, a raíz de los cuales obtener suficientes datos como para posteriormente ser capaces de elaborar una norma que regule la mediación en el ámbito contencioso-administrativo. Sin embargo, este planteamiento de “empezar la casa por el tejado” resulta contrario a los más básicos principios de seguridad jurídica y de legalidad. Se propone a las partes que se sometan a un proceso de mediación sin un sustento normativo, más allá del Protocolo, que le des la seguridad y garantía necesarias, por un lado, para tener la certeza de que se van a seguir los trámites y reglas del procedimiento, lo que es imprescindible en un proceso en el que recordemos que el acuerdo que se adopte será ejecutivo y vinculante para las partes; y, por otro, que en caso de fracasar la mediación, de vuelta al proceso judicial, se cuenta también con ciertas garantías como el respeto a la confidencialidad de la información conocida en mediación.

#### **4. Disponibilidad de los derechos y obligaciones de la Administración Pública**

No podemos hablar de mediación con la Administración Pública sin abordar la cuestión relativa a la disponibilidad de los derechos y obligaciones en conflicto, ya que como hemos apuntado previamente, si hay un punto en común en toda regulación de la mediación es la premisa de la disponibilidad de los bienes y derechos litigiosos, por lo que habrá que analizar si esto puede afirmarse cuando una de las partes es una Administración Pública.

Adelantamos que son numerosas las previsiones normativas que establecen la indisponibilidad como principio rector, habiendo abordado esta cuestión de forma muy interesante el Tribunal Supremo<sup>4</sup> declarando que esto es así porque el principio dispositivo, inherente a la transacción, el arbitraje y la mediación, termina donde comienza la vinculación indisponible al Derecho imperativo al que la Administración no puede dejar de sustraerse, siendo expresión gráfica de esta regla el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, PACAP, que establece gráficamente que las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho Público como privado “siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción”. En consecuencia, la viabilidad jurídica de esta institución únicamente será posible en aquellos supuestos legalmente admisibles, que son precisamente aquellos en los que no están en juego potestades y normas sobre cuya vigencia y operatividad no hay margen de disposición.

Y esto que se acaba de decir no es sólo predicable de la relación jurídica de Derecho Público, sino que también se proyecta sobre las relaciones de Derecho Privado de la Administración, porque también en dichas relaciones la presencia e intervención de la Administración impone la toma en consideración de principios y reglas específicos, no extensibles

---

*“No podemos hablar de mediación con la Administración Pública sin abordar la cuestión relativa a la disponibilidad de los derechos y obligaciones en conflicto, ya que como hemos apuntado previamente, si hay un punto en común en toda regulación de la mediación es la premisa de la disponibilidad de los bienes y derechos litigiosos, por lo que habrá que analizar si esto puede afirmarse cuando una de las partes es una Administración Pública”*

**“La indisponibilidad de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado y de la Hacienda Pública Estatal es el primer impedimento material que nos encontramos para implementar la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, pues las previsiones anteriores impiden su aplicación en muchos de los conflictos sostenidos con la Administración”**

al régimen común, como los de la interdicción de la arbitrariedad y consiguiente control de la actuación discrecional (art. 9.3. CE); servicio de intereses generales, objetividad y legalidad (art. 103.1 CE). Toda actividad administrativa, también en la que se desenvuelve en régimen de Derecho privado, se encuentra siempre y por principio teñida por la finalidad del interés general, y eso determina que la definición y la dinámica de esa relación no pueda ser nunca idéntica a la que se aplica en las relaciones estrictamente particulares. Al contrario, la intervención de la Administración Pública en el tráfico jurídico, tanto público como privado, precisará siempre de un sustrato jurídico que salvaguarde eficazmente la subsistencia de esos principios generales constitucionales garantizados, que, en otro caso, podrían no verse suficientemente protegidos, con perjuicio último para la sociedad a la que la Administración sirve.

Desde esta perspectiva, se explica la regulación contenida en el Art. 31 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones o en el Art. 7 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que prohíben respectivamente la transacción judicial y extrajudicial sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado, y sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal. Es cierto que no se trata de una prohibición absoluta, puesto que sí permite la transacción cuando exista acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno, si bien se trata de unas exigencias formales estrictas difíciles de compatibilizar con la agilidad que se predica de la mediación y que aun siendo cumplidas no permiten de forma incondicionada la transacción sobre cualquier cuestión que afecte a estos bienes, sino que solamente será posible en aquellas sobre las que exista poder de disposición.

En consecuencia, la indisponibilidad de los bienes y derechos del Patrimonio del Estado y de la Hacienda Pública Estatal es el primer impedimento material

que nos encontramos para implementar la mediación en el ámbito contencioso-administrativo, por lo que la norma que se dicte para su regulación deberá definir de forma exacta su ámbito material, pues las previsiones anteriores impiden su aplicación en muchos de los conflictos sostenidos con la Administración.

### **5. Ámbito material de aplicación**

La premisa para la aplicación en la práctica de la mediación es la definición previa de su ámbito material, lo que no constituye una tarea nada sencilla pero que es fundamental para terminar con la inseguridad jurídica actualmente existente.

En el Protocolo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se ha optado por realizar una enumeración muy amplia de las materias y tipología de asuntos en los que se consideraba que podría operar la mediación, indicando expresamente que no se trataba en absoluto de una lista cerrada de materias realizada con ánimo exhaustivo. A pesar de su amplitud, esta enumeración es bastante útil como punto de partida para reflexionar sobre este punto. En mi opinión, sería muy aconsejable dar voz a los expertos en las diferentes áreas administrativas para que puedan contribuir con su propia experiencia práctica a la definición del ámbito de aplicación, exponiendo las posibilidades de éxito real que un instrumento como este puede tener en cada campo de actuación.

El ámbito material definido en el Protocolo comprende la enumeración de materias que veremos a continuación, sin que proceda en este momento, por razones de brevedad, entrar en el análisis de las dificultades que a priori representa la aplicación de la mediación en cada uno de estos casos. Procede, sin embargo, enunciarlas con la finalidad de que el lector pueda realizar ya una breve reflexión sobre la efectividad que podría tener la intervención de un mediador en cada uno de estos casos y si es posible encontrar para ellos en nuestro ordenamiento jurídico ya otras vías de solución eficaz:

- *La fijación de la cuantía de indemnizaciones, justiprecios, compensaciones o rescates.*
- *Legislación urbanística, medio ambiente y ordenación del territorio, así como la concreción de magnitudes, parámetros y estándares en la aplicación de dicha legislación.*
- *Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.*
- *La inactividad de la administración, la vía de hecho y el silencio administrativo.*
- *La ejecución de medidas en la potestad disciplinaria y sancionadora de la Administración.*
- *Ejecución de sentencias.*
- *Función Pública.*
- *Recaudación ejecutiva por vía de apremio de tributos o ingresos de derecho público cuando el deudor haya sido declarado en concurso.*

Según la enumeración anterior contenida en el Protocolo, la mediación tendría cabida prácticamente en cualquier conflicto con la Administración Pública lo que no se corresponde con la realidad, y constituye la prueba evidente de que la definición del ámbito material de la mediación en la jurisdicción contencioso-administrativa, que es lo más importante para comenzar su aplicación, se encuentra todavía en una fase muy primitiva y requiere una profunda reflexión y estudio previo que todavía no se ha realizado.

## **6. Problemas prácticos de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa**

Las bondades que se predicán de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa en el Protocolo del Tribunal Superior de Justicia son muchas, declarando que constituye un elemento de dinamización de la actividad de los Tribunales Contencioso-administrativos y un instrumento de modernización de la Administración de Justicia. Asimismo se indica que es una institución que promueve el diálogo directo entre los ciudadanos y la Administración, lo que re-

dunda en una mejor “imagen” de la Administración Pública, más cercana y que debe servir para introducir en las prácticas de las Administraciones Públicas los paradigmas de racionalidad, objetividad, transparencia, motivación y eficiencia, que configuran el deber de buena administración reconocido como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

No obstante, el régimen hasta ahora diseñado adolece de profundas debilidades que enumeraremos brevemente a continuación, y que no pueden ser ignoradas sino que por el contrario, las Administraciones Públicas antes de aventurarse en este nuevo camino, deben ser muy conscientes de los problemas que entraña la implantación de los procesos de mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo, ya que únicamente de este modo se conseguirá encauzar el proceso de cambio y conseguir, en su caso, un sistema real, disponible y exitoso.

### **a) Agilidad**

La mediación se presenta como un medio para reducir la proliferación de recursos innecesarios y ofrecer una fórmula más rápida de resolución de numerosos conflictos que los ciudadanos tienen con la Administración. No obstante lo anterior, la introducción de la mediación intrajudicial en sí misma no elimina la sumisión del administrado al régimen de recursos administrativos, por lo que para que suponga una verdadera agilización de los procesos debería ir unida al desarrollo de una mediación en la vía administrativa previa, evitando de esta forma que los asuntos lleguen a la vía judicial, y obteniendo los administrados una solución satisfactoria desde el primer momento.

Asimismo, es necesario evitar que lejos de la agilidad pretendida la mediación se convierta en la práctica en una estrategia para dilatar aún más los procesos judiciales, y ello porque se prevé que las partes al someter su proceso ju-

dicial ya iniciado a mediación, pueden pedir la suspensión del proceso principal, el cual recordemos será posteriormente reanudado si no hay un acuerdo, pero habiendo obtenido entretanto de forma sencilla la suspensión del pleito sustrayéndose al tradicional régimen de suspensión cautelar.

### **b) Coste**

No podemos dejar de referirnos al coste que supondrá el desarrollo de los procesos de mediación, por un lado, en cuanto a los costes en que tendrán que incurrir las partes para asistir al proceso de mediación, puesto que desde que se cita a la sesión informativa se aconseja que acudan acompañadas de sus Letrados, por lo que deberán satisfacer a los abogados los honorarios de asistencia jurídica que se devenguen durante este proceso de mediación, al igual que si se encontrasen en un proceso judicial, con el agravante de que si posteriormente continúa el proceso judicial por fracaso de la mediación, a los gastos derivados de asistencia jurídica en el proceso de mediación se unirán los honorarios de las actuaciones de los letrados propias de todo proceso judicial, por lo que finalmente se terminará incrementado la minuta a pagar.

Asimismo, no existe en este ámbito una regulación sobre el régimen de distribución de gastos equiparable a las costas de los procesos judiciales, por lo que, en principio, se entiende que los costes incurridos por cada parte serían de su exclusivo cargo.

Por último, la mediación requiere la intervención de un mediador y la disponibilidad de unas instalaciones donde llevarla a cabo, por lo que habrá que determinar quién va a asumir el coste del proceso, de las instalaciones donde se desarrolle, y sobre todo quién paga al mediador. En un principio en el Protocolo se indica que la mediación se va a realizar *MedialCAM* (unidad de mediación del Colegio de Abogados de Madrid) de forma gratuita, si bien, entendemos que llegará un momento en que la interven-

**“Las Administraciones Públicas deben ser muy conscientes de los problemas que entraña la implantación de los procesos de mediación en el ámbito administrativo y contencioso-administrativo, ya que únicamente de este modo se conseguirá encauzar el proceso de cambio y conseguir, en su caso, un sistema real, disponible y exitoso”**

ción de los mediadores empezará a ser retribuida, en cuyo caso, habrá que aclarar estas cuestiones.

#### **c) Seguridad jurídica**

La seguridad jurídica entendida como la claridad y no la confusión normativa es inconciliable con el régimen jurídico que actualmente ampara la mediación contencioso-administrativa, de modo que mientras no contemos con una regulación normativa propia, sistemática y detallada de la mediación intrajudicial contencioso-administrativa no podemos hablar de seguridad jurídica, y ello porque ni el ámbito material está definido con precisión, por lo que las partes no tienen certeza alguna sobre los supuestos en que se aplicará la mediación, ni tampoco se han definido normativamente las condiciones en que se desarrollara el proceso.

#### **d) Igualdad**

Merece una reflexión aparte la incidencia que puede tener la ejecutividad de los acuerdos derivados de un proceso de mediación en la efectividad del principio de igualdad en la aplicación del derecho administrativo, y ello porque ante dos supuestos idénticos la solución adoptada puede ser distinta, haciéndola depender de la pericia del mediador, de la voluntad de las partes para alcanzar un acuerdo y en último término del éxito de la mediación en cada caso.

#### **e) Transparencia**

Otra cuestión que preocupa bastante desde el punto de vista administrativo es la relativa a la falta de transparencia del proceso de mediación, lo que debe ponerse en relación con la “Confidencialidad”, que como hemos analizado es uno de los principios rectores del proceso de mediación.

El hecho de que el proceso se desarrolle en este clima de confidencialidad, fuera de las tradicionales salas de vistas de los Juzgados, incluso en la propia sede del mediador, sin que se esté grabando lo que ocurre durante las sesio-

nes, puede dar al traste con los logros en materia de transparencia obtenidos por las Administraciones Públicas, pudiendo ponerse en duda en algunos casos las condiciones en las que se han alcanzado algunos acuerdos o la oportunidad de los mismos, lo que es del todo punto indeseable.

#### **f) Voluntariedad**

La voluntariedad del proceso de mediación ha sido reconocida como uno de los principios rectores de esta institución, si bien, al mismo tiempo el Protocolo prevé que la falta de asistencia injustificada de las partes a la sesión informativa podría considerarse contraria a la buena fe procesal. Esto genera indefensión a los actores del proceso, que se verán obligados a acudir a la sesión informativa siempre que se les derive a mediación, incluso en aquellos casos en que la derivación haya sido realizada de forma incorrecta por parte del órgano jurisdiccional en un asunto en que claramente no sea posible alcanzar un acuerdo, o en aquellos en que la parte contraria este solicitando la mediación como mera estrategia procesal con una intención claramente dilatoria para obtener la suspensión del proceso judicial, sin que exista trámite alguno para oír a las partes con carácter previo.

Esta falta de voluntariedad y el hecho de que esté en marcha ya el proyecto piloto de implantación, determina igualmente que debamos adoptar lo antes posible una posición institucional como servicio jurídico del Estado manifestando qué participación podemos y queremos asumir en este tipo de procesos, lo que supone, entre otras cosas, plantear quien debería acudir a las sesiones informativas de mediación a las que vamos a ser citados próximamente, si corresponde a un representante del organismo que sea parte en el procedimiento, a los servicios jurídicos del organismo o directamente al representante del servicio jurídico del Estado, Comunidad Autónoma o Ayuntamiento respectivo.

### **g) Margen de actuación de los Servicios Jurídicos de las Administraciones Públicas**

Por último, debemos analizar el margen de actuación del que disponemos sobre los bienes y derechos en conflicto si participamos en los procesos de mediación.

El Protocolo sobre mediación intrajudicial contencioso-administrativa pretende dar solución a este problema de forma sencilla, pero sin tomar en consideración la normativa propia que rige la actuación de cada servicio jurídico, y expresa lo siguiente:

- *El acuerdo de mediación intrajudicial deberá ser autorizado por la autoridad competente cuando afecte directamente a bienes y derechos de la Hacienda Pública.*
- *No será necesaria la autorización y bastará la intervención del Abogado del Estado o representante legal de la Administración cuando el acuerdo de mediación intrajudicial se refiera a:*
  - *i. Afectaciones patrimoniales indirectas y asuntos de menor cuantía que no alcancen el límite de cuantía casacional.*
  - *ii. Reclamaciones de cantidad, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial de la Administración.*
  - *iii. Las demás previstas en la Ley.*

No obstante, la cuestión entraña mayores dificultades que las contempladas en el Protocolo. Concretamente, para el caso de la Abogacía del Estado, el Art. 7 de nuestra Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, indica la necesidad de recabar “*autorización expresa de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente*” para disponer de la acción procesal.

Para poder llegar a un acuerdo en mediación debemos cumplir con las formalidades previstas en el precepto transcrito, contando con la preceptiva autorización de la Dirección del Servicio Jurídico del

Estado con informe previo del organismo o entidad pública correspondiente. Esto plantea como primer problema, la necesidad de definir el momento en que deberá ser recabada la autorización y el informe del organismo, si previamente a las sesiones de mediación o con posterioridad una vez adoptado el acuerdo y en qué plazo. Del mismo modo exige una comunicación dinámica entre el organismo o departamento implicado y el servicio jurídico de la Administración de que se trate, para recabar con rapidez las instrucciones oportunas para la negociación, lo que en ocasiones, como sabemos, resulta difícil de gestionar internamente dado el volumen de la actividad administrativa y la gran dispersión departamental existente.

En definitiva, podemos concluir afirmando que si bien son muchas las bondades de la mediación también son muchas las dificultades y extremos que al no estar perfectamente perfilados, alejan a las Administraciones Públicas de su participación en este tipo de procesos y amenazan su pervivencia a largo plazo.

### **7. Conclusión**

De lo expuesto en los apartados anteriores, resulta una idea fundamental y es que la implantación de la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso-administrativo es una realidad inminente. Se trata de una nueva forma de entender la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y la Administración o las Administraciones Públicas entre sí, pero que tiene aún un largo camino por delante para conseguir su efectividad, al menos, en el ámbito judicial y a nivel de la Administración General del Estado.

La gestión del cambio es el punto más importante y a la vez el más complicado de todo el proceso, por lo que es nuestra responsabilidad como operadores del derecho administrativo abordar su estudio en profundidad, para posteriormente participar activamente en el proceso de introducción de la mediación en la dinámica administrativa y contenciosa.

Es esencial que contemos con un marco normativo que termine con la in-

*“Se trata de una nueva forma de entender la resolución de los conflictos entre los ciudadanos y la Administración o las Administraciones Públicas entre sí, pero que tiene aún un largo camino por delante para conseguir su efectividad, al menos, en el ámbito judicial y a nivel de la Administración General del Estado”*

seguridad jurídica que existe actualmente, con una regulación por remisión o de valor infranormativo como es el Protocolo al que tantas veces nos hemos referido en este artículo. Es una necesidad de primer orden elaborar una Ley sobre mediación intrajudicial contencioso-administrativa propia, en la que quede definido el ámbito material de aplicación, el procedimiento y las condiciones en que se desarrollará con todas las garantías necesarias. Igualmente, es preciso crear un procedimiento en el que se hayan depurado todos los problemas que hemos analizado y que dificultan la actuación de las Administraciones Públicas con sujeción a los principios constitucionales que orientan su actuación.

La implementación de la mediación en el ámbito administrativo y el hecho de que existan ya experiencias de mediación administrativa que se están desarrollando a nivel local con éxito, por ejemplo, en el seno de Ayuntamientos, debe conducir también a las Administraciones a realizar autocrítica a nivel interno. Así, si determinados conflictos con la Administración se están resolviendo satisfactoriamente para el administrado simplemente mediante un acercamiento de la Administración, dándoles voz, escuchando sus peticiones y flexibilizando ciertas exigencias, esto indica que algo se está haciendo mal y que no están funcionando los trámites de audiencia o de alegaciones con que actualmente cuentan los procedimientos administrativos, convirtiéndose en meros trámites rituarios, pero sin una efectividad real. Esto no significa que la única manera de conseguir la satisfacción de los administrados con el proceder administrativo sea creando unidades de mediación en cada organismo, sino precisamente lo contrario. Seguramente se trata de mejorar simplemente la actuación administrativa dentro de la dinámica y los procedimientos administrativos tradicionales, donde podemos encontrar otras fórmulas que ayuden a la Administración a cumplir sus fines de interés general, con sumisión a la legalidad pero de forma más dialogada y empática con el administrado. ■

## 8. Bibliografía

- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.
- Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid para aplicar la mediación en el ámbito de los conflictos con la Administración Pública, de 20 de junio de 2017.
- Renovación del Convenio entre el Consejo General del Poder Judicial y el Colegio de Abogados de Madrid

para aplicar la mediación en el ámbito de los conflictos con la Administración Pública, de 7 de junio de 2018.

- *Guía Práctica para la Mediación Intrajudicial*, Consejo General del Poder Judicial.
- *Infraestructura organizativa de la Mediación conectada a los Juzgados y Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Madrid*. Tribunal Superior de Justicia de Madrid.
- Dictamen del Consejo de Estado, Expediente 2222/2010, sobre el “Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles”.
- Munduate, L. Butts Griggs, T, Medina, F.J. Roberto Martínez-Pecino. *Manual para la mediación laboral*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 143-167.

## NOTAS

1) <https://diario.madrid.es/blog/notas-de-prensa/el-ayuntamiento-de-madrid-pionero-en-la-creacion-de-una-unidad-de-mediacion-administrativa/>.

2) Munduate, L. Butts Griggs, T, Medina, F.J. Roberto Martínez-Pecino. Capítulo XI: Creando una conversación nueva: Positivizando la dinámica. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL), 143-167.

3) Página web del Consejo General del Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Convenios>.

4) Sentencia número 2039/2017, de 20 de diciembre, Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Recurso de casación 1715/2015).