

# Abogados del Estado

Año IX, Número 33 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN



## La II Reforma Constitucional

Breve apunte con alguna perplejidad

Por **Jesús García Torres**



Nuevo régimen de silencio negativo en las licencias

Pág. 14



Emergencias Consulares: españoles en el extranjero

Pág. 20



[www.asoc-abogadosdelestado.es](http://www.asoc-abogadosdelestado.es)  
[www.abogadosdelestado.com.es](http://www.abogadosdelestado.com.es)  
[www.abogadosdelestado.com](http://www.abogadosdelestado.com)

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

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

## Editorial

Surge este número en plena época de expectativa ante la aparente transición. Debemos, en consecuencia y sin falsa humildad, decir lo que pasará. Probablemente cambiará el Gobierno, probablemente el cambio en la cabecera de Justicia dará lugar al cambio en su organigrama y por tanto en la Abogacía General. Probablemente llegará un nuevo Abogado General del Estado y probablemente todos sabíamos quién iba a ser antes de su nombramiento entre una pléyade de hipotéticos candidatos aunque antes nadie lo dijera abiertamente. Probablemente, al día siguiente de estos cambios, nadie habrá cambiado la fecha de la vista en el Juzgado y a nadie le habrán retirado esa petición de informe consistente en resolver ese asunto acerca de un patrimonio yacente por todos discutido, en época remota expropiado y por unos extraños disfrutado. Nadie nos habrá cambiado la hora del despertador, nadie nos habrá quitado el atasco o el desayuno matutino –esto va por “territorios” y por caracteres–, nadie nos habrá dado la plaza anhelada ni cesado de la plaza discutida. Para casi todos, el cambio tendrá el mismo efecto resonante de la caída del árbol en la fría estepa siberiana sobre un úrsido en peligro de extinción –que no digo que no exista esta posibilidad, pero mientras no me toque no lo buscaré en la Wikipedia o enciclopedia, esto también, según caracteres–.

En definitiva, a casi nadie nos pasará nada ¿para qué preocuparse? Y sin embargo lo hacemos, lo hacemos porque nos importa, nada más. Nos preocupa porque somos un colectivo, un Cuerpo más que centenario que ha subsistido en todo tipo de climas políticos, regímenes democráticos y de los otros, movimientos ministeriales de adscripción, incompatibilidades, atribución y eliminación de competencias... y siempre hemos estado allí, preocupándonos y trabajando porque la agenda no nos la cambian, porque los problemas del Estado necesitan asistencia jurídica y porque algo de Estado somos o al menos le servimos.

Mis condolencias a los úrsidos de la fría Siberia si es que existen. ■



## Staff

### Edita

#### Asociación de Abogados del Estado

C/ Ayala, nº 5 – 28001 Madrid

Teléfonos: 913 904 717 – 915 780 173

Fax: 913 904 740

### Consejo Editorial

Jorge Pipaón

Edmundo Bal

Julio Díez

Jesús López-Medel

Catalina Miñarro

José Ignacio Monedero

Alfredo Parra

Federico J. Ramos

Ignacio Ruiz

Tomás Suárez-Inclán

### Dirección y Diseño Gráfico

Art Factory Comunicación S.L.

C/ Torquemada 16 4º. 28043 Madrid

www.artfactory.es

artfactory@artfactory.es

### Fotografías

www.congreso.es

www.lamoncloa.gob.es

www.aecid.es

### Coordinador técnico

Luis Soriano

fotocomposicion@ibernet.com

### Imprenta y distribución

Gráficas Cañizares

C/ Pérez Herrera, nº 7. 28002 Madrid

Teléfonos: 914 156 886 / 914 151 864

composicion@canizares.com

Depósito Legal: M-21263-2003

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

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

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

## Sumario

### Actualidad

La II Reforma Constitucional: breve apunte con alguna perplejidad ..... 6

### Opinión

Nuevo régimen de silencio negativo en las licencias ..... 14

Emergencias consulares ..... 20

Odio eterno al fútbol moderno ..... 24

### Crónica

Breves ..... 23

### Cine

Comentario de la película "La Tapadera" ..... 30

### Libros

Mitos del pensamiento dominante. Paz, Democracia y Razón ..... 36

A Long Quest for Freedom. Fifteen ex soviet countries in search their individual identities/Gorbachov, Ocaso y Caída del Imperio Rojo ..... 38

### Cocina

Rabo de toro ..... 39

### Cultura

El arte de Ricardo Renedo ..... 40

### Solidaridad

Asociación Semilla para la Integración Social ..... 42

## Cuadernillo jurídico

Alfonso Melón Muñoz

*División horizontal de edificios y licencia municipal Notas en torno*

*a la función del artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio* ..... 2

Ana Belén San Martín Ontoria

*Comentario de la sentencia del Tribunal de Justicia*

*de las Comunidades Europeas, sala segunda, de 22 de diciembre de 2010* ..... 22

Rafael Andrés León Cavero

*Comentario de la sentencia de 13 de septiembre de 2010, dictada*

*por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional,*

*sección octava. Anulación de resolución que fija servicios mínimos ferroviarios* ..... 28

# EL MISTERIOSO CASO DE LAS FACTURAS MENGUANTES

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

NUEVA CUENTA NÓMINA

## EL ESTIRÓN

# 6% de descuento

en los recibos del hogar el primer año, para nuevos clientes<sup>1</sup>. Benefíciate de una bonificación de **hasta 42 euros cada mes**.

Además, **sin comisiones** de administración y mantenimiento, con las tarjetas VISA y 4B MasterCard **gratis** y con un adelanto de la nómina de hasta 1.800 euros<sup>2</sup>, **sin ningún gasto**.

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

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

<sup>2</sup> Sujeto a los análisis de riesgo de los clientes.



grupobancopopular.es



grupobancopopular.mobi



902 301 000

 BANCO  
POPULAR

# La II Reforma Constitucional: breve apunte con alguna perplejidad

Jesús García Torres | Asesor Técnico – Unidad de Apoyo

**E**n el número 233 del BOE del martes 27 de septiembre de 2011 se publicó la II Reforma Constitucional. Ese mismo día había aparecido el número 232 del periódico oficial del Estado, en el que figuraba el Real Decreto de disolución del Congreso y del Senado elegidos el 9 de marzo de 2004 (IX legislatura).

La publicación de la II Reforma Constitucional se ha hecho con apropiada solemnidad: el texto en español aparece con los facsímiles de los autógrafos de Su Majestad y del Presidente del Gobierno refrendante. La Reforma aparece también “en las demás lenguas de España”, entendiéndose por tales el vasco, el catalán, el gallego y el valenciano. Sorprende, no obstante, que el texto oficial lleve la sencilla intitulación “Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011”, mientras que las versiones en idiomas regionales se rotulan (traduzco de los otros romances al castellano) como “Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, aprobada por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados, de 26 de agosto de 2011, y del Senado de 7 de septiembre de 2001. Sancionada por Su Majestad el Rey el 27 de septiembre de 2011”. Ocurre, sin embargo, que el Congreso no aprobó la proposición de Reforma el 26 de agosto sino el 2 de septiembre de 2011<sup>1</sup>. El 26 de agosto

es la fecha que lleva la proposición de Reforma presentada por los Grupos Parlamentarios Socialista y Popular y en que la Presidencia del Congreso la admitió.

El texto de la Reforma consta, aparte del encabezamiento promulgatorio (“sábado”), de exposición de motivos y una parte dispositiva. Contiene esta última un artículo único mediante el que recibe nueva redacción el art. 135 CE, una “disposición adicional única” y una “disposición final única”, a la que sigue la cláusula final “Por tanto, mando...”, que completa la promulgatio. La **disposición final única** establece el día inicial de vigencia (“el mismo día de la publicación de su texto oficial en el Boletín Oficial del Estado”) y el mandato de publicación en “las demás lenguas de España”. Se distinguen así el “texto oficial” y la publicación en “las demás lenguas de España”, confirmando que el primero es el que está en castellano o español (art. 3.1 CE).

## LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 7, ha resaltado que la carencia de “valor normativo” de los preámbulos y exposiciones de motivos “no equivale a carencia de valor jurídico”. Tienen un “valor jurídicamente cualificado como pauta

de interpretación” de la parte dispositiva, aunque esta condición de “interpretación cualificada” no entraña restricción para el intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal Constitucional (similarmente STC 67/2011, de 7 de mayo, FJ 3). No podemos, pues, dispensarnos de una rápida ojeada a los cinco párrafos que componen la exposición de motivos, cuya pulcritud léxica, sintáctica y estilística dejaremos al buen juicio del lector.

Según el **primer párrafo**, la “estabilidad presupuestaria” posee “valor estructural y condicionante” no sólo para “el mantenimiento y desarrollo del Estado Social” sino hasta para la simple “capacidad de actuación del Estado” y “la prosperidad presente y futura de los ciudadanos”, y que todo ello justifica su “consagración constitucional”. No es una declaración que sorprenda en los tiempos que corren. Mayor interés reviste la siguiente aseveración con la que se cierra el párrafo: con la “consagración constitucional” de la estabilidad presupuestaria el legislador de reforma se propone “limitar y orientar, con el mayor rango normativo, la actuación de los poderes públicos”. De este modo, la estabilidad presupuestaria –tal y como quede configurada por el nuevo art. 135 CE y **por su ley orgánica de desarrollo**, que reúne todas las apariencias para



integrarse en el bloque de la constitucionalidad como lo está la LOFCA (art. 28.1 LOTC)– es un **límite** constitucional, de manera que su contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad. Pero la estabilidad presupuestaria es además una **orientación** constitucionalmente vinculante, la prescripción de un programa constitucional obligatorio para la actividad financiera pública.

Tras referirse en los **párrafos segundo y tercero** a las pretéritas virtudes de la estabilidad presupuestaria para acceder a la “*Unión Económica y Monetaria*”; a su ulterior formulación legislativa (Ley 18/2001, de 12 de diciembre, general de estabilidad presupuestaria, y Ley Orgánica complementaria 5/2001, de 13 de diciembre, con varias modificaciones posteriores, que han propiciado el texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre; cfr. STC 134/2011, de 20 de julio) y al Pacto de Estabilidad y Crecimiento, el **párrafo cuarto** de la exposición enuncia públicamente el motivo de conveniencia impulsor de la apresurada reforma constitucional. La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria que el párrafo primero justificaba en su “*valor estructural y condicionante*” –casi piedra angular en la arquitectura de nuestra Constitución económica– se convierte ahora en un modo de infundir confianza

a nuestros acreedores presentes y futuros o, si se prefiere, a “*los mercados financieros*”: se trata de “*fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo*”.

Termina la exposición de motivos con un **párrafo quinto** un tanto repetitivo y con una insuficiencia de la que, como veremos, también está aquejada la nueva redacción del art. 135 CE. El propósito de la reforma constitucional, se nos recuerda, es “*garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país*”. Los dos últimos miembros de esta enumeración reiteran lo que ya decían los párrafos anteriores, pero el primer miembro es todavía más inadecuadamente repetitivo (“*garantizar el principio de estabilidad presupuestaria*”). La novedad del párrafo quinto son las palabras “*vinculando a todas las Administraciones Públicas*”, por un lado insuficientes y por el otro innecesarias. Palabras insuficientes: el nuevo art. 135 CE vincula no sólo a “*todas las Administraciones Públicas*” sino a todos los ciudadanos y poderes públicos (art. 9.1 CE) y el principal destinatario de esa vinculación no son tanto “*las Administraciones Públicas*” cuanto

los legisladores, así el nacional (Cortes Generales) como los autonómicos. Pero sobre todo palabras absolutamente innecesarias, pues enuncian un elemental efecto de la supremacía constitucional.

#### EL NUEVO ARTÍCULO 135 CE

El antiguo artículo 135 CE se componía de dos apartados. Era el artículo constitucional de la deuda pública del Estado en sentido estricto (= Estado central, instituciones centrales). Más exactamente, era el artículo del crédito del Estado, del que la Deuda “*no es sino una subcategoría (la más importante pero no la única)*”<sup>2</sup>. Según su propio tenor, el anterior art. 135 CE no comprendía la deuda autonómica (la deuda de las entidades locales no plantea ningún problema constitucional). F. de la Hucha Celador<sup>3</sup> veía plasmado en el antiguo art. 135 CE “*un principio general del ordenamiento constitucional aplicable a los distintos niveles de organización territorial del Estado*”, aunque el Tribunal Constitucional no hubiera tenido ocasión de pronunciarse sobre este problema y sus pronunciamientos sobre el art. 134 CE no favorecieran precisamente esta tesis extensiva<sup>4</sup>. Pues bien, el nuevo art. 135 CE, reiterando el contenido preceptivo del antiguo, lo generaliza expresamente a los poderes públicos de todos los niveles territoriales. Pero además



acoge una llamativa novedad. Veámoslo de la manera más sucinta, única posibilidad en este breve apunte.

1. El apartado 1 dice así: “*Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria*”. Muy bien está, si no se hubiera perdido de vista que, de pretenderse destacar algún efecto vinculador, el que más lo merece es aquel que mira a los legisladores estatal y autonómicos y no a las Administraciones. Los redactores podían haberse inspirado en el art. 53.1 CE y declarar la vinculación de todos los poderes públicos y especialmente del poder legislativo. Por

“ La estabilidad presupuestaria es un límite constitucional, de manera que su contravención podrá acarrear inconstitucionalidad y nulidad ”

otro lado, la conceptualización de la estabilidad presupuestaria como “*principio*” sólo es admisible a condición de darle una significación imprecisa de “*mero fundamento o abreviatura de un conjunto de reglas*”, que son las que a continuación enuncian los demás apartados del art. 135 CE y las que establecerá la ley orgánica que lo desarrolle<sup>5</sup>.

2. El apartado 2 comienza con una prohibición constitucional, aparentemente regla y no principio: Estado central y Comunidades Autónomas “*no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados miembros*”. Pero la fijación del “*déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su (= del primero y de cada una de las segundas) producto interior bruto*” queda encomendada a la ley orgánica prevista en el apartado 5. Para las entidades locales se prescribe que “*deberán presentar equilibrio presupuestario*”, lo que parece significar que el constituyente les prohíbe absolutamente el déficit estructural, sólo admitido dentro de los límites expuestos para el Estado central y Comunidades. Como es obvio, todo depende de la metodología y procedimiento que se elija para calcular el déficit estructural, tarea que se encomienda al legislador orgánico (apartado 5.b). Así que tenemos una prohibición constitucional coja o incompleta, a falta de determinar qué es realmente el déficit estructural (“*metodología*” para su cálculo) y qué pasos hay que seguir para ello (“*procedimiento*”). El propio carácter incompleto del apartado 2 corrobora que la ley orgánica del apartado 5 necesariamente tendrá que ascender al bloque de la constitucionalidad para poder enjuiciar si una ley posterior –típica, pero no exclusivamente, la ley de presupuestos generales del Estado o la ley de presupuestos de cualquier Comunidad Autónoma– respeta o viola la prohibición de déficit estructural.

Los “*márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros*” no adquieren obviamente fuerza y valor constitucional. Conservan el que les otorga el ordenamiento comunitario europeo. Simplemente, el apartado 2 es –también por este lado– una

norma constitucional parcialmente incompleta o en blanco<sup>6</sup>.

**3.** Al **apartado 3** pasa –pero con importante alteración– el contenido del antiguo art. 135. Donde el apartado 1 de éste decía “El Gobierno habrá de estar autorizado por ley (...)”, el nuevo **primer párrafo del apartado 3** dice: “El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley (...)”. En la práctica esta ley que autoriza la emisión de deuda o el recurso al crédito es la de Presupuestos, del Estado o de cada Comunidad Autónoma. Ahora bien, respecto a las Comunidades Autónomas, la dicción del nuevo párrafo primero del apartado 3 no significa ni puede significar que sus emisiones de deuda o sus apelaciones al crédito público queden **exclusivamente** sujetas a la autorización de la Asamblea legislativa autonómica. La emisión de deuda autonómica y el recurso autonómico al crédito siguen estando sujetos al ejercicio de las competencias exclusivas del Estado dimanantes de los números 11<sup>a</sup> (ordenación del crédito), 13<sup>a</sup> (ordenación de la economía) y 14<sup>a</sup> (Hacienda general) del art. 149.1 CE en relación con el art. 156.1 CE (autonomía financiera sometida a coordinación con la Hacienda estatal y solidaridad; art. 14 LOFCA<sup>7</sup>).

El **segundo párrafo del nuevo apartado 3** recoge el contenido del antiguo apartado 2 también con alteraciones de interés.

La regla de inclusión automática del servicio de la deuda (intereses y capital) en los estados presupuestarios de gastos y la prohibición de enmienda o modificación de estos créditos si se ajustan a la ley de emisión es generalizada a (todas) “las Administraciones”, o, más exactamente, a todos los poderes públicos de cualquier nivel territorial, incluidos –y sobre todo– los legisladores de presupuestos estatal y autonómicos. Pero se añade una importante novedad: “su pago (es decir, el pago de los intereses y la devolución del capital de la deuda pública estatal, autonómica y local) **gozará de prioridad absoluta**”. Si no erramos, aquí tenemos la única prelación constitucional de un tipo de derecho de crédito. Y prelación **absoluta**: el derecho de crédito de los tenedores de deuda es sacratísimo y de pago preferente no ya a las retribuciones de los empleados públicos activos, sino a cualesquiera pensiones y hasta a los créditos por compra de alimentos o material sanitario en caso de grandes catástrofes. Por el momento al menos, los “mercados financieros” no parecen haber valorado en mucho esta nueva regla –ya aplicable– que tanto favorece a los acreedores por deuda pública.

El **párrafo tercero del apartado 3** dispone que “el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado”<sup>8</sup> tampoco puede superar “el valor de referencia estableci-

do en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Es de suponer que se quiere apuntar al art. 126 TFUE (antes 104 TCE), especialmente en su apartado 2.b), el cual a su vez remite al protocolo nº 12, cuyo art. 1 dice así: “Los valores de referencia que se mencionan en el apartado 2 del artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea serán: -3 % en lo referente a la proporción entre el déficit público previsto o real y el producto interior bruto a precios de mercado, -60 % en lo referente a la proporción entre la deuda pública y el producto interior bruto a precios de mercado”. Como antes decíamos para el déficit excesivo, ni el art. 126 TFUE ni el protocolo nº 12 se transforman en normas constitucionales españolas. Simplemente son elementos de derecho comunitario europeo que se incorporan como elementos de una prohibición constitucional incompleta, en este caso relativa al volumen de deuda pública.

**4.** El **apartado 4** es el de las excepciones. Nos encontramos ante una norma constitucional permisiva que permite superar los límites sobre déficit estructural y volumen de deuda pública que enuncian los apartados 2 y 3. La enumeración de supuestos de excepción (“catástrofes naturales”, “recesión económica” o “situaciones de emergencia extraordinaria”) es poco constrictiva. Por otro lado, la redacción no deja claro si la cláusula gramatical “que escapan del control del



La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria que el párrafo primero justificaba en su ‘valor estructural y condicionante’ se convierte ahora en un modo de infundir confianza a nuestros acreedores presentes y futuros

“En la ley orgánica estará el núcleo de la decisión, porque la escasa fuerza constrictiva de los conceptos indeterminados de que se vale el apartado 4 deja un amplio margen de libre configuración al legislador”



El Presidente del Gobierno en el acto de sanción de la reforma de la Constitución

*Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica y social del Estado*” tiene como antecedente solamente “*situaciones de emergencia extraordinaria*” o bien “*catástrofes naturales + recesión económica + situaciones de emergencia extraordinaria*” cumulativamente. Los resultados de una u otra opción interpretativa no son los mismos. Pero en todo caso las referencias a la fuga del control del Estado y el considerable perjuicio para la situación financiera y para la sostenibilidad acrecientan aún más la falta de virtualidad constrictiva inherente a esta cabalgata de conceptos indeterminados, susceptibles de ser interpretados como mejor cuadro y convenga. La única genuina restricción para evitar el despeñarse invocando algún supuesto excepcional es el requisito de su apreciación “*por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados*”.

Queda implícitamente remitido al Reglamento de esta Cámara determinar el procedimiento y forma de esta “*apreciación*”. Aparentemente, el apartado 4 exige un singular pronunciamiento habilitante del Congreso para cada supuesto de excepción, con lo que cabe descartar que la apreciación de la Cámara pueda plasmarse aprobando por mayoría absoluta uno o varios artículos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado o de

otra Ley. Nótese que la apreciación del Congreso de los Diputados no se refiere exclusivamente al déficit estructural o al volumen de deuda del Estado en sentido estricto (instituciones centrales) sino al déficit y a la deuda de **todos** los niveles de organización territorial. Lo que sí parece dar a entender la redacción del apartado 4 es que los casos de excepción sólo pueden ser nacionales, es decir, afectar a toda España. Todo esto tendrá que ser pormenorizado y aclarado en la ley orgánica, una de cuyas materias de preceptiva regulación es precisamente la relativa a “*los supuestos excepcionales de superación*” de los límites de déficit estructural y de deuda. En la ley orgánica estará el núcleo de la decisión, porque la escasa fuerza constrictiva de los conceptos indeterminados de que se vale el apartado 4 deja un amplio margen de libre configuración al legislador.

**5.** Y llegamos al **apartado 5**, el del mandato al legislador orgánico, cuya ejecución –por lo que llevamos expuesto– es la que proporcionará un contenido más preciso al nuevo art. 135 CE. Esta ley orgánica ha de incluirse en la frase final del art. 81.1 CE (“*las demás previstas en la Constitución*”). Y aunque no se la da nombre propio –como por ejemplo a la “*ley orgánica del poder judicial*” (art. 122.1 CE)– parece plausible entender que este apartado crea una reserva de ley

orgánica específica. Es decir: el desarrollo del art. 135 CE y las materias que “*en todo caso*” debe regular sólo puede hacerlo específicamente esta única y singular ley orgánica, cuyas modificaciones posteriores (art. 81.2 CE) habrán de ser expresas.

El apartado 5 comienza con un mandato de desarrollo. La ley orgánica desarrollará “*los principios a que se refiere este artículo*”<sup>9</sup> y “*la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera*”, lo que sin duda apunta principal, aunque no exclusivamente, al Consejo de Política Fiscal y Financiera. Pero a continuación establece un mandato de regulación<sup>10</sup> que deberá llevarse a cabo “*en todo caso*” respecto a las materias que enumera: “*la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas*”, “*los supuestos excepcionales de superación de los mismos*”, “*la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse*”, “*la metodología y procedimiento para el cálculo del déficit estructural*” (¡la clave!) y “*la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria*”. El apartado 2 de la disposición adi-

cional ha ampliado esta lista, como luego veremos.

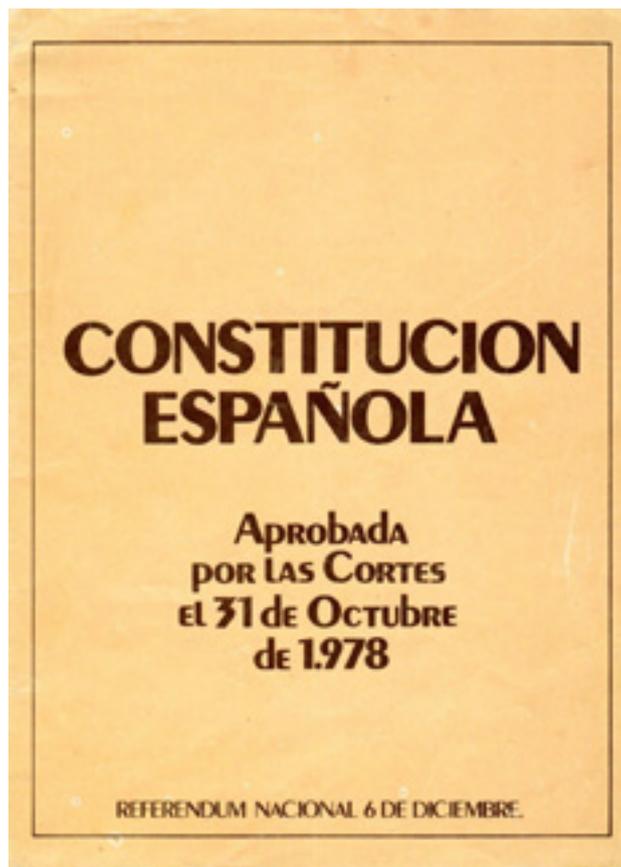
6. El apartado 6 y último tiene como destinatario a “las Comunidades Autónomas” a las que ordena adoptar –“de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo”– “las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias”<sup>11</sup>.

Este apartado impone obligaciones constitucionales. Ante todo, obliga a cualesquiera órganos autonómicos –empezando por los legisladores– a respetar “los límites a que se refiere este artículo”, lo que incluye no sólo lo que vaya a disponer la Ley Orgánica de desarrollo sino cuantas normas y decisiones adopten los órganos estatales dentro de su competencia sobre la base constitucional del art. 135 CE. Un legislador autonómico, por ejemplo, no podrá apreciar por su cuenta y unilateralmente una situación excepcional de las previstas en el apartado 4: sólo el Congreso puede hacerlo. Y en segundo lugar, prohíbe la inacción o la pasividad: los órganos autonómicos están **positivamente** obligados a aplicar la estabilidad “en sus normas y decisiones presupuestarias”.

#### LA DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA

La disposición adicional única contiene tres apartados. Pero la primera cuestión la plantea la propia existencia de la adicional ¿Se integra en la Constitución formal? Sí. Hay que postular que la disposición final tiene la misma fuerza y valor que la nueva redacción del art. 135 CE, con la que guarda indisociable conexión. Pero se habría evidenciado mejor su carácter suprallegal si se la hubiera introducido como “disposición adicional quinta” de la CE<sup>12</sup>.

El apartado 1 dispone que “la Ley Orgánica prevista en el artículo 135 deberá estar aprobada antes del 30 de junio de 2012”, lo que lleva a pregun-



¿Se integra en la Constitución formal? Sí. Hay que postular que la disposición final tiene la misma fuerza y valor que la nueva redacción del art. 135 CE, con la que guarda indisociable conexión

tarse seguidamente: ¿y qué ocurre si se aprueba el 16 de julio o el 25 de octubre de 2012? ¿Sería inconstitucional y nula por incompetencia *ratione temporis* del legislador orgánico? La contestación no puede ser más que negativa. El retraso no viciaría de inconstitucionalidad y nulidad la ley, porque en otro caso –sin la colaboración de la ley orgánica de desarrollo– la real efectividad del nuevo art. 135 CE desaparecería, y no puede reconocerse a un poder constituido, sean las

Cortes Generales o el Gobierno que normalmente será quien presente el proyecto, la temible facultad de privar de eficacia real a un precepto constitucional por su simple inacción. En consecuencia, el apartado 1 es más *consilium* que *praeceptum* para decirlo en los clásicos términos hobbesianos, y su infracción no puede considerarse como razón de nulidad.

El contenido del apartado 2 –“Dicha Ley (orgánica) contemplará los mecanismos que permitan el cumplimiento del límite de deuda a que se refiere el artículo 135.3 de la Constitución Española”– debiera haberse colocado en el apartado 5 del art. 135. Y sería léxicamente más exacto y congruente haber dicho “impongan el cumplimiento” u “obliguen al cumplimiento” en lugar de “ permitan el cumplimiento”.

El apartado 3, por último, aplaza a 2020 la entrada en vigor de “los límites de déficit estructural establecidos<sup>13</sup> en el artículo 135.2”. Lo cual representa la implícita, aunque paladina, confesión de que actualmente estamos en una de las situaciones excepcionales del apartado 4, y acaso se nos *sugiere a la misera plebs contribuens* que la vuelta a la normalidad financiera pública se habrá alcanzado dentro de ocho o nueve años.

#### ¿CONTROL CONSTITUCIONAL PARA LAS REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN?

Quiero terminar con una brevísima referencia a un punto de alcance más general, aunque, por las características mismas de este trabajo, no pueda extenderme.

Se han oído voces poniendo en tela de juicio la “constitucionalidad” de la reforma con los más insólitos argumentos, la mayor parte de mera conveniencia u oportunidad. Pero es, sin duda, cierto que el poder de reforma está sujeto a las determinaciones constitucionales que la regulan, puesto que es la propia Constitución la que establece cómo



Vista del hemiciclo en un momento de las votaciones

debe ser reformada o revisada. En el caso del inciso primero art. 167.1 CE, que ha sido el aplicado en la II Reforma Constitucional, la norma fundamental se limita a exigir un quórum especial de aprobación en el Congreso y Senado, remitiendo implícitamente lo demás a los Reglamentos de ambas Cámaras. Y el quórum de tres quintos se ha respetado, como se ha respetado también el carácter expreso de la reforma<sup>14</sup>.

Pero ¿*quid* si el poder de reforma no respeta los preceptos constitucionales que la disciplinan, de naturaleza meramente procedimental en el caso de la Constitución Española (arts. 166 a 169 CE)<sup>15</sup>? No se trata, nótese, de un problema de “*normas constitucionales inconstitucionales*” –categoría inadmisibles por contraria a la unidad de la Constitución– sino, más simplemente, de garantizar el respeto a las normas constitucionales de procedimiento prescritas para lograr un resultado, a saber: la reforma o revisión constitucional.

La cuestión interesante es, obviamente, la de la justiciabilidad de los hipotéticos vicios de la reforma constitucional, esto es, la pregunta acerca de si el Tribunal Constitucional posee jurisdicción para declarar inconstitucional y nula una reforma de la Constitución. La contestación, a mi modo de ver, ha de ser forzosamente negativa de *Constitutione lata*. Actualmente la reforma constitucional no puede ser objeto de un proceso de declaración de inconstitucionalidad porque lo impide el tenor de los arts.

Es cierto que el poder de reforma está sujeto a las determinaciones constitucionales que la regulan, puesto que es la propia Constitución la que establece cómo debe ser reformada o revisada

161.1.a CE y 27 LOTC. Ahora bien, no hay argumentos convincentes para oponerse a que una futura reforma o revisión constitucional pueda atribuir al Tribunal Constitucional jurisdicción para ello. El procedimiento de control constitucional más apropiado sería, a no dudarlo, un recurso previo al referéndum o, en caso de no ser éste necesario, a la sanción regia. Mediante el recurso previo, el objeto del control no sería propiamente la reforma o revisión constitucional en sentido propio sino el texto definitivo de una reforma o revisión aún no culminada a falta de su aprobación en referéndum y/o su sanción, promulgación y publicación.

#### POST SCRIPTUM

Medio mes después de haber redactado el precedente comentario, el Tribunal Constitucional ha dictado la primera

sentencia que toma en consideración el nuevo art. 135 CE. Esta sentencia es la de 18 de octubre de 2011, recurso de inconstitucionalidad 1454/2002, asunto *Estabilidad presupuestaria II*, de la que ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio (el asunto *Estabilidad presupuestaria I* había sido fallado por la STC 134/2011, de 20 de julio).

En el fundamento jurídico 3 de la sentencia *Estabilidad presupuestaria II*, el Intérprete Supremo hace varias declaraciones de interés que extractamos:

1°. El nuevo art. 135 CE se considera *ius superveniens* y, por lo tanto, podrá servir de parámetro o canon de constitucionalidad respecto a asuntos interpuestos antes de su entrada en vigor (especialmente recursos y cuestiones de inconstitucionalidad y conflictos de competencia).

2°. El Tribunal Constitucional parafrasea así el apartado 1 del nuevo art. 135 CE, aunque la negrita es nuestra: “Estamos ante un mandato constitucional que, como tal, vincula a **todos los poderes públicos** y que, por tanto, *en su sentido principal* (cursivas del TC en el texto notificado a la Abogacía del Estado), queda **fuera de la disponibilidad –de la competencia– del Estado y de las Comunidades Autónomas**. *Cuestión distinta es la de su desarrollo* (cursivas del TC), pues **aquel sentido principal admite diversas formulaciones, de modo que será ese desarrollo el que perfilará su contenido**”.

3°. La remisión a la ley orgánica, “obviamente estatal”, contenida en el **apartado 3** del nuevo precepto constitucional “**corroboración de la competencia del Estado en esta materia**, que ya había declarado este Tribunal aplicando el art. 149.1, 13<sup>a</sup> y 14<sup>a</sup>, por un lado, y 11<sup>a</sup> y 18<sup>a</sup>, por otro –STC 134/2011, ya citada, FJ 8–”. Y como prueba evidente de esa “corroboración”, el Tribunal, para desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno asturiano, hace aplicación de la doctrina sentada en *Estabilidad presupuestaria I*. En mi modesta opinión, esto significa que la doctrina constitucional sentada con anterioridad a la Reforma constitucional por la STC 134/2011 es compatible con, y queda amparada en, el nuevo art. 135 CE. ■

## NOTAS

(1) BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, nº 329-4, 6 de septiembre de 2011.

(2) F. de la Hucha Celador, *Comentarios a la Constitución Española*, dir. M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Madrid 2009, p. 2050.

(3) *Ibid.*, p. 2054.

(4) Baste citar por todas la STC 7/2010, de 27 de abril, FJ 3: “Con arreglo a reiterada doctrina constitucional, de la dicción literal del art. 134 CE se desprende con toda claridad que las reglas contenidas en el mismo tienen por objeto directo la regulación de institución estatal, en concreto de una fuente normativa del Estado (la ley de presupuestos generales del Estado), entendido éste en su sentido estricto, esto es, en su acepción de organización central o general del Estado, y no de una institución de las Comunidades Autónomas (SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5; 149/1994, de 12 de mayo, FJ único; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6, y 130/1999, de 1 de julio, FJ 5). En este sentido, tenemos declarado a partir de la STC 116/1994, de 18 de abril, que del límite que consagra el inciso segundo del art. 134.7 CE ‘no puede inducirse un principio general de prohibición de modificar tributos por medio de las leyes de presupuestos autonómicas o forales sin la previa habilitación de una ley tributaria sustantiva’ (STC 116/1994, FJ 5), puesto que, ‘de los preceptos constitucionales que regulan instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas’ (entre otras, SSTC 116/1994, FJ 5; 174/1998, FJ 6, y 3/2003, FJ 6)”.

(5) Imaginemos, por puro juego, que se le ocurriera a alguien sostener que el principio de estabilidad presupuestaria es un simple “mandato de optimización” que, tal como respecto a los principios en general sostiene R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid 1993, p. 86, está caracterizado por el hecho de que puede ser cumplido “en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”, entendiéndose por estas últimas el peso que haya de darse a “principios y reglas opuestos”.

(6) Aunque quizá desbordando la brevedad propia de este apunte, quizá no esté de más un par de pinceladas sobre este importante extremo

sacadas de la jurisprudencia constitucional. El art. 93 CE “opera como bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos” (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2), de manera que la primacía del derecho comunitario europeo opera “respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de retirada voluntaria” (Declaración 1/2004, FJ 3), y “la supremacía de la Constitución es (...) compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre con la previsión contenida en su art. 93” (Declaración 1/2004, FJ 4: *kenosis* constitucional, si nos permite esta incursión teológico-política). Pero el derecho comunitario europeo, originario o derivado, no posee “rango y fuerza constitucionales”, ni constituye “canon de constitucionalidad de las normas con rango de ley” (por todas, SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 3, 45/2001, de 15 de febrero, FJ 7, y 134/2011, de 20 de julio, FFJJ 6 y 8, esta última sobre la Ley General de Estabilidad Presupuestaria y normas conexas). Dicho lo cual, creo que la nueva redacción del art. 135 CE obligará a admitir una mayor cooperación del derecho comunitario en la construcción del canon de constitucionalidad cuando se ventilen asuntos de déficit estructural y límite de la deuda pública. Esta mayor cooperación del derecho comunitario europeo tal vez pueda lograrse profundizando en otro *topos* de la doctrina constitucional, que resume así la STC 33/2005, de 17 de febrero, FJ 4: “prestar atención a cómo se ha configurado una institución por la normativa comunitaria puede ser no sólo útil sino **obligado**”. ¡Y tanto!

(7) Así lo recogen los Estatutos de Autonomía (por vía de ejemplo, arts. 213.1 y 214 del Estatuto catalán y 187, 1 y 2, del andaluz).

(8) Las palabras “del Estado” parece que sobran. En la página 19 del Diario de Sesiones del Congreso, nº 270, sesión plenaria nº 256, del 2 de septiembre de 2011, página 18, el Sr. Presidente dijo que había consultado al Sr. Blecua, Director de la Real Academia Española, y que el párrafo debía decir: “en relación con el producto interior bruto” suprimiendo “del Estado”. Preguntó luego: “¿Aceptan sus señorías esta corrección? ¿Alguien se opone?”. Tras una pausa, fueron dichas estas palabras sacramentales: “Queda aceptada”. El Senado no introdujo modificación alguna (cfr. BO de las

Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, nº 329-5, 8 de septiembre de 2011).

(9) “Este artículo”: claro indicio textual de la reserva de ley orgánica específica.

(10) “Regulará”, reza el apartado; es decir, la ley orgánica establecerá reglas, o, si se prefiere, transformará el “principio” de estabilidad presupuestaria en “reglas”.

(11) Hubo una enmienda transaccional presentada a última hora por los dos grupos parlamentarios proponentes de la Reforma con una redacción más confusa para este apartado, aunque sin significativas diferencias de fondo, aunque mencionaba “la autonomía financiera reconocida en esta Constitución”. No salió adelante porque el diputado Sr. Llamazares Trigo se opuso a su tramitación (Diario de Sesiones del Congreso, nº 270, sesión plenaria nº 256, del 2 de septiembre de 2011, páginas 17 y 18).

(12) La fracasada enmienda transaccional que se menciona en la nota 7 pretendió también asear constitucionalmente esta adicional. Su apartado 2 emigraría a su lugar más propio, el apartado 5 del art. 135 CE, del que pasaría a ser letra c) mientras que la letra c) se convertiría en letra d). Los apartados 1 y 3 de la adicional se transformarían en disposición transitoria 10ª de la CE.

(13) ¿“Establecidos”? Habrá que esperar a la ley orgánica para concretar los límites, cuya vigencia real se dilata a 2020.

(14) BO de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie B, nº 329-5, 8 de septiembre de 2011. El necesario carácter expreso de las reformas constitucionales –para ello no basta con aprobar un texto incompatible con un precepto de la Constitución por mayoría de tres quintos, sino que este texto debe expresar su carácter de reforma constitucional y determinar con precisión la alteración del texto anterior– es un importante requisito implícito en el tenor de los arts. 166 y ss CE.

(15) Sobre este asunto, permítaseme limitar las referencias a la clarísima y rigurosa exposición del problema hecha por J. L. Requejo Pagés, en su comentario al art. 167 CE, ápod *Comentarios a la Constitución Española*, dir. M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Madrid 2009, pp. 2760-2762, con bibliografía en las pp. 2763 y 2764.

# Nuevo régimen de silencio negativo en las licencias

Francisco García Gómez de Mercado | Abogado del Estado exc. - Doctor en Derecho

## I. EL RÉGIMEN TRADICIONAL DEL SILENCIO POSITIVO EN LAS LICENCIAS

En la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 el silencio era negativo con carácter general y sólo positivo en los casos legalmente tasados (Arts. 94 y 95).

Uno de estos casos era, precisamente, el de las licencias urbanísticas. Así resultaba del artículo 9.1.7º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, al que se remitía el artículo 165.2 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, respecto del procedimiento y condiciones para el otorgamiento de las licencias. Notemos, pues, que las licencias urbanísticas fueron precursoras de la (muy) posterior generalización del silencio positivo.

Ahora bien, se precisó, igualmente, que *“En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo facultades en contra de las prescripciones de la Ley del Suelo, de los Planes de Ordenación, Programas, Proyectos y, en su caso, de las Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento”* (Art. 178.3 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 9 de abril de 1976, y Art. 5.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por Real Decreto de 23 de junio de 1978). La regla pervive en el actual Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 20 de junio de 2008, cuyo artículo 8.1 b) precisa que *“En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o de-*

*rechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística”*.

Una vez aprobada la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (LAP), que configura la falta de requisito esenciales como causa de nulidad del acto presunto (Art. 62.1 f), pero de un acto existente y que se presume válido (Arts. 43 y 57), se plantea si debe prevalecer este planteamiento o bien, por razón de su especialidad, en materia urbanística sigue siendo posible negar eficacia al acto presunto por silencio positivo por la infracción de la normativa aplicable.

Así, siguiendo a YÁÑEZ DÍAZ<sup>1</sup>, un campo especialmente problemático de la citada causa de nulidad ha sido el de las licencias urbanísticas adquiridas por silencio, es decir, si se considera adquirida la licencia por silencio sin perjuicio de la posible revisión de oficio por la causa del art. 62.1.f) LAP o si debe considerarse no adquirida la licencia por aplicación de lo dispuesto en el art. 8.1 b) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 (y normas anteriores en el mismo sentido).

Eran posibles, en principio, dos interpretaciones: o bien que, al disponer dicho artículo que no se entenderán adquiridas las licencias contrarias a la ley o al planeamiento, no es necesaria la revisión de oficio de las mismas ya que no han llegado a entrar en el patrimonio jurídico del solicitante y a lo que se sumaría la causa de nulidad del art. 62.1.f) LAP,

de tal forma que se trataría de una excepción al régimen general del silencio por el carácter de ley especial de la normativa urbanística (STSJ Madrid 23-7-2002<sup>2</sup>), o bien considerar, como hacen las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de diciembre de 2004 (JUR 2005\50582) y 17 de marzo de 2005 (JUR 2005\107746), que la LAP tras la reforma de la Ley 4/1999 impide entender aplicable la normativa urbanística en ese sentido de suerte que *“En virtud de lo expuesto esta Sala revisa su doctrina estableciendo la que a continuación se expone: Transcurrido el plazo para resolver una solicitud de licencia, cuando el efecto del silencio sea positivo, la Administración competente, en caso de que no haya resuelto expresamente no podrá invocar que la concesión de la licencia por silencio es contraria al ordenamiento jurídico sino acudiendo a los procedimientos de revisión establecidos en el Art. 102 y ss de la ley 30/92.”*

No obstante la Sala matiza esa doctrina aplicando el Art. 154 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, de 17 de julio de 2001: *“la Sala no obstante, considera, con arreglo al Art. 62.1.f de la Ley 30/92 de 26 de noviembre –evitando dar cobertura a actos jurídicos incursos en vicio de nulidad por inexistencia– y, con arreglo al Art. 154.5º de la LS de la CAM de 17.7.2001 cuando se refiere a ‘que se entenderá otorgada por silencio positivo en los términos resultantes del proyecto de obras de edificación’, que para que tenga validez la doctrina anteriormente expuesta es preciso que la so-*



*licitud de una licencia urbanística cumpla éstos requisitos:*

*A) Cuenten con la documentación legal o reglamentariamente exigida, no bastando, v.g un acto comunicado para obtener una licencia de obra mayor sujeta a la presentación de un proyecto. Y ello en tanto en cuanto nos encontraríamos, de lo contrario, con un acto inexistente por falta de los requisitos esenciales.*

*B) Que dicha solicitud haya sido formulada, cuándo se exija proyecto, por el técnico competente”.*

Esta doctrina era compartida por GARCÍA LUENGO<sup>3</sup>, para el que la norma de la Ley del Suelo estatal debía entenderse desplazada por la LAP o por la legislación urbanística autonómica, pues seguir considerando aplicable la excepción al silencio en caso de ilegalidad suponía convertir el régimen del silencio positivo en papel mojado, desconociendo, no solo lo dispuesto por el legislador estatal en el ejercicio de su competencia en materia de procedimiento administrativo común (Art. 149.1.18ª CE) al fijar la regla general del silencio positivo (Art. 43.2 LAP), sino también lo dispuesto por los legisladores autonómicos que han optado por el silencio positivo en sus leyes urbanísticas, dentro de su competencia exclusiva sobre el urbanismo, salvaguardada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo. Sin duda ello originara múltiples problemas a la Administración local responsable del otorgamiento o denegación de las licencias pero, como afirma YÁÑEZ DÍAZ, en un Estado de Derecho las normas priman sobre la conveniencia de la Administración.

Por el contrario CHINCHILLA MARÍN consideraba que la Ley 30/1992 (al menos en su versión originaria) no altera el régimen previsto en la normativa urbanística<sup>4</sup>. En el mismo sentido se pronunciaba ESTÉVEZ GOYTRE<sup>5</sup>.

Finalmente, el Tribunal Supremo zanja la cuestión en la Sentencia de 28 de enero de 2009 (RJ 2009\1471), dictada en un recurso de casación en interés de ley y por tanto fijando doctrina legal (BOE nº 77, de 30 de marzo de 2009), manteniendo la tesis tradicional.

**La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009 nos sitúa en una clara inseguridad jurídica frente a las garantías del silencio administrativo positivo de la legislación general, especialmente después de las reformas de 1999 y 2009**



Así, nos ilustra que<sup>6</sup> “*el artículo 242.6 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y el artículo 8.1 b), último párrafo, del Texto Refundido de la Ley del Suelo aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, son normas con rango de leyes básicas estatales, en cuya virtud y conforme a lo dispuesto en el precepto estatal, también básico, contenido en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, modificado por Ley 4/1999, de 13 de enero, no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística*”.

Su razonamiento es bastante simple; el silencio tiene carácter positivo salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca otra cosa y precisamente esa norma con rango de ley que excluye el silencio positivo para las licencias urbanísticas es el Art. 8. 1 b) del Texto Refundido de 2008 y anteriormente el Art. 242.6 del Texto Refundido de 1992 y sus precedentes.

Sin embargo, en opinión de YÁÑEZ DÍAZ, dicha sentencia no tiene en cuenta la distinta redacción del Art. 8.1 b) TRLS 2008 frente a la normativa anterior, si bien reconoce que la primera es “una redacción más general”. El citado autor pone de manifiesto que el Texto Refundido de 1992 aludía expresamente a las licencias: “*en ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o del planeamiento urbanístico*” mientras que la Ley del Suelo de 2007 y el Texto Refundido de 2008 establecen que “*En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística*”. Para YÁÑEZ DÍAZ la semejanza de este último con el Art. 62.1 f) LAP (que configura la ilegalidad del acto presunto como causa de nulidad y no de inexistencia) es notable y su omisión del término “*licencia*” no puede ser considerada casual. Con todo, hay que recordar que la normativa originaria tampoco hablaba de licencias sino de facultades, por ejemplo el Art. 178.3 de la Ley del Suelo, Texto Refundido de 9 de abril de 1976.

Recapitulando, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, que en



**Se termina así con la inseguridad jurídica del beneficiario del silencio que, con anterioridad, se encontraba en una difícil tesitura: ha conseguido la licencia, no procede recurrir contra la Administración, pero más tarde le pueden parar las obras e incluso ordenar su derribo por falta de licencia**

realidad no supone sino mantener el régimen tradicional del silencio en las licencias urbanísticas, nos sitúa en una clara inseguridad jurídica frente a las garantías del silencio administrativo positivo de la legislación general, especialmente después de las reformas de 1999 y 2009. Así, el solicitante de una licencia urbanística, ante el silencio, podía presumir su concesión, pero tal título resultaba endeble, ya que la Administración podía desconocerlo sobre la base de la ilegalidad de la solicitud, sin que existiera tampoco una absoluta precisión en cuanto a cuáles pudieran ser los requisitos esenciales cuya falta determinase la inaplicación del silencio.

## II. LA SUPRESIÓN DEL SILENCIO POSITIVO: VALORACIÓN DE LA REFORMA Y DUDAS SOBRE SU CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 23 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas diversas sobre deudores hipotecarios, deudas de las entidades locales, fomento de la actividad empresarial y simplificación administrativa, publicado en el BOE el día 7 de julio (y cuya convalidación por el Congreso se publicó en el BOE del día 22 del mismo mes), termina con el tradi-

cional silencio positivo en las licencias urbanísticas. Con la habitual falta de sistemática legislativa que padecemos, no reforma el Texto Refundido de la Ley del Suelo, ni la LAP, sino que tal norma queda en el articulado de dicho Decreto-ley, al margen de las citadas leyes.

Dice así que *“requerirán del acto expreso de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística”* una serie de *“actos de transformación, construcción y edificación y uso del suelo y el subsuelo”*, entre ellos *“las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta”*.

Y, en consecuencia, *“el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa legitimará al interesado que hubiere deducido la solicitud para entenderla desestimada por silencio administrativo”*.

Se termina así con el tradicional régimen de silencio positivo de las licencias urbanísticas (es decir, que la falta de notificación de la resolución en plazo implica la concesión de la licencia), que, como hemos visto, era previo incluso a la ge-

neralización del silencio positivo administrativo a través de la modificación de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas por la Ley 4/1999, y la profundización en el silencio positivo por la Ley 25/2009, consecuencia de la Directiva de servicios. Profundización en el silencio positivo que, aunque parezca contradictorio, es seguida por otros preceptos del mismo Real Decreto-ley 8/2011, en otras materias.

Se termina así también con la inseguridad jurídica del beneficiario del silencio, que, con anterioridad se encontraba, como decimos, en una difícil tesitura: ha conseguido la licencia, no procede recurrir contra la Administración, pero más tarde le pueden parar las obras e incluso ordenar su derribo por falta de licencia, por considerar que no debió entenderse que la había obtenido por silencio, al no concurrir o infringirse determinados requisitos.

Es cierto pues que la nueva norma concede quizá una mayor seguridad jurídica (rúbrica del capítulo correspondiente del Real Decreto-ley) al interesado. Pero también es cierto que se perderá en agilidad. Ni siquiera en aquellos casos en que se pueda considerar evidente que la licencia solicitada era conforme a la normativa aplicable se podrá seguir adelante más que con la decisión expresa de la Administración o, tras un largo e inseguro proceso, de la Justicia. Pues es muy improbable que los tribunales adoptaran, en sede cautelar, la medida consistente en no exigir la licencia al solicitante para que pueda llevar a cabo la obra.

Acaso hubiera sido mejor mantener el silencio positivo, con el régimen general de la LAP, y remitirse a la normativa urbanística (autonómica) en cuanto a la determinación de los requisitos esenciales cuya falta determine la nulidad del acto presunto (determinación que ni siquiera de forma supletoria podría hacer el Estado, conforme a la STC 61/1997, si bien tal pronunciamiento nos parece a muchos un error). Así, por ejemplo, la ineficacia del silencio podría remitirse a los supuestos de imprescriptibilidad de la reacción frente a las infracciones urbanísticas (p.ej. en zona verde) o concretar aquellos elementos que son impres-

cindibles (p.ej. proyecto técnico cuando haga falta).

En este punto, cabe discutir el título competencial del Estado para introducir esta norma. La disposición final primera del Real Decreto-ley funda esta disposición en las competencias del Estado respecto de la igualdad en el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes (a través del llamado estatuto básico de la propiedad inmobiliaria según el Tribunal Constitucional) y en las bases del régimen jurídico de la Administración (Art. 149.1.1 y 18 de la Constitución). Acaso las competencias estatales en materia urbanística deberían ser superiores a las que le reconoce la Constitución, tal y como la interpreta el Tribunal Constitucional desde su Sentencia 61/1997 y la posterior 164/2001, pero, en los términos actuales, parece dudoso que el silencio negativo en una determina materia constituya una condición básica de igualdad ni una base del régimen jurídico de la Administración, pues generalmente se admite que el silencio positivo o negativo lo determine el poder competente en la correspondiente materia sustantiva.

Siguiendo nuevamente a YÁÑEZ DÍAZ<sup>7</sup>, “tras la STC 61/1997, de 20 de marzo es más que evidente que la competencia en materia de urbanismo es estrictamente autonómica. Por contra el Estado sólo puede regular aspectos como la propiedad, la política económica o el

*procedimiento administrativo común. Precisamente en esta última materia la competencia estatal es básica debiendo dejar un margen de desarrollo a las Comunidades Autónomas siendo el procedimiento administrativo común la fijación de la estructura general del iter procedimental y correspondiendo las particularidades de cada materia al titular de la competencia”.*

Como indica la STC 227/1988, de 29 de noviembre, “La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los come-

*tidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias”.*

Añade YÁÑEZ DÍAZ que “es cierto que la STC 61/1997 declaró constitucional el Art. 242.6 (del Texto Refundido de 1992) pero se limitó a señalar que se apoya en el Art. 149.1.18<sup>o</sup> CE añadiendo ‘Regulación que ha venido a recogerse en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común’. Se produce así, a nuestro juicio, una limitación de las competencias autonómicas en materia de urbanismo (...) que, si bien puede contribuir a solucionar los problemas que generaba el silencio positivo, supone una extralimitación que afecta a las competencias autonómicas agravándose por el hecho de que el Tribunal Constitucional no haya resuelto todavía los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley del Suelo de 2007 y el Texto Refundido de 2008”.



**“Parece dudoso que el silencio negativo constituya una condición básica de igualdad ni una base del régimen jurídico de la Administración, pues generalmente se admite que el silencio positivo o negativo lo determine el poder competente”**

“Cabe dudar de la constitucionalidad de la medida en cuanto al procedimiento de Decreto-Ley seguido en su aprobación, por la requerida situación de ‘extrema y urgente necesidad’, harto discutible en este caso”



De otro lado, YÁÑEZ DÍAZ también pone de manifiesto que “no deja de llamar la atención que (...) la reciente Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, establece en su exposición de motivos que es propósito de la Ley generalizar el silencio positivo. Para ello se introduce un Art. 39 bis LAP que establece que las Administraciones al establecer medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales deberán adoptar la medida menos restrictiva y motivar su necesidad para la satisfacción del interés público y, al regular el silencio positivo en el Art. 43 LAP” limita las excepciones al silencio positivo a “los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.” Como apunta el citado autor, “cabe plantearse cuáles serían las razones imperiosas de interés general que permiten entender desestimada por silencio administrativo una licencia de obras para remodelar un local comercial y, en cambio, para ejercer la actividad de comercializador de gas natural basta la mera comunicación a la Administración (Art. 80 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos redactado por la Ley 25/2009). Causa también sorpresa que mientras se defiende el silencio negativo para una licencia se admita dicho silencio en la aprobación de planes de or-

denación (STS 27-4-2009 RJ 2009\3309 y STS 30-9-2009 RJ 2009\4722) de tal forma que se pueda admitir la aprobación por silencio de una disposición de carácter general contra legem y se niegue esa posibilidad para una licencia”.

Por otra parte, cabe también dudar de la constitucionalidad de la medida en cuanto al procedimiento de Decreto-ley seguido en su aprobación, por la requerida situación de “extrema y urgente necesidad”, harto discutible en este caso. Podemos citar al respecto las Sentencias del Tribunal Constitucional 23/1993, de 21 enero, 68/2007, de 28 de marzo, y 31/2011, de 17 de marzo de 2011. Con todo, a pesar de la proclamación de la competencia del Tribunal Constitucional y de la negación de la absoluta y total discrecionalidad del Gobierno, lo cierto es que la aplicación de la norma por el Tribunal Constitucional dista mucho de ser exigente. Pero, a nuestro juicio, en el presente caso, nos parece absolutamente injustificada, tanto formal como materialmente, una supuesta urgencia extrema en la adopción de la medida que no pudiera esperar al correspondiente procedimiento legislativo. Tengamos en cuenta que la causa última de la reforma es una Sentencia de 2009 y que, en realidad, lo que deriva de dicha Sentencia es la aplicación de un régimen que era el tradicional.

No se excluye, por otro lado, que el Decreto-ley contenga normas básicas (STC 11/2002 de 17 de enero). ■

## NOTAS

(1) YÁÑEZ DÍAZ, CARLOS, “La invalidez de los actos administrativos”, en la obra colectiva, coordinada por GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, “Procedimientos administrativos comunes”, Ed. Comares, 2ª edición, 2010, págs. 347 y ss.

(2) También mantiene la regla especial negadora del silencio positivo las Sentencias de los Tribunales Superiores de Baleares, de 18 de diciembre de 2001 (JUR 2002\46294), País Vasco, de 8 de marzo de 2006 (JUR 2006\168117) y Cantabria, de 6 de julio de 2006 (JUR 2006\248196).

(3) GARCÍA LUENGO, JAVIER, “La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos”, Civitas, Madrid, 2002, pág. 242.

(4) CHINCHILLA MARÍN, CARMEN, “Nulidad y Anulabilidad”, en la obra colectiva “La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, dirigida por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, Técnos, Madrid, 1993, pág. 200.

(5) ESTÉVEZ GOYTRE, RICARDO, “El derecho a edificar y los actos presuntos”, Revista de Derecho Urbanístico nº 156, septiembre-octubre 1997, págs. 59 y ss.

(6) Un interesante análisis de esta sentencia puede encontrarse en RAZQUIN LIZARRAGA, JOSÉ ANTONIO, “Silencio administrativo y urbanismo: imposibilidad de adquirir licencias urbanísticas por silencio administrativo contra legem”, Revista Aranzadi Doctrinal nº 5/2009.

(7) Ob. Cit., págs. 351 y ss.



# EMERGENCIAS CONSULARES

M<sup>a</sup> Asunción Sánchez Ruiz | Miembro de la Carrera Diplomática

¿Alguna vez, en alguno de sus viajes al extranjero, en un breve descuido, ha perdido su cartera quedándose completamente indocumentado? O, en alguno de los viajes de estudios que su hijo ha hecho al extranjero, ¿éste se ha visto perdido en medio de una ciudad que no conoce ante una imprudencia del coordinador de la empresa con la que contrato su viaje?

Son casos reales que ocurren en el extranjero con más frecuencia de la que pensamos y en los que nos inunda una gran sensación de desprotección. Los nacionales españoles, cada vez más viajeros y a lugares cada vez más lejanos y exóticos, nos hemos visto en alguna situación de desamparo que nos hace sentir vulnerables e indefensos en países que no conocemos bien y en los que, en ocasiones, ni siquiera conocemos el idioma.

“**La protección y asistencia de los españoles en el exterior es competencia del MAEC que, a través de su red de Embajadas y Consulados, defiende y protege los intereses de España y de los españoles en terceros Estados**”

¿Qué hacer ante esta situación de desprotección? ¿Cómo volver a casa si no disponemos de ninguna documentación que acredite nuestra identidad y nacionalidad? ¿Qué hacer ante la desprotección de ese hijo a miles de kilómetros?

La protección y asistencia de los españoles en el exterior es competencia del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAEC) que, a través de su red de Embajadas y Consulados, defiende y protege los intereses de España y de los españoles en terceros Estados, tal y como establecen las Convenciones de Viena de 1961 y 1963. En la mayoría de las ocasiones, es el propio Cónsul quien, siguiendo el mandato que le confiere el artículo 5.e) de la Convención sobre Relaciones Consulares, presta ayuda y asistencia a sus nacionales, ya sean personas naturales o jurídicas.

Sin embargo, el MAEC dispone asimismo de una Unidad de Emergencia Consular que, por la propia naturaleza de la incidencia o por la gravedad de la misma, trabaja conjuntamente con el Consulado o Embajada. Así, en los casos de emergencia o crisis, se lleva a cabo un trabajo conjunto entre la Embajada o Consulado –que se encuentra en el país donde tienen lugar los hechos y tiene acceso directo a nuestros nacionales en el extranjero– y la Unidad de Emergencia Consular, que se encuentra en Madrid. En situaciones de crisis, el trabajo y la coordinación entre el Consulado y la Embajada en el exterior y la Unidad de Emergencia Consular en Madrid son fundamentales.

Lamentablemente, las situaciones de crisis donde se ven implicados nacionales españoles en el exterior han aumentado considerablemente en la última década. Por un lado, porque como ya se ha dicho, los españoles viajamos cada vez más y más lejos, y por otro, porque los riesgos en los que cualquier ciudadano puede verse implicado son mayores. Si bien tradicionalmente las emergencias que solían darse en el pasado eran de una naturaleza menor (aunque no menos importantes), las grandes catástrofes naturales, la inestabilidad política en algunas regiones del mundo y el azote del terrorismo internacional han hecho que las situaciones de riesgo se multipliquen.

Ejemplos de ello son los últimos terremotos en Haití y Japón, el secuestro de voluntarios y cooperantes españoles en Mauritania, Kenia y el Sáhara Occidental, o el atentado terrorista en Oslo el verano pasado. A esto se le añade las evacuaciones que, como consecuencia de la inestabilidad política que se ha dado en este último año con la denominada “primavera árabe”, se han tenido que llevar a cabo en países como Libia o Yemen. La dimensión de tales crisis es de tal envergadura, que la acción del Embajador y del Cónsul tiene que ser complementada con la actuación del Ministerio de Asuntos Exteriores desde Madrid a través de la Unidad de Emergencia Consular.

Para poder prestar la mejor asistencia y protección a nuestros ciudadanos en el exterior, el Ministerio recomienda siempre inscribirse en el Registro de Matrícula Consular cuando se llega al extranjero y, en caso de trasladarse por turismo, leer con atención las “Recomendaciones de Viaje” del país que pretende visitar (<http://www.maec.es/es/MenuPpal/Consulares/Recomendacionesdeviaje/Paginas/recomendaciones.aspx>) así como inscribirse en el Registro de Viajeros que el MAEC

ha creado para, en la eventualidad de una emergencia, poder contactar al viajero más fácilmente (<https://www.visatur.maec.es/viajeros/>).

Igualmente, y por las circunstancias en que se dan estas situaciones de crisis, la empatía y calidad humana del funcionario público son fundamentales en una eventualidad de este tipo. Cuando un nacional es secuestrado, no se le localiza tras un terremoto o ha sido hospitalizado tras un accidente de tráfico,



**“Cuando un nacional es secuestrado, no se le localiza tras un terremoto o ha sido hospitalizado tras un accidente de tráfico, la principal prioridad del diplomático y del Ministerio es, junto con la solución de la situación de crisis, atender e informar a la familia en todo momento”**

la principal prioridad del diplomático y del Ministerio es, junto con la solución de la situación de crisis, atender y mantener informada a la familia en todo momento. El Ministerio dispone de un equipo de funcionarios de alta calidad humana y profesional que, ante una situación de crisis, trabaja en guardias de 24 horas y gestiona y coordina con la Embajada y Consulado del lugar donde han acaecido los hechos así como con otros Ministerios que puedan verse implicados.

Este año y por la repercusión que ha tenido, el terremoto de Japón supuso todo un ejemplo de emergencia consular. El terremoto de magnitud 9,0 y posterior *tsunami* que destruyó la costa de Japón y afectó gravemente a la central nuclear de Fukushima, puso en alerta a todo mundo. Por un lado, a Japón por razones obvias. Por otro, al resto de países por la radia-

ción de la central nuclear y por la suerte de sus nacionales en la isla nipona. La gravedad de los hechos fue tal que, tanto Embajadas y Consulados acreditados en Japón, como los Ministerios de Exteriores desde sus respectivas capitales, comenzaron todas las gestiones necesarias para garantizar la seguridad de sus nacionales. Tal fue el caso de nuestro país. Por un lado, la Embajada en Tokio realizó una ingente labor para localizar y asistir a los españoles que se encontraban en la isla, tanto residentes como turistas, y comprobar su seguridad y estado de salud. Desde Madrid, respondiendo a todas las llamadas de particulares que el Ministerio recibía preocupándose por la suerte de sus familiares y organizando una posible evacuación que, como es sabido, tuvo lugar.

Llevar a cabo todas estas gestiones no es tarea fácil, sobre todo después de una catástrofe natural de tal envergadura. En primer lugar, porque aunque se disponga de los datos de contacto de los nacionales residentes en el país, lo normal es que todos los sistemas de comunicación se caigan y la comunicación sea imposible en las primeras horas o incluso días después de la catástrofe. Y en segundo lugar, en los casos de nacionales que se encuentran en el país y que no se han inscrito en el Registro de Matrícula Consular ni en el Registro de Viajeros, el Ministerio no tiene constancia de su presencia hasta que algún familiar así lo comunica, dificultando por tanto su localización. De ahí la importancia de hacer uso de los instrumentos que el Ministerio pone a nuestra disposición, ya que las primeras 72 horas tras el incidente son vitales, siendo además las horas en las que hay mayor confusión y necesidad de información. La crisis de Japón supuso un gran esfuerzo para todos los funcionarios implicados en ella. Funcionarios diplomáticos fueron enviados a Tokio desde Madrid para reforzar la labor de la Embajada y, una vez localizados y contactados nuestros nacionales, nuestra Representación acogió y preparó su evacuación de vuelta a nuestro país. Además, el personal allí destinado llevó a cabo una labor titáni-



**La crisis de Japón supuso un gran esfuerzo para todos los funcionarios implicados en ella. Funcionarios diplomáticos fueron enviados a Tokio para reforzar la labor de la Embajada y, una vez localizados y contactados nuestros nacionales, la Representación preparó su evacuación de vuelta a nuestro país**

ca no sólo organizando y coordinando tal evacuación, sino también haciendo uso de esa empatía y condición humana que cualquier funcionario público debe tener, más aún en circunstancias tan especiales como ésta.

Parece que lo convulso del mundo de hoy, la presencia cada vez mayor de españoles en el extranjero y los caprichos de la naturaleza hacen que las situaciones de crisis en las que se ven implicados ciudadanos españoles no cesen. En ese sentido, nuestros nacionales deben saber que el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación dispone de todo un equipo de diplomáticos y funcionarios públicos cuya labor diaria es garantizar la asistencia y protección de nuestros ciudadanos en el exterior y que, en caso de crisis, están al servicio del Ministerio y de sus nacionales 24 horas al día, siete días a la semana. Una dedicación y vocación de servicio público de una profesión que, al igual que el resto de funcionarios públicos, hoy parece no estar suficientemente valorada. ■

## En estos últimos meses...



**HA COMENZADO** el segundo ejercicio de la oposición. ¡Ya queda menos para que lleguen los nuevos compañeros! Ánimo a las unidades deficitarias: vuestras penurias están a punto de terminar.



**HA TENIDO LUGAR** la Jornada de Jefes, celebrada en Segovia. El Presidente de la Asociación estuvo presente transmitiendo nuestras inquietudes.



**NUESTRO PRESIDENTE** se reunió con la Decana del Colegio de Registradores para compartir ideas e inquietudes sobre el Plan Bolonia.



**FELICIDADES** al compañero José Antonio Perales, nuevo Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia, y a todos los compañeros que han sido nombrados en los recién estrenados gobiernos autonómicos.



**SE INTENSIFICA** la actividad de FEDECA, preocupada por el futuro de la Función Pública y de la organización administrativa. Con el fin de coordinar la actuación de los Delegados Sindicales recientemente elegidos, se ha celebrado una Jornada de Formación para los mismos.



**CONTINÚAN** los contactos de nuestra Asociación con otras Asociaciones de profesionales y funcionarios con los que se comparten preocupaciones: Asociación de Inspectores del Banco de España, Asociación de Funcionarios del Tribunal de Cuentas, Asociación de Fiscales...

## Curso en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo

“Demostraremos a Sus Señorías que la responsabilidad patrimonial del Estado no existe”. Con esta sugerente frase de Edmundo Bal Francés, Presidente de la Asociación de Abogados del Estado, quedó inaugurado el curso sobre *La responsabilidad patrimonial del Estado* que se celebró los días 21 y 22 de julio en Santander, en la sede de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Este encuentro jurídico fue patrocinado por Club Banesto Justicia y organizado en colaboración con la Asociación de Abogados del Estado y con la Asociación Profesional de la Magistratura.

En él participaron dieciocho Abogados del Estado y otros tantos Magistrados, llegados de todos los rincones de España, y tuvo por objeto analizar, desde una perspectiva práctica, las principales novedades en una materia que siempre es de actualidad: la responsabilidad patrimonial de la Administración. La jornada, que se desarrolló en un ambiente distendido y con la participación activa de todos los asistentes, resultó ser un éxito y



**La jornada contribuyó a estrechar lazos entre la Abogacía del Estado y la Magistratura**

contribuyó a estrechar los lazos entre la Abogacía del Estado y la Magistratura. Los dos días, con sus correspondientes noches, fueron vividos con intensidad y dieron lugar a un sinfín de anécdotas. Una experiencia profesional y personal muy enriquecedora que debería repetirse a menudo. ■

# Odio eterno al fútbol moderno

Manuel Rivero | Abogado del Estado

**S**i este relato, semiautobiográfico<sup>1</sup>, llega a publicarse, será por la ya proverbial generosidad, pareja con la temeridad, de los editores de esta revista. Por qué me he atrevido primero a escribirlo y luego a entregarlo a una publicación que, se supone, lee, o al menos recibe, gente seria, como Abogados, Ministros, Subsecretarios o Fiscales, es, sin duda, por una mezcla de aburrimiento y de osadía. Cuando uno se aburre hace las cosas más imprevisibles, como, en mi caso, escribir (algunos estudiosos sostienen que el progreso humano es hijo de la coyunda entre necesidad y curiosidad, fruto ésta, a su vez, del aburrimiento). En cuanto a la osadía, reconozco que me ha ayudado a vencer mi reticencia a mezclar el fútbol con los más triviales y efímeros asuntos de Estado que aquí se suelen tratar, el magnífico relato de mi compañero y amigo Ignacio Redondo acerca del apoyo que varios Abogados del Estado dieron *in situ*, en el propio campo de batalla, a la selección española, a España, en suma, en su conquista del título mundial de fútbol. Abierto el camino por Nacho, otros nos atrevemos a seguirlo. *Non enim dubitare potest quin artis magna pars contineatur imitatione.*

No es original el título que ampara los desvaríos que siguen, lo sé. Al menos quinientos o seiscientos grupos de aficionados, más o menos radicales, más o menos aventados, lo proclaman con orgullo

(1) Nótese que la palabra en cuestión, un tanto forzada, es de las escasas pentavocálicas.

en sus pancartas y en sus lemas. Incluso un meritorio *blog* periodístico tiene un título parecido o igual. Pero cuando los nombres están inventados, qué mejor que seguir el sabio consejo y dejar que inventen otros, al menos las denominaciones –*nomina nuda tenemus*–, yendo nosotros al alma de las cosas.

## IMPRONTACIÓN

Es el biólogo austriaco Konrad Lorenz, me parece, el que más ha desarrollado la teoría de la improntación de los animales, que, aunque referida en su caso a los córvidos, resulta íntegramente predicable de los humanos, como por cierto sucede con todas las pulsiones más elementales de la biología, a las que *more comitate* solemos llamar bajas pasiones. Consiste, explicada un tanto sucinta y quizás inexactamente, con las licencias que la informalidad del contexto permiten, en que ciertos sucesos o comportamientos primarios, iniciáticos, podríamos decir, percibidos por los seres vivos en sus liminares estados de consciencia, marcan para siempre su comportamiento, su percepción del mundo. No tengamos complejos y seamos cultos: marcan su cosmovisión, su *Weltanschauung*. Si a un animal le da su primer biberón, su primer insecto, su primer grano de trigo, un robot, u otro animal, o una persona, o, digamos fantásticamente, una cafetera que pudiese hacerlo, ese robot, ese animal, esa persona o esa cafetera serán para siempre su madre, su padre, su referente en el mundo, y los seguirá adonde quiera que vayan. Más o menos. Por ejemplo, a Lorenz, sin que él lo supie-

ra, le siguió un cuervo al que había alimentado y criado de pequeño desde Linz hasta Viena, mientras él viajaba en tren, y el cuervo supo encontrar su nuevo domicilio en Viena y volar hasta posarse en su ventana.

Claro está que la capacidad o susceptibilidad de improntación varía en función de la especie animal y de las características del sujeto. Parece que los córvidos constituyen el máximo exponente de este fenómeno de la improntación, que va disminuyendo en otras especies. Todos hemos leído las historias de domadores que crían leoncitos desde pequeños y éstos los siguen dócil y amablemente adonde quiera que vayan (improntación máxima). Hasta que un día, en un mal voluntad, se los comen (improntación mínima o nula). Igual pasa con los *pitbulls* asesinos, o las serpientes que ahogan a sus dueños después de haber vivido toda una vida de feliz cohabitación doméstica, en fin, y perdón por la nueva cita erudita: hay gente *pá tó*.

Los humanos también nos improntamos, en mayor o menor medida. Cuántos psicólogos, no necesariamente argentinos, e incluso historiadores han explicado o tratado de explicar el devenir del mundo y de la historia argumentando que Napoleón llevó pañales hasta los diez años, o que el padre de Hitler era un poco cojo, o que a Stalin de jovencito le daba azotes en el trasero su mejor amigo, o que Harry Truman se decidió a tirar la bomba atómica sobre Hiroshima porque una vez, cuando era niño, vio a una prima suya muy monina dar un lametón



**“Mi improntación futbolística seguramente proceda de unos cuantos momentos singularmente intensos, vividos todos ellos, como por otro lado es ley inapelable, la primera ley, el primer mandamiento del fútbol en la niñez o temprana juventud”**



a un helado de fresa bañado de nata. El postrer balbuceo “Rosebud” de Charles Foster Kane en “Ciudadano Kane” es un ejemplo de improntación infantil que al menos le sirvió a Orson Welles para hacer una magnífica película.

Quien esto escribe, desde luego, asume abiertamente y sin complejos haber sido víctima, sujeto pasivo, de la improntación o, mejor, de muy variadas improntaciones que se van descubriendo con nítida desdicha, con lacerante lucidez, a medida que pasan los años y que a no dudar culminarán, con menos repercusión literaria pero con la misma intensidad, en algún particular “Rosebud”. Pero dejémonos de divagaciones y volvamos al tema que nos ha traído aquí.

### QUÉ TIEMPOS

Mi particular improntación futbolística seguramente proceda de unos cuantos momentos singularmente intensos, vividos todos ellos, como por otro lado es ley inapelable, la primera ley, el primer mandamiento del fútbol, en la niñez o temprana juventud. Junto a la que acaba de enunciarse, hay una segunda ley inexorable: aunque creas que te gusta o te apasiona el fútbol, si no has jugado al fútbol, aunque sea en el patio del colegio, o en cualquier espacio abierto mentalmente convertido en estadio, si no te han dado dos o tres patadas, empujones,

o no te han humillado amargamente con una goleada estruendosa y no has sentido desvanecerse tu autoestima, sin que consuelo alguno, humano o divino, haya podido aliviar tu hundimiento, el fútbol te podrá divertir, entretener o podrás utilizarlo como, digamos, telón de fondo o pretexto para otras diversiones: copas, reuniones, relaciones sociales, etc. Pero aunque no lo sepas, no te gusta el fútbol, no entiendes de fútbol. Saber y sentir no son términos antitéticos en el fútbol. No sabes si no sientes, no comprendes si no te apasionas.

Relataré brevemente tres momentos iniciáticos, improntantes, de los que guardo memoria. Seguramente con el paso de los años me vengan más a la cabeza, como suele suceder.

La que recuerdo como primera improntación tuvo lugar en la calle, en una alameda cercana a mi casa. Mis condiciones físicas no eran las más propicias para el fútbol, pero obviamente aquello carecía de toda importancia en el contexto callejero-infantil. Jugaba de portero, había unas niñas cuchicheando risotadi-

llas y patinando cerca y –nobleza obliga– me sentí en el deber de hacerles alguna maldad. O varias maldades, creo. Pese a que no había entonces Institutos ni Observatorios, ni Delegaciones Gubernamentales *ad hoc* que pudieran censurar mi infame proceder, la arrogancia de género recibió merecido castigo: mientras yo me entregaba a la perdición, un balón manso, rebotado, entró despacito en la portería que jalonaban un montón de libros y varios jerséis. Entró el balón como a cámara lenta, y lo vi desde lejos (había abandonado traidora e imperdonablemente mi posición) sin poder hacer nada, petrificado. El gol fue crucial, porque dio el triunfo al equipo contrario, y se me echaron encima todos los de mi equipo, profiriendo un sinfín de improperios y reproches. Mi vergüenza fue infinita, mi humillación absoluta. Pero el aprendizaje fue brutal, iniciático e improntante, por los siglos de los siglos: supe de golpe que el fútbol y las niñas eran mundos incompatibles, que éstas te podían llevar a la perdición, que por encima de todo está el equipo al que te debes. Los insultos, el conato de pelea, los rasguños y la posterior reprimen-



**El sabor a barro,  
las tardes de lluvia,  
el olor a Farias,  
la emoción de la  
derrota, la histeria de  
la victoria, el sopor  
de la vuelta tras  
un desplazamiento  
agotador, son  
escenarios que van  
pasando a formar  
parte del ADN  
personal**

metafórica), los insultos desmedidos al árbitro, la aparición de la Guardia Civil y, sobre todo, sobre el minuto diez de la segunda parte, el violento choque entre el lateral derecho y el extremo izquierdo, que cayeron y fueron deslizándose imparablemente por el barro hasta arrasar con mi amigo y conmigo, espectadores de banda, al borde de la cal, y caer todos enlodados en una melé infame, en medio del barro y de la lluvia. Tragué hierba, barro y agua, sufrí la entrada con los tacos por delante (involuntaria, todo hay que decirlo), de aquel defensa inmensamente corpulento, y a resultas de aquello pillé un catarro que me tuvo fuera de juego varios días, con fiebres desmesuradas que duraron un par de semanas.

#### LA HERENCIA, DEM FALL DER GÖTTER

El sabor a barro, las tardes de lluvia, el olor a Farias, la emoción de la derrota, la histeria de la victoria, el sopor de la vuelta tras un desplazamiento agotador a cualquier ciudad, un domingo por la noche, con cuatro goles en el zurrón son escenarios que van pasando a formar parte del ADN personal. Pasaron a formar parte del mío, envueltos en la lealtad más allá de lo racional a unos colores, a un equipo, cuyos jugadores son meros tenedores fiduciarios o detentadores temporales de una camiseta o un escudo que sólo a uno le pertenece.

Las cosas estaban claras, los contornos nítidos. El mundo era coherente. Cuando uno viajaba con el equipo, o sea, tras el equipo, sabía que si, por ejemplo, iba a los Templos del Dinero, el oropel y las luces (los Templos del Mal, en definitiva), el Bernabéu o el Nou Camp, la inmolación gratuita y la aflicción profunda estaban garantizadas, y el berrinche estéril se daba por descontado. Si se iba a Bilbao, San Mamés era el Averno, la morada del rival, el volcán ardiente en el que se anhelaba la autoinmolación, aunque en este punto es de ley reseñar que siempre se ha mantenido un punto de respetuosa admiración y, por qué no, de envidia hacia el vecino *zurigorri*, que supo mantener, mal que bien, aunque teñidas con más política de la deseable, las esencias tribales y la referencia telúrica en un mundo desconcertado e invadido por alienígenas y macarras de ultramar.

da materna cayeron inmediatamente en el olvido, aunque el episodio *—more improntatione—* vuelva ahora a mí.

El fútbol ya era el rey, la entrega al equipo un sagrado deber, la victoria el único objetivo. La segunda improntación llegó una noche en la que mi padre oía por la radio un partido de fútbol y *—debía yo estar muy aburrido—* empecé a seguir la narración. La transmisión era endemoniada, los zumbidos y las interferencias (*¡ah, qué tiempos, en los que tenías que imaginarte los lances del partido que te narraban!*) apenas dejaban oír al locutor, pero el resultado era claro. Ganábamos 0-3 al descanso, era un partido de vuelta de Copa y a la ida habíamos empatado a cero. Todo encarrilado. Entre los zumbidos y los deberes oí cómo nos marcaban el 1-3, se acercaban peligrosamente con 2-3, empataban al filo del minuto 90 y en la maldita prórroga nos colaban el 3-4 que nos apeaba de la Copa. Llanto irreprimible, berrinche total. Supe entonces *—segunda lección—* que la vida es injusta, que nunca puedes dar nada por seguro, que un instante de distracción extravía toda una vida y que el fútbol condensa

esa suprema injusticia: no siempre ganan los mejores, la suerte tiene un papel esencial, lo malo te lo ganas tú solito, lo bueno, además de pelearlo con denuedo, tienes que confiar en que no te sea negado por la fortuna adversa. En fin, filosofía barata pero la vida en estado puro. Además del berrinche, fidelidad eterna y perruna a unos colores, a los que hasta entonces había visto como una simple excusa dominical para pasar la tarde fuera de casa (y que, a qué negarlo, sigue siendo uno de los principales atractivos o utilidades del fútbol para muchos, conciliación de la vida personal y familiar dicen los bienpensantes).

Tercera improntación: debía ser 1974, más o menos, enero o febrero, la tarde era endemoniadamente invernal, pero todo pretexto era bueno para saltarse las prácticas de literatura, el comentario de texto de Unamuno o *—peor aún—* Juan Benet, o *—el colmo de la desgracia—* Joyce. Junto con un amigo, fui a un campo hoy inexistente en el que su hermano mayor jugaba un partido de segunda regional, al parecer decisivo para las aspiraciones de su equipo. Un duelo en la cumbre, un choque crucial, vaya. El partido en cuestión era un Nueva Montaña-Perines, dos equipos cimeros y clásicos de toda la vida de la regional santanderina, entonces, hoy y siempre. No sé cómo quedó el partido, pero recuerdo la lluvia infame, la galerna del Cantábrico (real y no

Quede claro que –otra ley inexorable– acabado el lance, finalizada la lid, terminado el partido, los códigos tribales de identificación con los colores terminaban o se matizaban hasta disolverse y se reconocía en los hasta hace un segundo enemigos mortales a seres como tú, con los que era posible la cohabitación y el compañerismo. Recuerdo que hace pocos meses, un amigo y compañero de trabajo, sevillano y miembro de uno de los dos credos que, en lo que al fútbol hace, dividen dramáticamente a la ciudad de Sevilla, me recibió amablemente con motivo de la visita de mi equipo, y la mía propia, aprovechando unas oportunas vacaciones por el Sur, a esa ciudad. Abrazos, invitación aceptada, unas cervezas en común, en la sede de su peña, chistes, comentarios, política, trabajo, en fin, confidencias sobre otras cosas menos confesables –ambos esperamos que no lea esto quien no debe–, amistad, en suma. Amistad hasta que imperceptiblemente, a medida que se acercaba la hora del partido una tenue neblina de desconfianza e incomprensión, primero, y de decidida aversión después, se fue como filtrando por debajo de la puerta e invadiendo el ambiente. Conscientes de que lo que hay que hacer en tales casos, y de que los restantes devotos empezaban a mirarme como lo que era, un indeseable rival, nos despedimos y partimos cada uno hacia su sitio en el campo, distante y distinto. Así son y así deben ser las cosas.

Durante una visita al País Vasco, otro amigo me espetó un día, cuando su equipo, hoy felizmente (para él) reintegrado entre los grandes, nos había endosado una goleada y las cosas pintaban bien para su credo: *“La Liga pinta txuri-urdin”*. Ja, ja. Estaba cantado lo que le respondí a los pocos meses, cuando de lo dicho nada de nada, y no sólo eso, sino que bajaron a segunda: *“voy a pasar por Donosti. Espero invitación”*. A cumplir el código de honor. El mismo código de honor, por cierto, que amenaza con arruinarme si mantengo mi invitación a comer a otro amigo del Madrid cada vez que nos gane.

Con ese precipitado (mejunje, quizás) biológico-cultural en el zurrón, los domingos se hacían más llevaderos y la vida seguía. Vino la, por llamarle de alguna manera, madurez personal, asunción de responsabilidades, trabajo, en fin, la insoportable pesadez del ser cotidiano, en la que el fútbol, para los iniciados como yo a través de esos caminos épicos y un tanto neblinosos de la infancia y adolescencia conservaba la pureza de las certezas primarias, la nitidez de lo que no admite réplica.

Pero poco a poco fueron penetrando en el mundo que uno creía puro del fútbol antiguo las luces, las tramoyas, las galaxias, el espectáculo, las rubias, los ferraris, los extranjeros, las fiestas en discotecas de lujo, los ladrillos recalificados

y, en fin, las bandas de encorbatados fumadores de puros con asiento en el palco y acceso privilegiado a las dependencias consistoriales, consejeriles y, quién sabe, de esto último no estoy seguro, incluso ministeriales.

Todo hay que decirlo, también el fútbol moderno ha permitido asistir a memorables espectáculos, como ver a un compacto grupo de intelectuales sedicentemente de izquierdas cantar de pie en el palco –belfo trémulo, emoción indisimulable– *Els Segadors* delante de una formación de costamarfileños, argentinos o cameruneses que asistían uniformados de blaugrana al espectáculo; nunca los bravos Almogávers habrían permitido tamaño porcentaje de mercenarios a sueldo en sus filas. O contemplar cómo una bandada de energúmenos *border-line* ondeaban banderas españolas con el pollo delante de tipos con nombres como Mamadou, Makelele o Mezut, tan poco representativos de la esencia patria y de la fe que nuestros mayores defendieron en Lepanto o en Las Navas de Tolosa frente a los antepasados de los susodichos. Vivir para ver.

Y a medida que tal sucedía, que las gradas se alejaban del campo de batalla, que las luces, la publicidad, los autógrafos, la televisión digital y el *pay per view* invadían este mundo y el fútbol empezaba a jugarse no en el campo sino en los píxeles de la tele y en las salas de estar



“ Pero poco a poco fueron penetrando en el mundo que uno creía puro las luces, las tramoyas, las galaxias, las rubias, los ferraris, los ladrillos recalificados y, en fin, las bandas de encorbatados fumadores de puros con asiento en el palco ”

**“Sigo encontrando razonable la opinión de un buen amigo, que sitúa a Maradona y a Pelé, junto a Alejandro Magno, Menéndez Pelayo o Camarón, en el Olimpo de los seres humanos con más talento o influencia.”**



de Tokio, Kuala Lumpur o Los Angeles, prescindiendo de la lluvia, el calor, el polvo, el barro y el crujido de las patadas sobre las espinilleras, los más fanáticos acentuaron sus reflejos tribales, último refugio ante lo que venía, y empezaron a aparecer los nombres tremebundos, casi siempre recordando gestas guerreras o intensamente identificados con la tierra: Almogavers, Herri Norte Taldea, Celtarras, Orgullo Vikingo, Escuadra Imperial, Concanos, una cosa, vaya. De ahí a ser refugio de macarras o, en muchos casos, de delincuentes, mediaba un paso, seguido de otros muchos, que se dieron hace tiempo, conformando hoy el panorama del fútbol y de lo que le rodea una imagen no demasiado atractiva, la verdad.

#### TEMPUS FUGIT

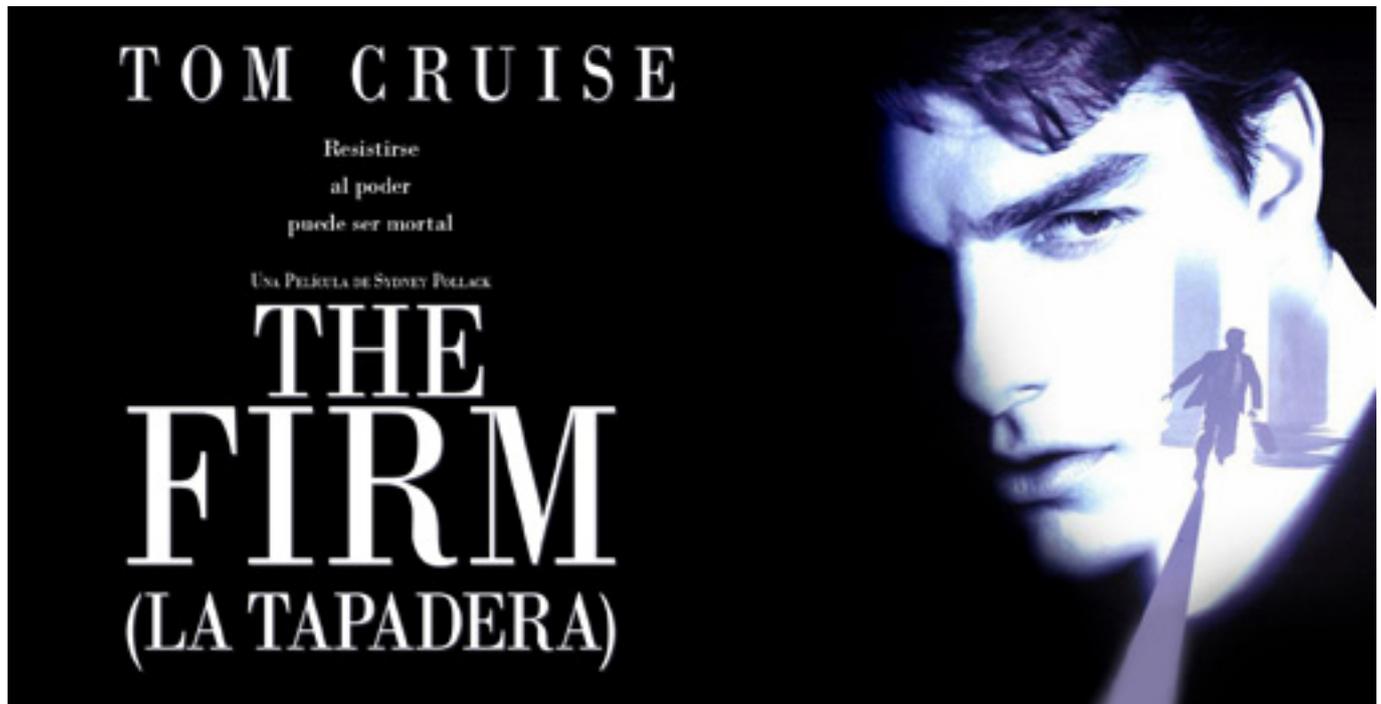
Pasan los años, y con ellos la juventud. Uno va volviendo a las esencias, o que cree tales, de la mano —de los pies, mejor— de su hijo, oficiante los domingos como carrilero (o quizás media punta lo llamen ahora) en duros campos de regional, con la pareja de la Guardia Civil en la banda, atenta siempre a reprimir con la dureza que las circunstancias exigen los desmanes de la afición visitante, mostrándose a la par respetuosa, como ordenan los derechos cívicos de un Estado social y democrático avanzado, con los desvaríos de los fanáticos locales en su apoyo al equipo del pueblo. Como debe ser.

Porque en todo el proceso vital que he relatado dos cosas hay que permanecen y de las que no te puedes librar: tus hijos y tu equipo. Se trata de vínculos biológicos, telúricos, de sangre. Puedes cambiar de país, de patria, de oficio, de partido político, de mujer/marido, de religión, de coche, de ciudad. Pueden variar tus gustos literarios, puedes considerar que el gobernante al que votaste hace unos meses tuvo que haber sobornado en su día al Director de su Instituto para haber aprobado la selectividad, en fin, la colectivización forzosa de los medios de producción o la desregulación absoluta de los mercados financieros son opciones que se aproximan bastante a veces a la elección de vermú que atormentaba a los clásicos: ¿Martini o Cinzano? Mientras tu equipo no entre en concurso o, casi peor, baje de categoría, el mundo será razonablemente habitable.

Tras ello confieso no sólo que he vivido, como el poeta, sino también que asistí en mi casa, solo, delante del televisor, tomando un cortado, a la Final en la que fuimos Campeones del Mundo. Canté el gol de Iniesta, también yo solito, primero frente a la tele, y después valientemente asomado a la ventana, con una especie de patriotismo obligado, quién sabe si por mi condición funcionarial, recibiendo al final del partido, muy orgulloso, eso sí, las llamadas y las felicitaciones de familiares y amigos de medio mundo, pero sin acostarme ni un minuto más

tarde de lo acostumbrado. El desapego al fútbol moderno había prendido ya en mí.

Todo ello no quita para que uno siga encontrando razonable la opinión de un buen amigo, que sitúa a Maradona y a Pelé, junto a Alejandro Magno, Menéndez Pelayo o Camarón, en el Olimpo de los seres humanos con más talento o influencia; o que también uno se emocione pensando en lo que pasaría por la cabeza de un empleado de un oscuro y neblinoso pueblo de la Checoslovaquia comunista, al que le habían prometido medio kilo de salchichón y un paquete de mantequilla si su equipo ganaba el partido, cuando en la final de la Eurocopa de 1976 fue a tirar ese último penalti de la tanda final, frente a la todopoderosa Alemania. Quien, llegado hasta aquí en la lectura de este relato, nunca haya oído antes hablar de Panenka podrá ser un buen abogado, un próspero agente de bolsa, un exitoso político o, en fin, un buen padre de familia, pero nunca podrá entender por qué cayó el Muro de Berlín, o por qué unos bancos dirigidos por unos tipos tan sobrados seguirán ganando muchísimo dinero y dentro de unos diez o quince años la avaricia de los de siempre nos habrá llevado a otra crisis igual o parecida a la actual. Panenka y su penalti nos enseñan que, afortunadamente, los seres humanos, aunque finitos, somos, cada uno, irrepetibles e irremplazables. Odio eterno, pues, al fútbol moderno. ■



## Comentario de la película “La Tapadera”

# EL CINE EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA (VI)

Ignacio del Cuvillo Contreras | Abogado del Estado

### I. INTRODUCCIÓN

Casi todos sabréis quien es John Grisham. Es un famoso autor de novelas de intriga jurídica (*legal thrillers*), prácticamente todas incluidas entre los libros más vendidos del año (*best sellers*). Grisham, de 55 años, practicó la abogacía en su juventud en una ciudad del sur de los Estados Unidos, en el Estado de Mississippi, especializándose en procesos penales y en acciones de responsabilidad civil por daños. Publicó a duras penas una primera novela titulada *Tiempo de Matar* y dio en la diana con su segunda, *La Firma*, cuyos derechos adquirió un grupo de productores asociados, que la convirtieron en la película que voy a comentar. El título español de *La Tapadera* es inoportuno por ser demasiado revelador.

Las obras de Grisham no carecen de interés para el jurista. Están escritas con

habilidad y conocimiento, mantienen la atención en todo momento y son de lectura útil, ya que nos revelan los detalles de los procesos judiciales americanos y la forma de actuación de jueces, fiscales y abogados y dan cobijo a complicadas tramas donde bullen personajes de toda índole, dedicados al tráfico de drogas, la evasión fiscal, el fraude contractual y las más diversas formas del ilícito, tratadas por un autor de rigurosa formación jurídica práctica. Ocho de las novelas de Grisham han pasado a la gran pantalla, de las que cito, además de *La Tapadera*, *El Informe Pelicano*, *El Cliente*, *La Cámara*, *Legítima Defensa* y *El Jurado*.

### II. DIRECCIÓN Y REPARTO

*La Tapadera* fue dirigida en 1993 por Sidney Pollack, una estrella del oficio, como se ve en películas como *Jeremiah Johnson*, *Tal como éramos*, *Memorias*

*de África* o *La Intérprete*. Pollack maneja escenarios de gran belleza para una película que no está entre las mejores de su época pero que logra entretener con su trama de intrigas legales y ambiciones. La cinta sonora es admirable, con ecos de *blues* y recuerdos de Elvis Presley, Aretha Franklin y Johnny Cash. Su autor, Dave Grusin, obtuvo una nominación para el Oscar de 1994 junto a la actriz secundaria Holly Hunter, cuyo trabajo de apenas seis minutos comprendía un a modo de antecedente del turbio asunto de la becaria de Clinton, y que obtuvo el premio ese año como actriz principal por *El Piano*.

El cuadro de intérpretes es desigual, mientras los secundarios son espléndidos –véanse el eficaz Gene Hackman, Hal Holbrook, Ed Harris y la citada Holly Hunter– la pareja protagonista no siempre da la talla. Tom Cruise fue

una elección hecha de cara a la taquilla, se mostró como joven actor de éxito en películas como *El color del dinero* con Paul Newman y *Rain Man* con Dustin Hofman, y era admirado por mujeres de todas las edades, pero sus dotes interpretativas eran más que dudosas, y qué decir de Jeanne Tripplehorn, una guapa muchacha como tantas otras, cuya única actuación de interés se produjo en *Instinto Básico*, donde, sin embargo, fue eclipsada por la bella y audaz Sharon Stone.

### III. LA TRAMA

El guión de *La Tapadera* padece de la dificultad de reflejar en algo más de dos horas una trama complicada como suelen ser las de Grisham y no lo consigue del todo. Mantiene la intriga, aunque nos vamos enterando demasiado pronto del principal misterio. Paso a exponer el guión para luego abordar el planteamiento de la clave jurídica.

Mitch McDeere, graduado en leyes por la Universidad de Harvard, recibe múltiples ofertas de trabajo de prestigiosos bufetes, entre ellos uno de dimensión reducida –Bendini, Lambert & Locke– de Memphis, en Tennessee junto al río Mississippi. La oferta incluía un salario cercano a los 100.000 dólares con mejoras anuales, bonus, hipoteca de bajo interés para la vivienda, automóvil europeo de lujo y cancelación de los préstamos escolares. En la entrevista, un socio deja saber a Mitch que sobornó a un empleado del Centro de Trabajo de Harvard para que le descubriera la oferta más alta y elevarla en un 20%. Mitch acepta en el acto, ocultando tener a su hermano Ray en la cárcel, pero su mujer, Abby, reacciona con escepticismo: “¿Por qué te ofrecen eso?”.

En la pareja siempre hubo tensión en lo referente al dinero. Abby procedía de una familia de buena posición y sólo esperaba vivir feliz con su marido. Mitch, en cambio, procedía de un estrato social muy modesto, se había elevado gracias a su esfuerzo y se creía obligado a conseguir la luna para su mujer. Así, cuando recibe la oferta, se ciega y no hace preguntas.



Una película que no está entre las mejores de su época pero que logra entretener con su trama de intriga y ambiciones

Abby y Mitch, a su llegada a Memphis, son agasajados por los socios y sus esposas. Les advierten de que el despacho funciona como una gran familia e incluso les dicen que la llegada de hijos es bien vista por dar estabilidad a las parejas. Los nuevos abogados son tutelados por un socio antiguo, en este caso Avery, personaje interpretado por Gene Hackman, alma de la película y de muchas otras como *Superman*, *Arde Mississippi*, *Acción judicial*, *Sin perdón* o *El jurado*. Abby consigue empleo en una escuela infantil.

A poco de iniciar Mitch su trabajo, dos miembros del despacho mueren en las Islas Caimán en un misterioso accidente. Casi en seguida, toman contacto con Mitch dos hombres del FBI. No lo dicen, pero le dejan saber que lo vigilan y le dan pistas sobre lo ocurrido realmente a sus colegas. Mitch ya no puede ignorar lo obvio, empieza a indagar en los archi-

vos de la firma y descubre pronto que nadie la ha abandonado y ha sobrevivido.

En un viaje a Gran Caimán con Avery, Mitch le oye a hablar con un cliente de la familia Moralto, los amigos de Chicago. Allí en la playa, tiene una aventura sexual con una desconocida. A su regreso, visita a su hermano Ray en el presidio y le confiesa la situación. Para averiguar más sobre el despacho y a instancias de Ray, contrata a Eddy, un investigador privado, y lo matan a tiros sin saber que su secretaria Tammy estaba delante, bajo la mesa de su jefe... Mitch se ve acosado por todas partes, en especial por el FBI, que le revela las relaciones de su despacho con la mafia, “*allí todos lo saben*”, y le exigen copias de los documentos necesarios para probar las actividades delictivas de la firma, a lo que se resiste Mitch, lanzando las siguientes palabras a la cara del agente Tarrance:

–*Se lo digo claro, usted quiere que robe los expedientes, se los de al FBI, mande a mis colegas a la cárcel... infrinja el privilegio abogado-cliente, con lo cual me expulsan del Colegio, y que testifique en juicio contra la mafia... ¿está usted loco?*

A partir de aquí todo se precipita y se suceden con rapidez los cambios de escenario. Mitch informa a sus jefes de la entrevista con el FBI. Revela la situación a su mujer y le susurra al oído



“La clave jurídica de la película gira en torno al respeto del privilegio abogado-cliente, o sea, en nuestro derecho, del secreto profesional del abogado”

que hay micrófonos en la casa. No ve otra opción que copiar los expedientes para lo cual se alía con Tammy, la secretaria de Eddy. El Jefe de Seguridad del despacho le enseña fotos de su aventura en Caimán y amenaza con enseñarlas a su esposa. Sus compañeros le dan una fiesta por su éxito en el examen de ingreso en el Colegio de Abogados, donde presta juramento de respetar la confidencialidad de los asuntos de sus clientes. Confiesa a Abby la aventura de Caimán. Lleva a Tammy los expedientes sustraídos. Un cliente se le queja de que le hayan sido facturadas horas en exceso, lo que constituye delito federal. Pide al FBI por los expedientes un millón y medio de dólares y la liberación de Ray y facilita al agente Tarrance, para presionarlo, una grabación de una reciente conversación en la que se escuchan coacciones a Mitch. Revela a su esposa sus planes y con vistas a aparentar una separación, fingen que ella se va a ver a su madre, supuestamente enferma, a fin de engañar a sus jefes ya que los micrófonos registran todo.

El FBI accede a pagar. Mitch se apodera de las facturas infladas. Avery visita a Abby en la escuela, de la que ella se está despidiendo, y le propone acompañarlo a las Islas Caimán. Abby decide ayudar a Mitch y urde una trama con Tammy para ir a Caimán, aparentando acceder a las proposiciones de Avery, a buscar los expedientes de las facturas que están en

su archivo. Ray queda en libertad y da esquinazo al FBI. Mitch habla con los clientes sobrefacturados. Abby se encuentra con Avery en el bar del hotel y accede a pasar a su habitación. Avery, borracho, no logra seducir a Abby y se duerme. Abby se hace con los expedientes y los entrega a Tammy, que da las copias a Ray, de quien se ha hecho más que amiga, y éste las lleva a Memphis. Al día siguiente, Avery descubre las intenciones de Abby, pero se pone de su parte. Poco después, Mitch se entera del suicidio de Avery. A continuación, es objeto de una trepidante persecución por los esbirros del despacho, que acaban perdiendo la vida.

Llegan de Chicago los hermanos Morolto, alarmados. Mitch se entrevista con ellos y les dice que su despacho *“ha actuado de una manera totalmente contraria a la ética profesional y ha montado una conspiración facturando en exceso a los clientes, que nada sabía cuando fue contratado, que iba a denunciarlo y que necesitaba su autorización escrita para usar las facturas como elemento probatorio de la denuncia pero que ello no suponía la derogación del privilegio abogado-cliente, que seguía siendo su abogado aunque dejara el despacho”*.

Como habían hecho los demás clientes, los Morolto firmaron, no tenían otra salida. Mitch deja a su hermano el dinero

del FBI para que rehaga su vida junto a Tammy y da al agente Tarrance copias de las facturas fraudulentas para que proceda contra la firma. Al final, Mitch y Abby abandonan Memphis y se dirigen a Boston a emprender una nueva vida.

#### IV. EL PRIVILEGIO ABOGADO-CLIENTE O SECRETO PROFESIONAL

El guión permite descubrir que la clave jurídica de la película y la cuestión más importante que plantea gira en torno al respeto del privilegio abogado-cliente, o sea, en nuestro derecho, del secreto profesional del abogado. El FBI levanta a Mitch la tapadera de las actividades ilegales (evasión fiscal, blanqueo de dinero) a que su despacho se dedica, incluida la eliminación de los socios que pretenden abandonarlo y le pide copias de los expedientes que prueben la existencia de dichas actividades. Si Mitch accede, infringe claramente el privilegio abogado-cliente y puede ser expulsado del Colegio de Abogados.

Repasemos unos breves antecedentes históricos y actuales. En el régimen de *common law* el objeto del privilegio abogado-cliente (en adelante privilegio legal), de cuya existencia hay datos desde finales del siglo XVI, es proteger el acceso de los ciudadanos al sistema judicial permitiéndoles dar a su abogado una información completa sin temor a que llegue a poder de terceros.

El *Black's Law Dictionary* (1990), para los Estados Unidos de América (EEUU), define el privilegio legal como el derecho que tiene el cliente a negarse a revelar o a que se revelen las comunicaciones confidenciales entre él y su abogado hechas con el propósito de dar o recibir consejo legal. También atribuye derecho al abogado a no prestar testimonio sobre dichas comunicaciones. Pero, al ser el privilegio un derecho del cliente, éste puede renunciarlo en cada caso.

En España, el secreto profesional de los abogados se remonta a las Partidas de Alfonso el Sabio (año 1265), que lo recogen en forma de prohibición: “*descubrir los secretos de su parte contraria, o a un tercero en su favor*”, y se ha mantenido hasta hoy. La sociedad considera esta institución del secreto como una garantía de la seguridad de la información confiada a los abogados por sus clientes, esencial para el ejercicio de los derechos fundamentales a la defensa y a la intimidad de los ciudadanos, recogidos en los artículos 18 y 24 de la Constitución española.

El secreto profesional se consagra en el artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): “*Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos*”.

Es de observar que la anterior redacción está formulada como una obligación de los abogados, pero obviamente debe verse a la vez como un derecho de los clientes.

Sin duda, el texto donde mejor se recoge el contenido y alcance del deber de secreto profesional es el Código Deontológico de la Abogacía Española aprobado el 30 de junio de 2000. En su artículo 5 se considera el secreto profesional como un derecho y deber primordial de la Abogacía y se dice, entre otros extremos, que “*la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado (...) impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto respecto de*

*todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, sin que pueda ser obligado a declarar sobre los mismos (...) en caso de ejercicio de la abogacía en forma colectiva, el deber de secreto se extenderá frente a los demás componentes del colectivo (...) estos deberes permanecen incluso después de haber cesado en la prestación de los servicios al cliente, sin que estén limitados en el tiempo*”.

El deber/derecho de secreto, cuando se trata de una empresa cliente, se ha puesto en entredicho por la sentencia AKZO del

“ Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos ”

Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2010 (asunto C-550/07, Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd, contra Comisión Europea y diversas asociaciones de abogados, con antecedente en AM & S contra Comisión de 18 de mayo de 1982). El Tribunal había reconocido que la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados y clientes debía ser objeto de protección, pero precisó que la misma estaba supeditada a que se tratara de correspondencia vinculada a la defensa del cliente y a que el abogado fuera independiente, es decir, no vinculado al cliente mediante relación laboral. El abogado interno, aunque esté colegiado como abogado en ejercicio, no tiene el mismo grado de independencia respecto al empresario que los abogados de un bufete externo respecto a sus clientes.

En España, los Colegios de Abogados se han solidarizado con los abogados internos. No es fácil formar criterio sobre esta cuestión. Para mí, la dependencia o independencia del abogado está en su sentido personal de la ética, individual y profesional y en su capacidad real de ponerlo en práctica. Es peligroso generalizar. Cuando el asesor de la empresa sea abogado, tal cual lo define la LOPJ, el cliente debe tener derecho al secreto y el abogado el deber de respetarlo y lo mismo los terceros. Si cabe dudar de la independencia del abogado interno, igual sucede con el externo. En un mercado de



“El privilegio legal no se reconoce cuando las comunicaciones se usan para cometer un delito, ni cuando el cliente, al solicitar la asistencia legal, planea ya la comisión de actos delictivos o fraudulentos”



servicios jurídicos fuertemente competitivo. La sentencia AKSO deja traslucir un criterio ultraliberal exagerado, fruto del caso que se discutía, ligado a la investigación de una infracción del derecho de la competencia.

Respecto a los Abogados del Estado, hasta 21 de abril de 2006 no apareció la Instrucción número 3 de la Abogacía General sobre la observancia de normas deontológicas en las funciones de asistencia jurídica. Tanto la vigencia de la LOPJ y de la Ley de Asistencia Jurídica de 1997, como la publicación de los Códigos de los Abogados de la Unión Europea y de la Abogacía Española fue-

ron un estímulo para la regulación expresa de los deberes de secreto de informaciones y de discreción en los asuntos conocidos por razón del cargo. Hasta entonces había regido la normativa general de los funcionarios públicos, que matiza esos deberes por obra del principio de dependencia jerárquica. Con ello, se abre un cierto margen de duda en cuanto a la posible aplicación a los empleados públicos del criterio de la sentencia AKZO.

#### V. APLICACIÓN DEL PRIVILEGIO LEGAL EN LA PELÍCULA

A poco de comenzar el abogado McDeer su trabajo en Bendini, Lambert

& Locke, el FBI levanta la tapadera que oculta los turbios manejos de la firma y deja que Mitch vea por qué y para qué lo han contratado en tan favorables condiciones y contemple la perspectiva que le aguarda. Tiene varias opciones: 1) seguir en el despacho y participar o implicarse en la comisión de los actos ilegales; 2) abandonar el despacho con grave riesgo de su vida, o 3) colaborar con la policía federal y facilitarle la pruebas requeridas, con infracción del privilegio legal y riesgo claro de expulsión del Colegio de Abogados y quizá también de su integridad física y la de su mujer.

Si nos viéramos metidos en un lío semejante al de Mitch, no creo que se nos pudiera exigir la huida del despacho, expuestos al acoso de las fuerzas del mal. Son evidentes las dificultades probatorias que tendría una denuncia, esté el escenario situado en los EEUU, en España o donde sea. Por cierto que conozco de buena tinta un caso real parecido, de menos riesgo pero no carente de él, en el que el abogado canceló unilateralmente su relación laboral, no denunció y logró salir por pies.

Mitch eligió en principio obedecer al FBI, aun a costa de infringir inicialmente el privilegio legal, pero a la postre consiguió burlar a los agentes y al despacho gracias al descubrimiento de una





“La lucha contra el terrorismo, las conspiraciones financieras y los grupos del crimen organizado, ponen en jaque continuamente al secreto profesional de los abogados”

*Association* a sugerir una cooperación razonable de los abogados con las autoridades. A raíz del 11 S, las preocupaciones aumentaron y la *Patriot Act* aprobada por el Congreso trasladó al sector privado los deberes de investigación criminal. Más adelante, el caso *Enron* y otros escándalos financieros hicieron a la *Securities and Exchange Commission* (SEC), órgano rector de los Mercados de Valores, adoptar una norma exigiendo a los abogados informar a los primeros ejecutivos de la sociedad e incluso a los órganos sociales de las infracciones de la legislación reguladora del mercado cometidas por la misma o sus agentes.

Veo en esta evolución un reflejo de la tensión habitual entre las ideas de libertad y seguridad. En *La Tapadera* se nos muestran abiertamente los métodos usados por el FBI para reprimir el delito y el fraude de los grupos mafiosos, asistidos por sus abogados, y cómo se presiona al abogado llevándolo al umbral de la infracción de sus deberes éticos. La lucha contra el terrorismo, las conspiraciones financieras y los grupos del crimen organizado, ponen en jaque continuamente al secreto profesional de los abogados y éste podría verse matizado por medidas estatales, que una política prudente debería reducir a lo indispensable, y por un sincero ejercicio ético por parte de los abogados, a nivel individual y colectivo, pero es imprescindible para el ejercicio de la profesión jurídica que el secreto profesional sobreviva. ¿No os parece? ■

práctica delictiva constitutiva de numerosos delitos federales, severamente penados, como era la facturación en exceso de horas trabajadas, que logró denunciar mediante la renuncia de los clientes afectados a su derecho al privilegio. La actuación del abogado McDeere parece correcta, ¿verdad?

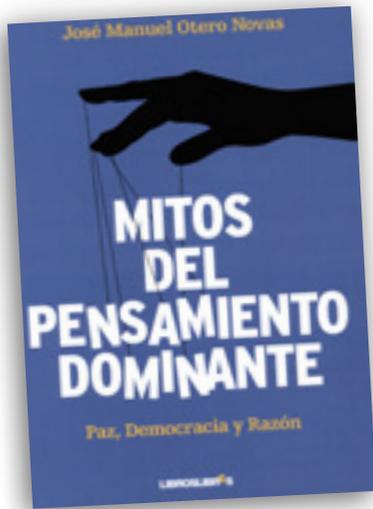
## VI. TENDENCIAS ACTUALES

Respecto a la evolución posterior del privilegio legal, particularmente en los EEUU, recordemos que la película se rodó en 1993 y que la novela de Grisham se había publicado en 1992. Desde entonces, la inseguridad mundial se ha incrementado y, para hacerle frente, se han introducido excepciones a la aplicación del privilegio legal, que ya no se reconoce cuando las comunicaciones se usan para cometer un delito, ni cuando el cliente, al solicitar la asistencia legal, planea ya la comisión de actos delictivos o fraudulentos. Ahora bien, si el abogado llega a saber o sospechar que el cliente se propone cometer o ha cometido un delito o fraude, su situación es bien difícil, y así lo era la de Mitch McDeer en la película, con o sin excepciones al privilegio. En efecto, las Reglas de Conducta de la *American Bar Association* no autorizan a los abogados a incurrir en ilegalidades ni a asistir a un cliente en actividades de tal carácter, aunque puedan asesorarle sobre

las consecuencias legales de una determinada conducta.

Desde los mismos años noventa, el *General Attorney* (Fiscal General) inició un proceso de presión dirigido a promover la renuncia del privilegio por parte de las corporaciones. En el año 2002, el G-7 adoptó la llamada Iniciativa *Gatekeeper* (Guardián) a fin de desarrollar políticas para combatir el blanqueo de dinero utilizando a los profesionales que asesoran en las operaciones financieras. El estudio de la Iniciativa citada por el Departamento de Justicia de los EEUU ha llevado a la *American Bar*





# Mitos del pensamiento dominante

## Paz, Democracia y Razón

José Manuel Otero Novas / Editorial Libros Libres

**P**az, Democracia y Razón son consideradas hoy ideas avanzadas, propias de nuestro tiempo, que diferencian los últimos cien años de otros periodos de la humanidad. El autor trata de analizar si de verdad son aceptadas y con que alcance.Cuál es su contenido mítico.

Pese a considerar la guerra como un gran Mal, estudia la guerra como fenómeno siempre recurrente, incluso con intensidad mayor, pese a los periódicos gritos de “nunca más”; natural como lo es el conflicto y la competencia; también generador de virtudes y progreso; deseado como necesario para el hombre y la sociedad por pensadores de todas las épocas; aceptado como posiblemente moral por las filosofías religiosas.

Aunque no se pueda eliminar, debe tratar de evitarse, lo cual impone conocer sus causas. Dentro de ellas se contemplan las psicológicas, sociales e individuales, investigando las tendencias belicistas latentes hoy en Francia, Alemania, Rusia, Europa en conjunto respecto de EEUU o a la inversa; y también el aburrimiento juvenil que embalsa fuertes tendencias al conflicto. Las derivadas del interés, del afán de dominación o ventaja, de las grandes crisis económicas, haciendo el posible paralelo de la actual con la del 29. Las políticas como las que tienen su origen en la desintegración de las naciones, problema actual en España. Las que convierten grandes inmigraciones económicas en invasiones, lo que obliga a analizar la presencia islámica en Europa. Y específicamente el riesgo *yihadista*,

**“El libro pone bastantes ejemplos notables de decisiones políticas, gubernamentales o parlamentarias, que no encajan con el supuesto poder del pueblo”**

muy notable aunque haya muchos musulmanes que no participan de la interpretación literalista de las aleyas coránicas sobre la Yihad.

El autor considera que hay algo peor que tener una guerra, que es perderla.

Entendiendo la democracia como poder político del pueblo, aunque lo sea a través de sus representantes, y aunque los sistemas vigentes merezcan los máximos esfuerzos para su conservación, se sostiene tras un estudio de detalle que la democracia hoy no existe y que probablemente no queremos que de verdad exista.

Suponiendo que los políticos sean quienes toman las decisiones, la necesaria intermediación de los Partidos con su organización y especialización, el caudillismo de los líderes, la participación de los notables, el falseamiento de la democracia interna de los grupos políticos, nos situarían, como mucho en el régimen

mixto aristotélico –monarquía, aristocracia, democracia–.

Pero es que muchas decisiones políticas, entre ellas bastantes de las más importantes, tampoco se originan en la clase política, sino en personas que las requieren bien sea pública o silenciosamente; se trata de los poderes fácticos, que buscan su interés, aunque su interés puede ser legítimo e incluso muy favorable para la sociedad. Hay también el problema de la corrupción y la poderosa influencia del dinero, que condicionan los grandes bombardeos informativos y los grandes silencios que mueven las mayorías electorales. Todo ello presenta un escenario en el que lo que se representa no es el interés del pueblo, sino de las personas que ponen en marcha tales mecanismos. El libro pone bastantes ejemplos notables de decisiones políticas, gubernamentales o parlamentarias, que no encajan con el supuesto poder del pueblo, y expresa que no es soberanía popular la facultad de elegir cada cuatro años entre tres o cuatro nombres que otras personas han seleccionado.

Al hilo de lo anterior, hay un capítulo dedicado a valorar si la masonería sigue siendo o no un poder fáctico. Se defiende que los llamados sistemas democráticos son muy vulnerables a la acción de grupos como la masonería, cuyas características más notables se examinan; y, aunque se destaca la existencia de masonerías diversas y de ideales no interpretados igualmente por todos los masones, se dan datos de la importancia e influencia de la institución masónica, in-

cluso en estos años, en el ámbito de la Unión Europea, en Francia, en Italia... y pese al paréntesis franquista asimismo en España.

Finalmente se trata de la Razón, porque al igual que en todas las fases Apolíneas de la cultura, el hombre de hoy cree haberla descubierto y hacerla progresar. Y por supuesto que es un gran instrumento, específicamente humano, que ha permitido los adelantos de ciencia y técnica; pero nos ha conducido también a posturas contradictorias e incluso disparatadas.

El libro reivindica, junto con las vías racionales del conocimiento, las “irracionales”, no contrarias a la razón, el instinto o la intuición que nos aportan el saber del cosmos y la naturaleza y que

“La postura de moderación y cautela en las conclusiones humanas que el libro patrocina no debe llevar a nihilismo, calificado por el autor como el más serio problema de nuestra civilización”

nos mantienen la vida; vías irracionales que son igualmente inseguras y han de ser utilizadas con cautela. Son las vías infralógicas o supralógicas que usamos en el discurso religioso, tanto para llegar a creer como a no creer, a cuyos efectos el autor examina las tesis de famosos escritores creyentes o increyentes.

La postura de moderación y cautela en las conclusiones humanas que el libro patrocina no debe llevar a nihilismo, calificado por el autor como el más serio problema de nuestra civilización que podría conducir a la desaparición apocalíptica de la especie, pero que en la historia ha llevado siempre a la sustitución de los pueblos antes punteros por otros menos sofisticados de individuos con mas convicción, decisión y entusiasmo. ■

## Código Anotado de Contratación Pública

Rafael Domínguez Olivera / Civitas

El “Código Anotado de Contratación Pública” es una recopilación de la legislación sobre contratación pública, con concordancias, anotaciones del autor y resúmenes de doctrina de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de la Abogacía del Estado y del Consejo de Estado.

La legislación está actualizada con la reciente Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Las concordancias legales incluyen, además de la referencia al número del artículo, el tema que justifica la relación entre los preceptos. También a continuación de cada artículo están anotados los resúmenes de doctrina, que remiten al texto extractado del correspondiente informe, recogido en los epígrafes finales de la obra. El libro se completa con anotaciones del autor, que comentan las cuestiones más relevantes sobre la interpretación o aplicación de cada artículo y que tratan especialmente sobre las últimas reformas en materia de pagos al contratista, recurso especial y modificaciones de los contratos. La obra incluye también un índice analítico de la Ley de Contratos del Sector Público.



## La tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público en la Doctrina de los Tribunales de Justicia

Antonio Martínez Lafuente / Colegio de Registradores de la Propiedad

El presente estudio analiza la tasa por utilización o aprovechamiento especial del dominio público, con especial referencia a los pronunciamientos de la Jurisprudencia sobre dicha figura tributaria, que hasta la fecha no ha sido objeto de excesiva atención doctrinal, siendo así que en alguna de sus modalidades, tiene una especial incidencia sobre los sujetos pasivos afectados. Tras unas consideraciones generales, el autor pasa revista a la exigencia de la tasa de los principales sectores, como son: aguas, carreteras, costas, puertos, aeropuertos, espectro radioeléctrico, así como lo que acontece en relación con las tasas exigidas por las Haciendas Locales, y que han dado lugar a una conocida conflictividad, como son las que gravan la instalación de cajeros en la vía pública, o la telefonía móvil.

El estudio jurisprudencial alude también a los diversos Autos de planteamiento de cuestión prejudicial, dirigidos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al depender su declaración de ajuste a Derecho de lo que quede definido en el ámbito europeo.

Un resumen del libro fue presentado como Ponencia en la apertura del Curso 2011/2012, de la Sección de Derecho Financiero y Tributario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, y su contenido anticipado en la Revista Impuestos, de la editorial La Ley.





## A Long Quest for Freedom Fifteen ex soviet countries in search their individual identities

Jesús López-Medel

Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación,  
Universidad Rey Juan Carlos

## Gorbachov Ocaso y Caída del Imperio Rojo

Jesús López-Medel

Estudio

**E**n la producción literaria de los Abogados del Estado, junto al tratamiento más frecuente de análisis de materias jurídicas, hay autores que abordan temas de filosofía, sociología, y hasta el género novelístico.

Uno de estos casos de tratamiento de temas diversos es el compañero Jesús López-Medel. Su publicación hace unos meses de un Tratado de Derecho Público de Cantabria de 856 páginas y prologado por García de Enterría, no le ha impedido continuar con su dedicación a escribir sobre el mundo ex soviético.

En este sentido, deben destacarse dos nuevas y recientes aportaciones. Si ya en 2008 realizó una publicación editada por Marcial Pons sobre los nuevos Estados surgidos de la desintegración de la URSS, en agosto de 2010, este trabajo sería editado, ampliado y actualizado, en inglés con el título “*A long quest for Freedom. Fifteen ex soviet countries in search their individual identities*”. En sus más de 40 viajes a los países de la antigua Unión Soviética, López-Medel ha podido conocer por si mismo estas realidades tan diversas. Su dedicación a la OSCE como Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, Democracia y Ayuda Humanitaria, la ha complementado con presencias como observador electoral o con encomiendas concretas sobre Derechos Humanos. De hecho en el 2010 fue designado representante espe-

**En sus más de 40 viajes a los países de la antigua Unión Soviética, López-Medel ha podido conocer por si mismo estas realidades tan diversas**

cial de la presidencia en ejercicio de este organismo internacional (Kazajstán).

Ese libro en inglés de nuestro compañero tiene difusión en todo el mundo y tiene un prólogo del expresidente de la Asamblea de la OSCE, Joao Soares, el ex Ministro de Asuntos Exteriores español, Miguel Ángel Moratinos y el Rector de la Universidad Rey Juan Carlos, Pedro González Trevijano. Se trata de un estudio pormenorizado de cada uno de los quince Estados surgidos tras la URSS, siendo analizados desde un punto de vista diverso: histórico, político, cultural, económico, geoestratégico, etc, tanto antes como, especialmente, tras su independencia.

El segundo libro de nuestro compañero es aún más reciente. Su título es “*Gorbachov, Ocaso y Caída del Imperio*

*Rojo*”. Fue presentado a finales a septiembre y es un trabajo realizado durante casi dos años conjuntamente con el corresponsal de ABC en Moscú, Rafael Mañueco y cuya difusión por las principales librerías de toda España anuncia buenas perspectivas del interés surgido por este trabajo. El libro de López-Medel está prologado por el propio Mijail Gorbachov y trata, con ocasión de los veinte años que ahora se cumplen de la descomposición de la URSS producida en 1991, una rigurosa y completa narración analítica de qué y cómo aconteció este proceso que supuso que en apenas cuatro meses desde el golpe de Estado hasta el final de ese año, el mayor imperio surgido en el siglo XX se desmoronase.

Nuestro compañero junto con el corresponsal de ABC, analizan en su libro detalladamente la situación de la URSS a la llegada al poder de Gorbachov, su actitud ante el alejamiento de los países satélites, las dificultades de la Perestroika, el intento de volver a la caverna con el golpe de Estado, la situación de las Repúblicas que huían liberadas o que se quedaban huérfanas, las reacciones de los dirigentes mundiales (con interesantes y reveladores datos inéditos hasta ahora con la transcripción de conversaciones entre Gorbachov y varios dirigentes mundiales, entre ellos, Felipe González y S.M. El Rey Juan Carlos), así hasta el final de la URSS con la renuncia de Gorbachov el 25 de diciembre de 1991. ■

# Estofado de rabo de toro

Por Fernando Menéndez Rosas

**E**l estofado de rabo de toro es un plato típico cordobés. Se conoce este plato desde época romana (Marcus Gavius Apicius, “*De re coquinaria*”), pero su clasificación como uno de los platos más representativos de la gastronomía cordobesa se remonta a mediados del siglo XX cuando restaurantes tan afamados de la ciudad como *Casa Pepe de la Judería* o *El Caballo Rojo* comenzaron a incorporar la receta como uno de los platos “estrella” de sus cartas, consiguiendo que, poco a poco, este delicioso plato dejara su origen humilde para pasar a formar parte de la carta de muchísimos restaurantes no sólo de Córdoba sino de toda España. ■

“Uno de los platos más representativos de la gastronomía cordobesa”



## INGREDIENTES

- > 1 1/2 k. de rabo de toro
- > 1 k. de cebollas
- > 1/2 k. de zanahorias
- > 2 tomates maduros
- > 3 patatas
- > 3 dientes de ajo
- > 1/2 l. de vino blanco
- > Una lata de guisantes pequeña
- > Aceite, azahrán, clavo (opcional), sal y pimienta

## ELABORACIÓN

- > Se pochan las cebollas a fuego medio y a media cocción se les añade las zanahorias peladas y troceadas. Cuando la cebolla está transparente se retira del fuego.
- > Se limpia de grasa, trocea y salpimenta el rabo. Ya directamente en la olla express, se dora el rabo a fuego fuerte sobre un fondo de aceite, añadiéndole los tomates pelados y troceados y el azahrán tostado y se le volteja bien en el fuego durante 5 minutos hasta que la carne coge color.
- > Se agregan el resto de verduras, también las patatas crudas, ya peladas y cortadas en cuadraditos, y los ajos y los guisantes. Se añade el vino blanco y se tapa la olla. Se deja cocer 50 minutos en la olla express desde que salta (25 si es olla express super rápida). El guiso mejora con el reposo.



# EL ARTE DE RICARDO RENEDO

Lo que se ha venido en llamar escuela realista de Madrid y que tiene su origen en los primeros años de la década de los sesenta, es hoy ya una presencia obligada en cualquier estudio internacional y desde una valoración que asegura por un lado la existencia de unas constantes que la configuran y, por otro, la serie de elementos capaces de primerísimo orden que la ha hecho posible, teniendo como cabeza visible la figura de Antonio López García.

Y ese anhelo de captación de un mundo circundante, cotidiano, pero desde la visión sensible de las pequeñas cosas, encuentra versiones renovadas y precisas en las nuevas generaciones. Uno de los jóvenes de la cronología, pero de indudable madurez en su producción artística, es Ricardo Renedo.

La obra, el arte de Renedo, sabe combinar con delicada puntualidad, esa aproximación al micro-ambiente individual, a la intimidad más exacta, y una poética actitud de remembranza. Sus cuadros son de este modo, bodegones del recuerdo integrados por esos objetos que tienen mucho de emocionado pasado, objetos vividos y que desde su aparente pequeñez e incluso desde su confortable inutilidad, hicieron y nos hacen vivir.

Delicados homenajes a una atmósfera doméstica y civilizada: la música, el libro, el viejo mantel de encaje... la sublimidad imprescindible de una "inutilidad" que el hombre comienza a añorar en ese terrible devenir de "progreso" de ritmos computados, de memorias informatizadas a que nos ha llevado la agonía de lo que era el siglo de futuro; de nuestro tiempo. La vieja máquina de escribir o de coser, queda en este tiempo como el símbolo de una poética que nada tiene que ver con aquel ansia futurista de la industrialización salvadora. Aunque tal vez sea ahora cuando haya cobrado su verdadero sentido.

Todo ello además, lo lleva a cabo Ricardo Renedo con una técnica dibujística de enviable pulso; a través de un criterio cromático rico en matices y desde composiciones equilibradas, serenas.

Es como si en cada uno de sus cuadros de formato corriente se adivinase al gran miniaturista que en realidad es Renedo. Son por tanto como miniaturas ampliadas, proyectadas en telas que desbordan las dimensiones de su original ejecución. Y prueba de ello son los pequeños cuadros, y aquí sí encontramos bellas miniaturas, que igualmente se exponen en la muestra.

Hay cuadros bellísimos a lo largo de la Historia del Arte que parecen estar hechos para ser contemplados en un Museo. Pero nunca para vivir con ellos. Otros, por el contrario –recordaremos por ejemplo los interiores de Vermeer– ofrecen en las frías salas de la pinacoteca toda una provocación para ser robados, para llevarlos a la intimidad del apartamento. A esta segunda línea pertenecen los cuadros de Renedo. Telas pintadas para compartir nuestros sentimientos. ■



La última exposición de Ricardo Renedo se celebró del 3 al 31 de octubre, en el Instituto Nacional de Estadística, en Paseo de la Castellana.

# Asociación Semilla para la Integración Social



**S**eptiembre de 1974. Lourdes Ibáñez de Gauna, Diplomada en Magisterio y Trabajo Social, se traslada a vivir al barrio de Villaverde. La realidad que se encuentra allí, más allá de las cifras de paro, el problema de la delincuencia y el consumo de drogas, es una historia de personas, de vidas, que están fuera de la sociedad. Una generación de jóvenes que terminó atrapada por las drogas y en la cárcel. Lourdes comenzó a trabajar con ellos y sus familias, pero al mismo tiempo se dio cuenta que había que llegar antes, era necesario prevenir, que los hermanos de todos aquellos que estaban *en el rollo*, que buscaban el mismo “reconocimiento” que tenían sus hermanos mayores y por lo tanto buscaban imitar sus comportamientos, cayeran en la trampa. Este fue el comienzo de la Asociación Semilla para la Integración Social.

Han pasado los años y desgraciadamente la realidad del Distrito de Villaverde y la zona sur de la Comunidad de Madrid en ciertos aspectos no ha cambiado mucho. Según el informe FOESSA 2008, en la Comunidad de Madrid un 47,2% de los hogares (2.925.000 personas) tienen dificultades y/o barreras para la plena incorporación de todos sus miembros a la sociedad. Los motivos son diversos, pero se pueden agrupar en tres ejes: el económico, donde nos encontramos personas

Según el informe FOESSA 2008, en la Comunidad de Madrid un 47,2% de los hogares tienen dificultades y/o barreras para la plena incorporación de todos sus miembros a la sociedad

excluidas de la relación salarial normalizada así como casos de pobreza y privación (23,6% de los hogares); el político, donde nos encontramos abstencionismo y pasividad política, así como acceso limitado a derechos de protección social: educación, sanidad... y por último el relacional, donde se agrupan problemas relativos al aislamiento social, falta de apoyos sociales, la integración en redes sociales “desviadas” y conflictividad social (conductas anómicas). Y es que algunos datos son preocupantes: 22,3% de fracaso escolar; 25,7% de paro juvenil; 16,1% de paro en adultos; altos porcentajes de inmigración (el 20%, más alta

que el resto de la capital. San Cristóbal –uno de los barrios del distrito– es el barrio de Madrid con más inmigrantes: 40%). La prevención sigue siendo, como en sus orígenes, clave.

## UNA METODOLOGÍA QUE DA RESULTADOS

Una de las claves de los éxitos de la Asociación Semilla es su metodología de trabajo. La finalidad es lograr que quienes toman la decisión de realizar los procesos propuestos en la Asociación, logren mayores niveles de autonomía, emancipación y equiparación dentro de la sociedad en que vivimos. Sus miras están en ofrecer una formación para la vida, que permita una integración social, una transición a la vida adulta, un acceso a oportunidades de incorporación activa a la sociedad. Buscan el Desarrollo Integral de la Persona, que puede avanzar en diferentes áreas de forma más o menos equilibrada pero que es indivisible en cuanto a ser válido en su conjunto. Asimismo, ofrecen alternativas que permitan que las personas aprendan a aprender, a través de un circuito de reflexión-acción-reflexión.

## LOS PROYECTOS DE LA ASOCIACIÓN

La Asociación desarrolla distintos ejes de trabajo, en donde se estructuran las



acciones en su lucha contra la fractura social. El primero es el de *Infancia y Adolescencia* que engloba programas dirigidos a niños, niñas y adolescentes entre 6 y 16 años, que persiguen combatir el fracaso escolar y el abandono prematuro de los estudios, prevenir las adicciones y la violencia, desarrollar habilidades sociales y personales, fomentar la convivencia y la participación en el entorno educativo. El segundo es el de *Juventud* donde se desarrollan actividades dirigidas a jóvenes de entre 16 y 19 años en situación de abandono escolar y con alto riesgo de exclusión que buscan como finalidad la integración socio-laboral de personas que presentan la necesidad de la definición de procesos de formación e inserción en el mundo del trabajo. El tercero es el de *Empleo* donde se realizan acciones que tienen como principal objetivo el desarrollo de planes integrales de empleo que combinan acciones de información, orientación, formación e intermediación laboral, con la finalidad de mejorar las posibilidades de inserción laboral de las personas desempleadas. El cuarto es el de *Tecnologías*, donde se estructuran actividades que buscan la apropiación tecnológica por parte de la ciudadanía, poniendo en juego la capacidad innovadora de las personas para que no se limiten a utilizar la tecnología como una simple herramienta, sino que se apropien de ella para me-

“La clave es la personalización. Todos los procesos son adaptados a la persona. En estos 38 años han pasado por las Asociación más de 32.000 personas y lo que nos han reconocido es cómo ese proceso, más allá de la formación recibida, les ha ayudado a crecer como personas”

orar aspectos concretos de su vida cotidiana o para transformar su entorno. El quinto eje es la *Empresa de Inserción de la Asociación Semilla*, que nace como continuación al proyecto educativo que realiza la Asociación con jóvenes y mujeres de la zona sur de Madrid y tiene como objeto la integración social y laboral de aquellas personas que están en situación o riesgo de exclusión social.

#### RENTABILIDAD SOCIAL

La Asociación Semilla para la Integración Social recibe anualmente unos ingresos por parte de las administraciones públicas y financiadores privados que son inversiones de la sociedad en la Asociación para ayudarla en cumplimiento de sus fines misionales. “La Asociación Semilla para la Integración Social recibió en el 2010 en concepto de ingreso entendido como inversión social 2.195.620,04 euros” –comenta Carlos Flores, Director de Comunicación de la Asociación–. “La Asociación durante este período ha retornado a la sociedad 5.736.696 euros en su dinámica de transformación social. Esto supone que por cada euro que se invierte en la Asociación, nosotros hemos devuelto a la sociedad 2,61 euros”.

La Asociación Semilla para la Integración Social, un proyecto con casi 40 años de historia, una historia emocionante, donde la visión de un grupo de personas comprometidas con la sociedad buscan hacer de ella un lugar mejor. ■

Más información en [www.asociacion-semilla.org](http://www.asociacion-semilla.org)





Asociación de Abogados del Estado

# División horizontal de edificios y licencia municipal

Notas en torno a la función del artículo 53.a)  
del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio

**Alfonso Melón Muñoz**

Abogado del Estado

*“En la misma escritura donde se autoriza la declaración de obra nueva –o en otra escritura posterior– se puede constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal y lograr –por medio de esa división horizontal, y al margen de cualquier control municipal o notarial– un resultado que no se hubiera podido autorizar nunca en la licencia que se incorpora a la escritura de obra nueva.”*

## 1. INTRODUCCIÓN

En las escrituras de declaración de obra nueva ha de testimoniarse, por exigencia legal, la licencia municipal justificativa de la conformidad de la obra con el ordenamiento urbanístico.

A través de la licencia, se realiza un control preventivo sobre las condiciones mínimas de habitabilidad y funcionalidad que han de tener las viviendas para poder servir a su destino como tales viviendas (superficie mínima, ventilación exterior, luz natural, y al menos un aseo para la higiene personal y un dormitorio para el descanso) y, al mismo tiempo, sobre las condiciones específicas que impone el planeamiento a dichas viviendas (tipología, número máximo de pisos autorizable) por razón de su ubicación en una zona determinada de la ciudad o de otras circunstancias particulares (arquitectónicas, histórico-artísticas, ambientales, paisajísticas).

De esa forma, antes del otorgamiento de la escritura de obra nueva, los municipios realizan un control previo con el fin de garantizar el cumplimiento de la normativa urbanística, el número máximo de pisos autorizable y los requisitos legales mínimos que deben cumplir las viviendas (también se establecen una serie de requisitos para los locales, las plazas de garaje, o los trasteros, aunque no es éste el objeto de este trabajo). Cada piso habrá de respetar, así, unas condiciones mínimas de superficie y de habitabilidad que permitan “disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible”, lo que constituye un derecho de todos los ciudadanos, según establece el artículo 4, apartado a), del Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLRS), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, de acuerdo con el mandato constitucional recogido en el artículo 47 CE.

Sin embargo, en la misma escritura donde se autoriza la declaración de obra nueva –o en otra escritura posterior– se puede constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal y lograr –por medio de esa división horizontal, y

al margen de cualquier control municipal o notarial– un resultado que no se hubiera podido autorizar nunca en la licencia que se incorpora a la escritura de obra nueva. Dicho de modo más gráfico: si, por ejemplo, el planeamiento urbanístico de un municipio no permite la construcción de un edificio de vivienda colectiva con cuatro pisos en una determinada parcela, quien ello pretenda podría solicitar licencia para hacer tan solo una vivienda, unifamiliar, y prefigurar su disposición interna para divisiones ulteriores que no requieran apenas obra. Obtenida la licencia, acudiría al Notario a otorgar la escritura de declaración de obra nueva y, en ese mismo acto, podrá dividir horizontalmente el edificio en cuatro pisos.

Por una vía indirecta, habrá conseguido un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico. Así, lo que *ab initio* no era viable obtener directamente por medio de la licencia municipal, ni se podía autorizar por el Notario ni inscribir en el Registro de la Propiedad, deviene autorizado e inscribible de manera sobrevenida.

En estos casos, se plantea un problema hermenéutico y de orden práctico consistente en determinar si los pisos resultantes de la división horizontal pueden sustraerse al cumplimiento de las normas urbanísticas y de los requisitos de carácter imperativo que, *ab initio*, se les habrían exigido.

Esta segunda posibilidad se plantea también en relación con los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal cuando en ellos se pretende modificar su régimen o subdividir un piso en dos o más viviendas nuevas de dimensiones más pequeñas, aumentando así el número de propiedades separadas susceptibles de aprovechamiento independiente. En todos estos “*supuestos sobrevenidos*”, cabe preguntarse si el propietario goza de una libertad omnimoda para decidir a su capricho las características de las viviendas resultantes de la división o subdivisión, sin sometimiento a límite o condición alguna, en

virtud de los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de dominio.

Todo ello plantea, a su vez, otras cuestiones. ¿Deben los Notarios autorizar las escrituras de división horizontal –y los Registradores proceder a su inscripción– sin permitir que los municipios puedan, con carácter previo, fiscalizar la legalidad o ilegalidad de esas operaciones divisorias? ¿Existe una interdependencia legal entre obra nueva y división horizontal, o son actos independientes, sin ninguna conexión? Mientras la obra nueva está condicionada a su conformidad con las normas urbanísticas, ¿la división horizontal puede realizarse libremente, sin vinculación al contenido de la licencia de obra, y sin sometimiento a condición alguna respecto a la superficie mínima de cada piso y al número máximo de pisos resultante? ¿Es razonable que en la misma escritura donde se declara la obra nueva, al autorizarse también en ella la división horizontal, se pueda alterar el objeto de la licencia de obra, vaciándola de contenido?

En torno a estas cuestiones versan las siguientes notas, en las que se analizará la normativa vigente y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN).

## **2. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA Y DIVISIÓN HORIZONTAL: LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 20 DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE SUELO DE 2008 Y DEL ARTÍCULO 53.a) DEL R.D. 1093/1997, DE 4 DE JULIO. LA DOCTRINA DE LA DGRN**

I. La Ley del Suelo, de 12 de mayo 1956, (artículo 165.1) y el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril 1976, (artículo 178.1) establecían la exigencia de licencia para realizar, entre otros actos, parcelaciones urbanas y obras de nueva planta o de modificación de un edificio existente.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, la acreditación previa de la licencia municipal no constituía condición

necesaria para autorizar e inscribir una escritura de declaración de obra nueva, puesto que dicho requisito no venía exigido por la legislación hipotecaria. Se entendía, por el contrario, que ni a Notarios ni a Registradores correspondía controlar la observancia de la legalidad urbanística en tales supuestos (Res. DGRN de 16 de noviembre de 1981). Hasta la LS de 1990, una edificación hecha sin licencia urbanística o sin respetar las condiciones en ella impuestas constituía una infracción urbanística que, sin embargo, era tolerada por el sistema registral, debido a la falta de coordinación entre la normativa urbanística y la registral. Lo único que importaba para inscribir la declaración de obra nueva era la titularidad del suelo. El hecho de que la obra fuera legal o no, desde el punto de vista urbanístico, por haberse hecho sin licencia, no era cuestión sobre la que el Registro hubiera de pronunciarse<sup>1</sup> y, por eso, resultaban inscribible la obra nueva y la división horizontal sin exigirse licencia ni requisito alguno, y en consecuencia los pisos resultantes de la división, también podrían inscribirse a pesar de no cumplir las determinaciones urbanísticas y de tener, incluso, superficies inferiores a las de la “vivienda mínima”.

Desde la entrada en vigor del artículo 25.2 de la LS de 1990, se establece la siguiente obligación:

*“Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia de edificación y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto aprobado. Para autorizar e inscribir escrituras de declaración de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente acreditativa de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación en el plazo*

---

*“Hasta la LS de 1990, una edificación hecha sin licencia urbanística o sin respetar las condiciones en ella impuestas constituía una infracción urbanística que, sin embargo, era tolerada por el sistema registral, debido a la falta de coordinación entre la normativa urbanística y la registral. Lo único que importaba para inscribir la declaración de obra nueva era la titularidad del suelo.”*

***“Tanto la LS de 1990 como el TRLS de 1992 fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional por varias Comunidades Autónomas. Ninguna de ellas recurrió, empero, de manera expresa el artículo 25.2 de la LS de 1990 (37.2 del TRLS de 1992). Tan solo Navarra lo impugnó indirectamente, al recurrir genéricamente el texto completo de la ley, aunque sin dar un solo argumento de por qué el artículo 25.2 debía, en concreto, ser declarado inconstitucional.”***

*de tres meses a partir de ésta, mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada. Tanto la licencia como las expresadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras”.*

Desde entonces, se exige, para autorizar e inscribir una escritura de declaración de obra nueva, que se testimonie en el documento notarial la licencia (y la certificación de un técnico) con el fin de asegurar que la obra objeto de la escritura es legal y se ha realizado conforme a la licencia concedida.

La Disposición Transitoria Sexta de la LS de 1990 trata de resolver el problema de las edificaciones realizadas sin licencia en los casos en que la infracción urbanística estuviera prescrita a la entrada en vigor de la LS (16 de agosto de 1990), permitiendo en tales supuestos el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva sin mayores exigencias, siempre y cuando no se hallaran en suelo rústico: *“Las edificaciones existentes a la entrada en vigor de esta Ley, situadas en suelos urbanos o urbanizables, realizadas de conformidad con la ordenación urbanística aplicable o respecto de las que ya no proceda actuar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular”.*

II. Por su parte, la Disposición Adicional Décima de dicha LS establecía que *“En el plazo de seis meses, el Gobierno aprobará las modificaciones del Reglamento Hipotecario”* para el desarrollo de dicha Disposición, relativa a la inscripción registral de los actos de naturaleza urbanística. En cumplimiento de dicho mandato, aunque con un notable retraso, se aprobó el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística (NCRH). Dicho reglamento fue

aprobado con el dictamen favorable del Consejo de Estado (de 22 de mayo de 1997), y recogiendo una parte importante de sus observaciones, así como con informes previos también favorables de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y de la DGRN. En su informe de 24 de abril de 1997, la DGRN ponía de manifiesto el *“carácter registral de la norma, adaptable al contenido material de cualquier norma urbanística”.* Ese carácter registral se reitera en el Preámbulo del RD 1093/1997.

III. El Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, recoge el contenido del artículo 25.2 de la LS de 1990 en su artículo 37.2, y extiende la necesidad de acreditar la licencia correspondiente, o su innecesariedad, para autorizar e inscribir escrituras de división de terrenos (artículo 259.3), extremo no regulado en la LS de 1990.

Tanto la LS de 1990 como el TRLS de 1992 fueron impugnados ante el Tribunal Constitucional por varias Comunidades Autónomas. Ninguna de ellas recurrió, empero, de manera expresa el artículo 25.2 de la LS de 1990 (37.2 del TRLS de 1992). Tan solo Navarra lo impugnó indirectamente, al recurrir genéricamente el texto completo de la ley, aunque sin dar un solo argumento de por qué el artículo 25.2 debía, en concreto, ser declarado inconstitucional. La STC 61/1997, de 20 de marzo, resolvió el recurso y confirmó la constitucionalidad del artículo 25.2 de la LS de 1990, pese a que, en virtud del artículo 39 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, éste podría haber extendido *“por conexión o consecuencia”* al artículo 25.2 la declaración de inconstitucionalidad de otros artículos de la LS impugnada.

La STC 61/1997 (F. Jco. 1.B.Octavo) señala que *“al Estado le compete regular las ‘condiciones básicas’ que garanticen la ‘igualdad’ de todos los propietarios del suelo en el ejercicio de su derecho de propiedad urbana (...)”.* Y

prosigue diciendo que *“exigir con carácter preceptivo la licencia para ‘todo acto de edificación’ responde a la lógica interna de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos de la propiedad urbana (derecho a edificar), regulación que al Estado compete en virtud del art. 149.1.1 C.E.”* (F. Jco. 34).

Con el fin de acomodar la legislación estatal a la doctrina derivada de la STC 61/1997, se aprueba la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones. Y, así, entre los *“Derechos y deberes de los propietarios”* se introduce el artículo 22, que reproduce el contenido del artículo 25 de la LS de 1990.

IV. La Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, en su artículo 19 mantiene el espíritu del citado artículo 25, aunque con otra redacción, y ésta pasa finalmente al hoy vigente Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, cuyo artículo 20 dispone:

*“1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán, para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.”*

*Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, la acreditación documental del cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y el otorgamiento, expreso o por silencio administrativo, de las autorizaciones administrativas que prevea la legislación de ordenación territorial y urbanística.*

*2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los registradores exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior”.*

Obsérvese que, pese a la competencia exclusiva autonómica en materia de urbanismo, es una ley estatal la que supedita la autorización de las escrituras de obra nueva y su inscripción registral a la previa existencia del acto de conformidad de la obra con el ordenamiento. Y obsérvese también que el contenido del artículo 20 del TRLS de 2008 (antiguo artículo 25.2 de la LS de 1990) no fue declarado disconforme con la CE (STC 61/1997) por lo que no invade competencias autonómicas.

V. La exigencia de acreditar la licencia municipal con carácter previo al otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva tiene, como dice el Preámbulo del Real Decreto 1093/1997, la siguiente finalidad:

*“El capítulo VI se refiere a las inscripciones de obra nueva cuya regulación legal se encuentra en el artículo 37.2 del texto refundido de 26 de junio de 1992. La regulación establecida pretende responder a la finalidad perseguida con el precepto legal: evitar que nazcan a la vida jurídica unidades inmobiliarias susceptibles de tráfico jurídico que no existen ni podrán existir en el mundo real”.*

En efecto, se trata de garantizar que las obras nuevas que se documentan en una escritura y acceden al Registro (excepción hecha de los casos de infracciones urbanísticas prescritas) son edificaciones que cumplen con la ordenación urbanística en todos sus extremos, incluido el número máximo de pisos autorizable, y respetan los requisitos de lo que se reputa como una vivienda digna (artículo 47 CE; artículo 4.a) del TRLS de 2008), con unas mínimas condiciones de habitabilidad y superficie, concretadas hoy, sobre todo, en la legislación autonómica y en los Planes Generales de Ordenación de los municipios, sin

perjuicio de lo dispuesto, a nivel estatal, en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación y sus normas de desarrollo.

El RD 1093/1997, de conformidad con lo dispuesto hoy en el artículo 20 del TRLS de 2008, establece los requisitos a que deberá sujetarse la inscripción de obras nuevas. En concreto, el Capítulo VI del RD 1093/1997 (NCRH) que lleva precisamente por título *“Inscripción de las obras nuevas”*, regula esa cuestión en los artículos 45 a 55.

El artículo 45 establece que en las escrituras de declaración de obra nueva de un edificio o de una mejora del mismo deberá constar *“si en el proyecto aprobado se especifica, el número de viviendas, apartamentos, estudios, despachos, oficinas o cualquier otro ele-*

**“Obsérvese que, pese a la competencia exclusiva autonómica en materia de urbanismo, es una ley estatal la que supedita la autorización de las escrituras de obra nueva y su inscripción registral a la previa existencia del acto de conformidad de la obra con el ordenamiento.”**

mento que sea susceptible de aprovechamiento independiente”.

Por su parte, el artículo 46 establece los requisitos para la inscripción del título, y dispone que “será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que se acredite la obtención de la licencia que corresponda, salvo que legalmente no fuere exigible.

2. Si el edificio estuviere en construcción, que se acredite por el técnico a que se refiere el artículo 50 que la descripción de la obra nueva, en cuanto a los extremos comprendidos en el artículo anterior, se ajusta al proyecto para el que, en su caso, se obtuvo la licencia.

3. Si el edificio se declarará concluido, el certificado deberá acreditar, además de lo previsto en los números anteriores, que la obra ha finalizado y que se

ajusta, en cuanto a dichos extremos, al proyecto correspondiente”.

El artículo 48.1, exige, además, en concordancia con el artículo 20 del TRLS de 2008, para la inscripción registral de la obra nueva o de su terminación, que en las escrituras de declaración de obra nueva “habrá de testimoniarse literalmente la licencia concedida”.

Seguidamente a la inscripción registral de la declaración de obra nueva se puede inscribir la división horizontal del edificio. Los requisitos para dicha inscripción se disponen en el artículo 53 del RD 1093/1997, que lleva por título “Requisitos de los títulos de constitución de propiedad horizontal”.

El artículo 53, apartado a), establece que “para inscribir los títulos de división horizontal o de modificación del régimen ya inscrito, se aplicarán las siguientes reglas:

a) No podrán constituirse como elementos susceptibles de aprovechamiento independiente más de los que se hayan hecho constar en la declaración de obra nueva, a menos que se acredite, mediante nueva licencia concedida de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente, que se permite mayor número. No será de aplicación lo dispuesto en este número a las superficies destinadas a locales comerciales o a garajes, salvo que del texto de la licencia resulte que el número de locales comerciales o de plazas de garaje constituye condición esencial de su concesión”

El artículo 53.a) debe ponerse en relación con el artículo 20 del TRLS de 2008, y con el artículo 45 del RD 1093/1997. No en vano, como ya se ha dicho, ambos están agrupados bajo el mismo Capítulo VI del RD 1093/1997, referente a la “Inscripción de las obras nuevas”. Así, el artículo 53.a), en sede de regulación de la inscripción de las obras nuevas, lo que trata de garantizar es que, mediante la constitución o modificación del régimen de propiedad horizontal de un edificio, no se altere el objeto de la licencia de obra nueva de la

que trae causa, vaciándola de contenido efectivo, y de impedir que, por esa vía, se incremente –con fraude a los Planes y normas urbanísticas– el número de viviendas susceptibles de aprovechamiento independiente autorizadas por la licencia de obras, licencia que se testimonió en la escritura, y en la que se pudo hacer constar el número máximo de viviendas permitidas, si el peticionario así lo solicitó. No cabe, por tanto, la inscripción registral de un número mayor de viviendas de las que se hicieron constar en la escritura de obra nueva, salvo que se acredite mediante una nueva licencia (modificativa de la licencia de obra nueva) que el incremento en el número de viviendas resulta conforme con el planeamiento urbanístico.

Dicho de otro modo, si el TRLS y el RD 1093/1997 tratan de evitar que a través de la inscripción de obras nuevas nazcan a la vida jurídica “unidades inmobiliarias” que no podrían existir en el mundo real (por no cumplir las condiciones urbanísticas sobre superficie mínima, habitabilidad, número máximo de pisos autorizable del edificio, etc.), sería una contradicción entender que el Ordenamiento Jurídico sí permite que esas “unidades inmobiliarias” puedan, en cambio, nacer por una vía indirecta como es la división horizontal del edificio. Si efectivamente ése fuera el fin querido por el Ordenamiento, se permitiría directamente en la licencia de obra nueva. Y si no se permite *ab initio*, tampoco cabría su obtención sobrevenida pues ello resultaría un contrasentido.

Por otra parte, RIVAS ANDRÉS<sup>2</sup> entiende que no será necesaria licencia para la posterior división horizontal cuando la obra nueva se hubiese realizado con una licencia anterior a la entrada en vigor de la LS de 1990 (el 16 de agosto de 1990) pues es a partir de esa fecha cuando se introduce la exigencia de licencia (más certificación) para la escrituración de la obra nueva.

En definitiva, la cuestión estriba en que el incremento del número de viviendas de un edificio supone, de hecho,

**“No cabe, por tanto, la inscripción registral de un número mayor de viviendas de las que se hicieron constar en la escritura de obra nueva, salvo que se acredite mediante una nueva licencia (modificativa de la licencia de obra nueva) que el incremento en el número de viviendas resulta conforme con el planeamiento urbanístico”**

una modificación de la declaración de obra nueva salvo que en ésta se hubiera hecho constar el número de pisos autorizable. Si para otorgar una escritura de declaración de obra nueva se exige acreditar mediante licencia que el número de viviendas y demás características de un edificio es conforme con la legalidad, constituye un fraude de ley (artículo 6.4 CC) conseguir un incremento del número de viviendas sin recabar una modificación de la licencia que el artículo 20 del TRLS de 2008 exige para inscribir las declaraciones de obra nueva.

Una interpretación sistemática y teológica de la norma (artículo 3.1 CC), demuestra que la finalidad tanto del artículo 20 del TRLS de 2008, como de los artículos 45 y 53 del RD 1093/1997 (vista su ubicación sistemática), es evitar el fraude de ley a los Planes y normas urbanísticas. E impedir que quien construye un edificio unifamiliar (con una licencia de obra para una sola vivienda) y luego procede a su división horizontal pueda obtener un número de pisos mayor al que habría sido autorizado por el Ayuntamiento si, *ab initio*, se hubiera solicitado licencia para construir un edificio de vivienda colectiva.

#### LA DOCTRINA DE LA DGRN

VI. La DGRN no lo ha entendido así. Por el contrario, ha desarrollado una doctrina que ha recibido numerosas críticas<sup>3</sup> y que entorpece el propósito de luchar contra el fraude a las normas urbanísticas recogido en el Preámbulo del RD 1093/1997.

Esa doctrina se condensa en las Res. DGRN de 18 de julio de 1996, 16 de enero de 2002, 15 y 16 de octubre de 2002, 10 de diciembre de 2003 (que fue, empero, anulada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de febrero de 2007, al constituir una parcelación encubierta), y 14 de enero de 2010.

Existen otras Res. DGRN referidas a divisiones horizontales hechas en terrenos rústicos, como la de 27 de enero de 2006, o la de 12 de julio de 2010, sen-

tándose la doctrina de que no se admiten tales divisiones en cuanto suponen una parcelación ilegal encubierta.

No es ese tema, de cualquier modo, el objeto de este trabajo, que se limita a analizar el problema de la división horizontal "simple" en suelo urbano cuando ésta se hace sin licencia y, por tanto, hurtando el control municipal sobre el número máximo de pisos autorizable (en función de las condiciones urbanísticas de la parcela) y sobre los requisitos mínimos de superficie y habitabilidad que el Plan General y demás normativa aplicable impondrían a los pisos resultantes de la división.

VII. De las Resoluciones citadas interesa, en primer lugar, destacar la de 16 de enero de 2002 (en la que se reproducen los argumentos de la Res. de 18 de julio de 1996 que, por lo mismo, huelga repetir):

-En una escritura, fechada en octubre del año 2000, se autoriza una declaración de obra nueva consistente en un edificio destinado a vivienda unifamiliar, testimoniándose en el título notarial la licencia municipal de obras donde se describe el edificio y se refiere su número de viviendas: tan solo una.

-En esa misma escritura se divide en régimen de propiedad horizontal la edificación en dos viviendas unifamiliares independientes.

-Presentado el título, el Registrador deniega la inscripción puesto que "al tratarse de una vivienda unifamiliar según la licencia municipal unida a la escritura calificada, no puede inscribirse la división en régimen de propiedad horizontal sin que se acompañe nueva licencia que, conforme a lo establecido en el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, acredite que se permite constituir como elementos independientes más de una vivienda".

El Registrador advierte, con claridad meridiana, sobre el riesgo cierto de fraude a la normativa urbanística al señalar que la tesis defendida por el Notario autorizante (y luego acogida por la DGRN):

*"nos llevaría a aceptar la subdivisión de cada uno de los dos elementos ahora formados, que podrían a su vez dividirse en otros dos cada uno, y así indefinidamente, sin control de la legalidad urbanística."* (todo ello al no limitarse la división a unos parámetros mínimos de superficie por vivienda, lo que permitiría hacer tantas viviendas como libremente decidiera el propietario, aunque cada una de ellas tuviera unas dimensiones tan reducidas como un trastero, y no gozara siquiera de un dormitorio, o de un aseo para la higiene personal, ni de ventilación exterior ni de luz natural).

-La DGRN estima el recurso del Notario autorizante en base a dos argumentos:

Uno, que: *"(...) las exigencias de la ordenación urbanística no pueden llevarse al extremo de determinar el gra-*

***"Existen otras Res. DGRN referidas a divisiones horizontales hechas en terrenos rústicos, como la de 27 de enero de 2006, o la de 12 de julio de 2010, sentándose la doctrina de que no se admiten tales divisiones en cuanto suponen una parcelación ilegal encubierta."***

do de ocupación material de cada una de las viviendas permitidas en la zona de actuación; si bien es cierto que corresponde al planeamiento la determinación de la intensidad edificatoria de cada zona de suelo, ello debe agotarse en el señalamiento del volumen edificable o de los metros cuadrados de edificación residencial por hectárea de terreno (...) pero, en modo alguno, implican la determinación del número de personas o familias que pueden alojarse en cada una de las viviendas construidas de conformidad con el planeamiento urbanístico, so pena de agudizar un problema ya de por sí grave; por ello, si el número de personas que residen en una edificación urbanísticamente regularizada, es ajeno a la normativa urbanística, igualmente ajeno debe ser a tal normativa la configuración jurídica que sus ocupantes den

**“Al Ordenamiento no le resultan intrascendentes ni las dimensiones de los terrenos donde se desarrollan actividades agrarias, ni de las parcelas destinadas a la construcción de edificaciones, ni las superficies y las condiciones higiénicas y de habitabilidad de las viviendas donde los ciudadanos residen.”**

a la titularidad de la vivienda ocupada, si no se altera con ello el uso residencial asignado o su estructura y aspecto exterior, como ocurre en el caso de la división horizontal (...).”

Y, dos, sobre el artículo 53.a) del R.D.1093/1997, de 4 de julio, señala que: “(...) si se tiene en cuenta que falta una norma con rango de ley que imponga una restricción como la debatida y que, dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la Ley y ser interpretadas restrictivamente (cfr. artículos 33 de la Constitución y 348 del Código Civil), debe concluirse que en el presente caso –en el que conforme a dicha regla hermenéutica ha de estimarse que la mera indicación en la licencia de que se refiere a una vivienda, sin mayor especificación en las prescripciones generales y particulares de aquélla, no puede implicar prohibición de que sobre dicha casa aislada se configure un régimen jurídico adecuado para que pueda ser utilizada por más de una familia– debe accederse a la inscripción solicitada”.

VIII. Las Res. de 15 y 16 de octubre de 2002 se refieren a un mismo supuesto, la división material de un piso integrante de edificio ya constituido en régimen de propiedad horizontal, hecha sin licencia. Los argumentos de la DGRN para estimar el recurso contra la denegación de la inscripción son, además de que el artículo 53 del RD 1093/1997 no puede establecer limitaciones al principio de libertad dominio por no tener rango formal de ley, que dicho artículo 53.a) es una norma instrumental que “sólo puede tener operatividad en el territorio de aquellas Comunidades Autónomas cuyas leyes hayan establecido expresamente la necesidad de licencia municipal para la división material de elementos privativos de edificios en régimen de propiedad horizontal, pero en tal caso, el fundamento de la calificación negativa habrá de ser el respectivo precepto legal autonómico que establezca tal exigencia (del cual, el artículo 53 del Real Decreto

1093/1997, será mero desarrollo en el ámbito registral) y no esta última norma reglamentaria citada”.

IX. La Res. DGRN de 14 de enero de 2010 no aporta ningún argumento nuevo. Insiste, sobre todo, en la falta de virtualidad de una norma reglamentaria para establecer restricciones al principio de libertad de dominio recogido en los artículos 33 CE y 348 CC, considerando que “es precisa una norma con rango de ley que imponga claramente licencia”.

X. La doctrina de la DGRN expuesta plantea, en esencia, tres cuestiones, que se analizan seguidamente.

En primer lugar, si la libertad del propietario de un edificio a la hora de configurar las características de superficie y habitabilidad de los pisos resultantes de su división horizontal es omnimoda (en base a los artículos 33 CE, 348 y 1255 CC) o tiene límites (impuestos por la legislación del suelo, por el planeamiento municipal, y por otras normas imperativas como la Ley de Ordenación de la Edificación).

En segundo lugar, si el sometimiento de un acto a licencia urbanística constituye o no una “limitación” del dominio, y si debe, en todo caso, ser establecido por una norma con rango de ley, o puede imponerse mediante normas de rango reglamentario.

En tercer lugar, si un órgano de la Administración (la DGRN, entre ellos) puede o no inaplicar una norma reglamentaria no declarada nula por sentencia judicial.

### **3. LÍMITES A LA LIBRE CONFIGURACIÓN DE LOS PISOS RESULTANTES DE LA DIVISIÓN HORIZONTAL: VIVIENDA MÍNIMA, CONDICIONES DE HABITABILIDAD Y PLANEAMIENTO MUNICIPAL**

I. Primeramente, y como presupuesto de lo que luego se dirá, importa subrayar que el Ordenamiento Jurídico ha adoptado, desde hace décadas, un papel activo al regular las condiciones mí-

nimas que han de tener las viviendas, las parcelas destinadas a la edificación<sup>4</sup> o los terrenos rústicos<sup>5</sup>. Los conceptos de “vivienda mínima”, “parcela mínima edificable” o “unidad mínima de cultivo” responden a esa preocupación.

Se trata de tres conceptos distintos. Y, con independencia de la determinación concreta de las superficies de esos diferentes espacios, en función de sus peculiaridades propias, importa destacar que la existencia misma de esos conceptos –“unidad mínima de cultivo”, “parcela mínima edificable”, y en especial “vivienda mínima”– pone de manifiesto que al Ordenamiento no le resultan intrascendentes ni las dimensiones de los terrenos donde se desarrollan actividades agrarias, ni de las parcelas destinadas a la construcción de edificaciones, ni las superficies y las condiciones higiénicas y de habitabilidad de las viviendas donde los ciudadanos residen, sean viviendas unifamiliares, sean pisos resultantes de la división horizontal de un edificio. Por todo ello, hay en el Ordenamiento Jurídico normas que prohíben las parcelaciones en terrenos rústicos de dimensiones inferiores a la unidad mínima de cultivo, la edificación en parcelas de tamaño inferior al de la parcela mínima edificable, y la construcción de viviendas cuyas características no respondan, al menos, a los requisitos –irrenunciables– de la “vivienda mínima”, requisitos que se fiscalizan a través de la licencia de obras.

Tales normas se han ido acomodando –con mayor o menor acierto, y con mayor o menor alcance– a la evolución social y económica del país. Desde la instauración del régimen constitucional en 1978, muchas normas preconstitucionales que regulaban dichas materias han sido derogadas, tácita o expresamente, por otras nuevas aprobadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o los municipios, en función del sistema de distribución de competencias nacido de la CE.

El artículo 47 CE contiene un mandato global a todos los poderes públi-

cos. Éstos “*promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo*” el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una “*vivienda digna y adecuada*”. El concepto legal de “vivienda mínima” se erige, así, en límite o “*condición necesaria*” de lo que debe ser una “*vivienda digna*”: por debajo de ese umbral se encuentran las situaciones de “*infravivienda*” que, por eso mismo, resultan proscritas. Debe notarse, empero, que el concepto de “vivienda mínima”, aunque responde en todo caso a la finalidad de garantizar unas condiciones mínimas de habitabilidad y evitar las infraviviendas, no es un parámetro rígido ni estático. Sus características concretas se modulan hoy en las normas que aprueban las Comunidades Autónomas y en los instrumentos de planeamiento de los municipios.

En ese desarrollo normativo anterior a la CE de 1978, una disposición reglamentaria que constituye un hito y que todavía hoy se sigue tomando como referencia en numerosos municipios, incluido el de Madrid, es la Orden del Ministerio de la Gobernación, de 29 de febrero de 1944, por la que se establecen las condiciones higiénicas mínimas que han de reunir las viviendas<sup>6</sup>. Pero incluso en las Comunidades Autónomas donde sigue vigente dicha Orden, su contenido ha quedado superado por otras normas posteriores, como la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), el Código Técnico de la Edificación (CTE), aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, o los Planes Generales de Ordenación Urbana aprobados por los diferentes municipios.

El vigente Plan General de Ordenación Urbana de Madrid, de 1997, en el artículo 7.3.4 de sus Normas Urbanísticas (“*Programa de vivienda*”), establece los límites de lo que se considera “vivienda mínima”: aquella que cuenta con una estancia-comedor, cocina, dormitorio y aseo, y una superficie útil superior a 38 metros cuadrados, no incluyéndose

se en ese cómputo las terrazas, balcones o tendedores. Excepcionalmente, se considera satisfecha la condición de vivienda mínima para aquellos apartamentos preexistentes con una superficie útil de, al menos, 25 metros cuadrados, además de otras características, de acuerdo con los parámetros de la Orden Ministerial de 1944. Las superficies y demás características de la “vivienda mínima” se regulan de modo similar, aunque no igual, en los diferentes municipios y Comunidades Autónomas.

Estos requisitos de la “vivienda mínima”, regulados por el Plan General de Madrid, o por los instrumentos de planeamiento de cualquier otro municipio, son determinaciones reglamentarias obligatorias para todos los sujetos, públicos y privados, siendo nulas cualesquiera reservas de dispensación de su

---

*“Diversas CCAA han dictado normas nuevas, bien regulando las superficies mínimas que han de tener las viviendas de protección oficial, bien regulando con carácter general para todo tipo de viviendas –libres o protegidas– las condiciones de habitabilidad y las superficies mínimas exigibles.”*

contenido (artículo 64, letra c) de la Ley 9/2001, del Suelo de la Comunidad de Madrid; y en el mismo sentido todas las leyes urbanísticas autonómicas). Así se deduce, también, del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos establecido, con carácter general, en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo.

En la mayoría de las Comunidades Autónomas se ha derogado la Orden Ministerial de 1944, así como otras normas que también se utilizaban de referencia. Tal es el caso de las Órdenes Ministeriales de 24 de noviembre de 1976 y de 17 de mayo de 1977, que establecían las Normas de Diseño y Calidad de las Viviendas Sociales fi-

---

*“Debe destacarse que el número de viviendas constituye, para la normativa urbanística un parámetro relevante a efectos de determinar las dotaciones del propio edificio de la zona de la ciudad donde éste radique de modo que la división horizontal del mismo no es una mera cuestión ad intra, sino que tiene trascendencia ad extra.”*

jando una superficie útil mínima de 36 metros cuadrados. En su lugar, diversas Comunidades Autónomas han dictado normas nuevas, bien regulando las superficies mínimas que han de tener las viviendas de protección oficial, bien regulando con carácter general para todo tipo de viviendas –libres o protegidas– las condiciones de habitabilidad y las superficies mínimas exigibles.

Es el caso de la Ley 5/1995, de 7 de abril, de condiciones de habitabilidad en edificios de viviendas y promoción de la accesibilidad general, de Murcia. También se encuentra una regulación detallada en la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda de Cataluña, y en su desarrollo reglamentario mediante el Decreto 55/2009, de 7 de abril, sobre las condiciones de habitabilidad de las viviendas de Cataluña, que impone una “superficie útil interior no inferior a 40 metros cuadrados” tanto para las viviendas nuevas (libres o protegidas), como para las viviendas resultantes de la división de viviendas preexistentes (Disposición Adicional Tercera).

El Decreto 55/2009, de 7 de abril, sobre las condiciones de habitabilidad de las viviendas de Cataluña, entronca así con el problema de la división horizontal de edificios y de la subdivisión de pisos ya existentes. Se impone un límite a la división de viviendas para que todas gocen de unos requisitos mínimos de habitabilidad y de superficie. En ese mismo sentido, el Decreto 142/2004, de la Comunidad Foral de Navarra, establece una superficie útil mínima de 30 metros cuadrados aplicable también para las viviendas “de nueva creación” surgidas por división “en un edificio existente” (artículo 1 del Anexo).

Por otra parte, debe destacarse que el número de viviendas constituye, para la normativa urbanística (véanse, por ejemplo, el artículo 75 del TR de la Ley del Suelo de 1976, los artículos 45-47 del Reglamento de Planeamiento, de 23 de junio de 1978; las diferentes leyes del suelo autonómicas; el planeamiento municipal) un parámetro relevante a

efectos de determinar las dotaciones del propio edificio (ascensores, número de plazas de garajes) o las dotaciones de la zona de la ciudad donde éste radique (espacios verdes, equipamientos), de modo que la división horizontal del mismo no es una mera cuestión *ad intra*, exclusiva o “interna” de la propiedad, sino que tiene trascendencia *ad extra*.

II. Al margen de la cada vez más profusa regulación administrativa de esta materia (con normas de detalle variables en cada Comunidad Autónoma y cada municipio), debe notarse que la legislación civil no ha permanecido del todo ajena a estas cuestiones.

La Exposición de Motivos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (LPH), señala que la misma “representa, más que una reforma de la legalidad vigente, la ordenación *ex novo*, de manera completa, de la propiedad por pisos”, y que “la esencial razón de ser del régimen de la propiedad horizontal descansa en la finalidad de lograr el acceso a la propiedad urbana mediante una inversión de capital que, al quedar circunscrita al espacio y elementos indispensables para atender a las propias necesidades es menos cuantiosa y, por lo mismo, más asequible a todos”.

La LPH conecta así, indirectamente, con el concepto de funcionalidad y habitabilidad de las viviendas. Los pisos en régimen de propiedad horizontal deben tener el “espacio” –superficie mínima– y los “elementos indispensables para atender a las propias necesidades” –necesidades de vivienda que se satisfacen a partir de un espacio mínimo para cada piso y de unos elementos o características indispensables que posibiliten su destino como tales viviendas, cuyo umbral se condensaría en un parámetro que las normas califican como “vivienda mínima”–.

El artículo 3 LPH establece con claridad que el concepto de elemento privativo del edificio (esté destinado a su uso como piso, o como local comercial) debe referirse a un espacio suficiente-

mente delimitado “*susceptible de aprovechamiento independiente*”. Esta idea de la posibilidad de “*aprovechamiento independiente*” del piso o del local se introduce en la Ley Hipotecaria, a través de la reforma que la LPH operó en aquella (artículo 8.4 y 8.5 LH), para permitir, por un lado, la inscripción del edificio en su conjunto y, por otro lado, además, la inscripción de cada piso o local como finca independiente, con folio registral propio.

La Res. DGRN de 16 de septiembre de 1967 señala que para determinar cuándo nos encontramos ante un piso o local susceptible de inscribirse como una sola finca independiente en el Registro de la Propiedad “*habrá que atender a la auténtica situación real existente, sin poder someterse a criterios fijos (...)*”, debiendo valorarse todas las circunstancias del caso y exigiéndose que los espacios susceptibles de aprovechamiento independiente constituyan por sí mismos una “*unidad objetiva*” no solo “*física*” sino también “*económica, funcional o de destino*”. De esa forma, se controla por ejemplo que, conforme a los artículos 396 CC y 1.11 LPH, el elemento privativo tenga salida a la vía pública o a un elemento común. Desde esa Resolución viene requiriéndose que el elemento privativo o “*propiedad separada*” forme una unidad objetiva, física, pero también económica, funcional o de destino<sup>7</sup>. En sentido similar, la Res. DGRN de 29 de septiembre de 1979.

Los propietarios no pueden, así, crear nuevas fincas “*de modo totalmente arbitrario*”, señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS<sup>8</sup>, sino que las operaciones divisorias habrán de sujetarse a los requisitos exigidos por la legislación del suelo y de propiedad horizontal.

III. Como ya se ha observado, hasta la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (artículo 25.2), no era condición necesaria, para autorizar e inscribir una escritura de declaración de obra nueva, la acre-

ditación de la licencia previa municipal. Pero, desde la entrada en vigor de la LS de 1990, eso ya no resulta admisible.

Esos requisitos mínimos –*objetivos, físicos, funcionales y de destino*, por usar la terminología de la DGRN– que deben reunir los pisos resultantes de un edificio dividido en régimen de propiedad horizontal, se fiscalizan, esencialmente, por los Ayuntamientos, a través de la licencia de obras del edificio, y ello para asegurar el cumplimiento de las determinaciones sobre superficies mínimas y demás condiciones que garanticen su seguridad, funcionalidad y habitabilidad.

IV. Los artículos 2.1 y 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establecen, en el marco de la legislación sectorial, las competencias de los municipios en materia de licencias y disciplina urbanística.

El artículo 25.1 LBRL dispone que “*El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal*”.

Y su apartado 2 señala que “*El Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:*

d) *Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas (...)*”.

Las competencias de los municipios en orden al control de la legalidad de las edificaciones, y por tanto de la unidad objetiva, física, funcional y de destino de los pisos y viviendas (por usar de nuevo la terminología de la Res. DGRN de 16 de septiembre de 1967) quedan amparadas, además, por otros apartados del artículo 25.2 LBRL. Entre ellos, procede destacar el apartado c) respecto a la seguridad contra incendios de los edificios; el f) respecto a la protección del medio ambiente, que incluye la protección contra la

contaminación acústica; el g) respecto a la defensa de consumidores y usuarios; el h) referente a la protección de la salubridad pública, que se extiende, como es lógico, a la salubridad de los edificios y pisos con el fin de garantizar sus condiciones higiénicas, de ventilación, iluminación, y de habitabilidad en general.

Esas condiciones de *funcionalidad* (que garantizan unas “*dimensiones de los espacios adecuadas*” para servir a su uso, así como la accesibilidad del edificio), *seguridad* (estructural, contra incendios y de utilización del edificio), y *habitabilidad* (higiene, salubridad, protección medio ambiental y contra el ruido, para garantizar un uso satisfactorio del edificio) se recogen de manera expresa en el artículo 3.1, apartados a), b) y c), de la LOE. Dichas exigencias

**“Hasta la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, no era condición necesaria para autorizar e inscribir la escritura de declaración de obra nueva, la acreditación de la licencia municipal. Pero, desde la entrada en vigor de la LS de 1990, eso ya no resulta admisible.”**

se detallan en el Código Técnico de la Edificación y se completan con otras normas administrativas dictadas por las Comunidades Autónomas, así como en los Planes Urbanísticos municipales (artículo 3.2 LOE). Su objetivo es garantizar la seguridad de las personas y su bienestar en los espacios que habitan (artículo 3 LOE) o, como dice el artículo 2.2 del TRLS de 2008, el “desarrollo urbano sostenible”. Su control se encomienda, no a Notarios y Registradores (al tratarse de una materia por completo ajena a su competencia), sino a los municipios, sin perjuicio de que aquéllos deban colaborar y actuar de manera coordinada con el control ejercido por éstos.

**“Señalar que el derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 CE y la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 53 CE supone que la CE establece una reserva ‘relativa’ de ley, pero no absoluta (STC 37/1987, de 26 de marzo).”**

#### **4. NO VULNERA EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EL SOMETIMIENTO A LICENCIA DE ACTOS URBANÍSTICOS MEDIANTE NORMAS DE RANGO REGLAMENTARIO. EL SOMETIMIENTO DE UN ACTO A LICENCIA NO CONSTITUYE UNA “LIMITACIÓN” DEL DOMINIO**

I. Para que los municipios puedan ejercer las competencias que el artículo 25.2 LBRL establece a su favor, en materia urbanística y en cualquiera otra, la LBRL de 1985, en su artículo 84.1, los dota de una serie de medios, como son la posibilidad de aprobar Ordenanzas, las órdenes de ejecución, o “*el sometimiento a previa licencia*”, entre otros.

Por lo que se refiere a la legislación sectorial, todas las leyes urbanísticas de las distintas Comunidades Autónomas establecen una relación detallada –pero no cerrada, sino abierta– de los actos que están sujetos a licencia urbanística.

Además, todas ellas –con la excepción de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación Territorial y Urbanística de la Rioja, y del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio)– conceden expresamente a los municipios la posibilidad de someter a licencia urbanística otros actos no relacionados de modo específico en el articulado de dichas leyes, remitiéndose para ello al contenido de las Ordenanzas, reglamentos o instrumentos de planeamiento que apruebe el respectivo municipio. Véase, por ejemplo, el artículo 191.1, letra v), de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística Valenciana, que somete a licencia “*todas las demás actuaciones en que lo exija el planeamiento o las ordenanzas municipales*”.

En el mismo sentido, el artículo 169.1.G) de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, el artículo 187.2, letra s), del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, o el artículo 151.1.T) de la

Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, y las demás leyes<sup>9</sup>.

II. Así las cosas, el argumento esgrimido por la DGRN (por ejemplo, en la Res. DGRN de 16 de enero de 2002, o en la de 14 de enero de 2010) de que el sometimiento a licencia de la división horizontal de un edificio –o de cualesquiera otros actos que incidan sobre la propiedad de un inmueble– “*ha de venir establecido en una norma con rango formal de ley, por constituir una restricción al principio de libertad que rige el dominio (artículo 33 CE y 348 CC)*”, carece de fundamento.

Los municipios, en virtud de la habilitación general que les otorga el artículo 84.1 LBRL y en virtud de la habilitación específica que les conceden las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas, son plenamente competentes para someter a licencia actos urbanísticos no sometidos expresamente a ella por la ley. Lo pueden hacer y, de hecho, lo hacen en el ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria y de planificación que tienen atribuida (artículo 4 LBRL).

III. Conviene detenerse en esa doctrina de la DGRN según la cual el sometimiento de un acto a licencia “*ha de venir establecido en una norma con rango formal de ley, por constituir una restricción al principio de libertad que rige el dominio establecido en los artículos 33 CE y 348 CC*”.

En primer lugar, para señalar que el derecho de propiedad reconocido en el artículo 33 CE y la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional en relación con el artículo 53 CE supone que la CE establece una reserva “*relativa*” de ley, pero no absoluta (STC 37/1987, de 26 de marzo). Así lo ha subrayado la doctrina más autorizada<sup>10</sup>. Se admite, por tanto, la colaboración del reglamento. Y, en consecuencia, de los Planes urbanísticos y Ordenanzas municipales como manifes-

tación prototípica de la potestad reglamentaria de los municipios.

Los Planes urbanísticos son instrumentos aptos para la delimitación del contenido del derecho de propiedad sin que ello suponga una vulneración de la Constitución, pues según el artículo 33.2 CE la función social de la propiedad delimitará su contenido *“de acuerdo con las leyes”*, y no mediante la ley. Los Planes y Ordenanzas se dictan de acuerdo con las leyes urbanísticas, que autorizan expresamente a los municipios para desarrollar reglamentariamente su contenido, entre otras razones, porque sería imposible determinar el destino urbanístico de miles de parcelas y edificaciones por medio de una ley formal. Existe, por tanto, una remisión implícita al reglamento en las materias reservadas a la ley ordinaria y, particularmente, al derecho de propiedad (33 CE), remisión que debe aplicarse, restrictivamente, a los casos en que sea *“técnicamente necesaria e inevitable para conseguir la finalidad propuesta por el constituyente”* ya que *“es técnicamente impensable, en el momento actual, que la función social de la propiedad en relación a cada tipo de bienes sea concretada exclusivamente por la ley”*, como muy bien expresa GÓMEZ-FERRER<sup>11</sup>.

En segundo lugar, en cuanto al contenido del derecho de propiedad, resulta claro que, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2004 (RJ 2004\ 884), *“la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien reservado a su titular”*, conforme a la concepción clásica del dominio<sup>12</sup>, sino que *“la propiedad se configura, hoy, sobre todo, por obra de la legislación especial y en razón de su función social, como un derecho ‘elástico’ dotado de diverso contenido e incluso de diferente estatuto”*. De esa manera, *“utilidad individual y función social definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes”*, siendo la función

social *“elemento estructural de la definición misma del derecho de propiedad privada y factor determinante de la delimitación legal de su contenido”*, según la STC 37/1987, de 26 de marzo.

La delimitación legal del contenido del derecho de propiedad en razón de su función social (artículo 33.2 CE) supone que el ejercicio de las facultades urbanísticas y de la edificación se encuentra vinculado a las exigencias establecidas en las leyes formales o, en virtud de ellas, por el planeamiento (artículo 3.1, 6. apartado d), 7, 8 y 9 del TRLS de 2008). El régimen *“estatutario”* de la propiedad del suelo a que se refiere literalmente el vigente artículo 7.1 del TRLS de 2008 significa que *“su contenido será en cada momento el que se derive de la ordenación urbanística”* (STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 1989, ponente Sr. Delgado Barrio), y por tanto de normas con rango inferior a la ley.

En tercer lugar, porque someter un acto urbanístico a licencia previa no constituye una *“limitación”* del derecho de propiedad ya que la licencia es un acto declarativo, de naturaleza reglada, que se limita a verificar el cumplimiento del Plan y de la legalidad urbanística (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. Jco. 34), removiendo los obstáculos para el ejercicio de un derecho preexistente (STS de 27 de septiembre de 1999, RJ 1999\6970)<sup>13</sup>. El sometimiento a licencia no es, pues, una *“limitación”* del derecho de propiedad (singular, unilateral y por tanto indemnizable, como ocurre en el caso de la imposición de una servidumbre). La licencia se ciñe a verificar la conformidad del acto con el Ordenamiento. Y es el Ordenamiento (la ley pero también los Planes y reglamentos) quien establece la *“definición”* o *“delimitación general”*—no singular, y por tanto no indemnizable— del contenido normal de ese derecho de propiedad de acuerdo con su función social<sup>14</sup>.

IV. Los Planes o las Ordenanzas municipales pueden, por tanto, someter a licencia determinados actos, siendo ello

perfectamente válido, pues a pesar de no tener rango de ley, las propias leyes han habilitado a los municipios para establecer la exigencia de licencia a través de sus Ordenanzas y Planes.

Así, y a mero título de ejemplo, sucede en el Ayuntamiento de Madrid, cuya Ordenanza de Tramitación de Licencias Urbanísticas, de 23 de diciembre de 2004, sujeta a licencia cualquier tipo de obras que suponga *“incrementar el número de viviendas de un edificio ya existente, incluidas las resultantes de transformar locales en viviendas”* (artículo 55), cuestión ésta no prevista en el artículo 151 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (y sí prevista, en cambio, en la Ley 2/2006,

---

*“La delimitación legal del contenido del derecho de propiedad en razón de su función social (art. 33.2 CE) supone que el ejercicio de las facultades urbanísticas y de la edificación está vinculado a las exigencias establecidas en las leyes formales o, en virtud de ellas, por el planeamiento (art. 3.1, 6. apartado d), 7, 8 y 9 del TRLS de 2008).”*

de 30 de junio del Suelo y Urbanismo del País Vasco, cuyo artículo 207.1, letra e), sujeta a licencia “*las obras que supongan la división de la vivienda existente en dos o más viviendas*”).

Cabría argumentar, en contra, que el aumento del número de pisos de un edificio podría, en algunos casos, producirse sin realizar obras, y en tales casos esa división o subdivisión no resultaría sujeta a la exigencia de licencia previa que establece el artículo 55 de la Ordenanza citada. Pero como ha señalado la doctrina, la división de un edificio sin obras es “una quimera”, algo ilusorio, prácticamente imposible<sup>15</sup>.

Desde esa perspectiva, si la división exige la realización material de una obra, por pequeña que ésta sea, el acto estaría sujeto a licencia pues la realización de obras está, en general, sujeta a licencia en todas las leyes autonómicas y Ordenanzas municipales. Cuestión distinta es que dichas obras se realicen

sin la preceptiva licencia y, por ello, se cree la apariencia de que se puede dividir un edificio horizontalmente sin realizar materialmente ninguna obra y sin licencia.

Por otra parte, debe señalarse, también a título meramente ilustrativo, que incluso en el supuesto poco frecuente de que no fueran necesarias obras, muchos Planes urbanísticos disponen la exigencia de licencia previa para la división de un edificio en un mayor número de viviendas. Es decir, se establecen limitaciones a la implantación de viviendas colectivas en determinadas zonas del municipio que, por sus características tipológicas, arquitectónicas, histórico-artísticas o medio ambientales, se quieren preservar, como ocurre en Madrid. Así, en algunas normas zonales cuyo uso cualificado característico es residencial unifamiliar, se permite la implantación de vivienda en régimen colectivo, sometiendo la operación divisoria de la vivienda unifamiliar a una serie de requisitos (artículo 8.8.15.2 de las Normas Urbanísticas del PGOU de Madrid). Entre ellos, además de la licencia, una limitación en el número máximo de pisos autorizable, que no podrá superar el número entero resultante de dividir la superficie de la parcela correspondiente por la superficie de la parcela mínima edificable asignada por el PGOU para esa concreta zona de la ciudad. En este caso, no se trata ya de que cada piso resultante tenga, al menos, la superficie de la “*vivienda mínima*” (unos 38 metros, según el PGOU de Madrid), sino de preservar la transformación de una zona de la ciudad, estableciendo un segundo límite, todavía más restrictivo, al número de pisos autorizable, si bien por razones distintas a las exigencias de habitabilidad de las viviendas.

Con el fin de no dejar resquicio alguno al fraude de convertir la operación de división horizontal de un edificio en una división ideal, exclusivamente jurídica, que no exige realizar ningún tipo de obras en la vivienda, o cuyas obras se procuran hacer sin licencia para evi-

tar el control municipal de esa división, algunas Comunidades Autónomas han ido más allá. Así, el artículo 187.2, apartado r), del TR de la Ley de Urbanismo de Cataluña ha dado un paso más lejos que la Ley vasca (artículo 207.1.e) y que la Ordenanza de Licencias madrileña (artículo 55), y sujeta a licencia:

*“La constitución de un régimen de propiedad horizontal o bien de un complejo inmobiliario privado, o su modificación cuando comporte un incremento del número de viviendas o establecimientos, y también las operaciones que tengan por objeto constituir más elementos susceptibles de aprovechamiento independiente de los que se hayan hecho constar en una declaración de obra nueva precedente. No es precisa la licencia si la licencia de obras ya contiene el número de departamentos individuales susceptibles de aprovechamiento independiente”.*

Además, el Decreto 55/2009, de 7 de abril, sobre las condiciones de habitabilidad de las viviendas de Cataluña, impone para las viviendas resultantes de la división una superficie útil interior no inferior a 40 metros cuadrados (Disposición Adicional Tercera). La superficie mínima de las viviendas se asocia así, expresamente, al concepto de habitabilidad, o de vivienda digna (artículo 47 CE) y de función social de la propiedad (art. 33.2 CE), y se sustrae –si es que no lo estaba ya– al principio de libertad de dominio (348 CE) esgrimido por la vigente doctrina de la DGRN, en cuya virtud se podría dividir una vivienda, sin limitación alguna, *ad infinitum*, en tantas unidades como libérrimamente dispusiera su propietario.

Pero, también en Cataluña, cuando se pretende dividir una vivienda en dos o más unidades, el número de pisos resultante encuentra un segundo límite añadido al de la “*vivienda mínima*” (40 metros), de forma que el número de pisos resultante podría ser menor al que resultara de dividir por los 40 metros fijados en el Decreto 55/2009. GARCÍA GARCÍA<sup>16</sup> indica, en este sentido, que

***“Dogmáticamente es indiscutible que la vinculación a la ley es más intensa que la vinculación al reglamento. La técnica de la inaplicación de los reglamentos sería, desde esa perspectiva, ‘un primer remedio’ frente al reglamento supuestamente ilegal.”***

en el municipio de Barcelona existen unas Ordenanzas que permiten, en ciertas zonas de la ciudad, la división de viviendas siempre que cada uno de los pisos resultantes de la división tenga, al menos, 100 metros cuadrados. Y del mismo modo que en Barcelona o Madrid, existen normas zonales, de contenido similar, en muchos otros municipios.

**VIII.** Como se ve, existen numerosos supuestos en que un acto se somete a licencia, pero en los que dicha exigencia no consta expresamente recogida en una norma con rango de ley, sino en una norma reglamentaria, y no de ámbito estatal, ni autonómico, sino tan solo municipal. Esa circunstancia hará más difícil su conocimiento, pero a pesar de su alcance local, esa norma integra —exactamente igual que las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas— el Ordenamiento Jurídico. Y a éste, se encuentran sujetos los ciudadanos y los poderes públicos (artículo 9.1 CE) y, por tanto, todos los funcionarios y todos los órganos administrativos. También la DGRN, cuyas Resoluciones serán nulas si vulneran el contenido de una disposición general (Ordenanza municipal o Plan Urbanístico) que somete válidamente un acto a licencia, y ello por infracción del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos consagrado en el artículo 52.2 de la Ley 30/1992.

### **5. SOBRE LA POSIBILIDAD DE INAPLICAR UN REGLAMENTO “ILEGAL” POR LOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS**

La doctrina de la DGRN plantea una tercera cuestión. El problema de la inaplicación por los órganos administrativos (la DGRN, entre otros) de las normas reglamentarias supuestamente “ilegales”.

Antes de entrar en el análisis concreto de la posición de la DGRN, conviene hacer unas reflexiones de carácter general. Se trata de una cuestión compleja que si, desde el punto de vista teórico, se presta a sutilezas de gran finura,

desde el punto de vista operativo resulta algo más clara.

**I.** Desde el punto de vista teórico, lo que subyace en torno a esta cuestión es una tensión entre los principios de legalidad y de jerarquía normativa (9.3 CE), por un lado, y de seguridad jurídica (9.3 CE), por otro. Dogmáticamente es indiscutible que la vinculación a la ley es más intensa que la vinculación al reglamento. La técnica de la inaplicación de los reglamentos sería, desde esa perspectiva, “*un primer remedio*” frente al reglamento supuestamente ilegal<sup>17</sup>. Sin embargo, el principio de seguridad jurídica impone a la Administración que ha reconocido la nulidad de una norma, ir más allá y expulsar de manera inmediata del Ordenamiento Jurídico a ese reglamento ilegal, destruyendo la apariencia de legalidad de la que goza y evitando, así, que esa norma ilegal siga desplegando sus efectos.

Para ello, la Administración debe activar de manera inmediata los mecanismos de que dispone, esto es, la institución de la revisión de oficio de las disposiciones reglamentarias, la derogación de la norma, o promover la aprobación de una ley formal que le dé cobertura, si es que la razón de su ilegalidad estaba en el déficit de cobertura por una norma superior, con rango de ley.

Lo que no resulta admisible es un comportamiento pasivo de la Administración que, por una parte, inaplica la norma al caso concreto, y por otra la mantiene vigente. Actuar así supone una contradicción inaceptable, generadora de inseguridad jurídica y de confusión grave sobre el derecho aplicable.

**II.** Desde el punto de vista del Derecho positivo, como señala BLANQUER<sup>18</sup>, tan solo los tribunales pueden inaplicar los reglamentos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 6 LOPJ. Sus palabras son elocuentes por sí mismas:

*“Aunque un reglamento sea contrario a Derecho, mientras un tribunal no declare su invalidez, debe ser obedecido*

*por todos sus destinatarios, pues de lo contrario el principio de seguridad jurídica saltaría por los aires, y el Derecho no aportaría ninguna certidumbre, y sería inútil como técnica de ordenación de los conflictos sociales y económicos. Los únicos que pueden inaplicar un reglamento son los tribunales (a tenor de lo establecido en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley y al principio de jerarquía normativa”).*

En el mismo sentido, se pronunció el Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de febrero de 1988 (Ar.711), ponente Sr. Mendizábal Allende: “*los órganos de la Administración carecen de competencia para dejar de aplicar, aun cuando*

***“Lo que no resulta admisible es un comportamiento pasivo de la Administración que, por una parte, inaplica la norma al caso concreto, y por otra la mantiene vigente. Actuar así supone una contradicción inaceptable, generadora de inseguridad jurídica y de confusión grave sobre el derecho aplicable.”***

**“Si efectivamente la DGRN consideraba o considera que el art.53 es ilegal, sorprende que no haya puesto todavía en marcha los mecanismos de revisión de oficio o de modificación normativa que serían pertinentes para corregir esa supuesta ilegalidad. Tal sería su obligación, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.”**

*fuera ilegal, un Real Decreto emanado del Gobierno, en quien reside constitucionalmente la potestad reglamentaria (...).”*

Y, con mayor contundencia aún, se manifiesta SANTAMARÍA PASTOR<sup>19</sup> en una conferencia dictada en 2002 en la Academia Matritense del Notariado, donde señala que sólo los jueces pueden inaplicar los reglamentos (ex artículo 6 LOPJ), pero no “los órganos de las Administraciones Públicas”, y ello por dos razones:

a) Porque “Aparte de la constatación, obvia, de que ninguna de sus normas reguladoras les reconocen una potestad similar (a la de los jueces), las escasas menciones que de forma incidental se hacen al problema parecen descartar tal posibilidad. Aunque pensado para otros fines, así se desprende del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, que hoy establece el artículo 52.2 de la Ley 30/1992 (...).”

b) Porque “El reconocimiento de tal potestad a los diferentes centros de decisión administrativa sería una opción que, por disparatada, apenas si cabe considerar seriamente. Por su carácter servicial, por su condición de aparato operativo para la puesta en práctica de normas y directrices emanadas de los órganos constitucionales donde radica el poder político, la Administración no puede convertirse, por definición, en una suerte de confederación amistosa de objetores de conciencia reglamentarios; con la Administración, si ustedes me permiten, nadie puede permitirse alegrías de esa naturaleza, en cuanto, por definición y por necesidad imperiosa, debe actuar de manera unitaria, jerarquizada y, sobre todo, coherente. Predicar lo contrario es una completa irresponsabilidad (...).”

III. Del análisis de la doctrina de la DGRN sobre este asunto, deben hacerse las siguientes precisiones.

En primer lugar, la Res. de 16 de enero de 2002, invoca casos en los que la DGRN ha inaplicado un reglamento (

Res. de 11 y de 26 de febrero de 1999). En ambas Res. de 1999, se justifica la inaplicación del Reglamento del Registro Mercantil (RRM), en su redacción dada por RD 1597/1989, porque su contenido había quedado inequívocamente derogado por una ley posterior, la Ley 2/2005, de 23 de marzo, de Sociedades Limitadas (LSRL). En esos dos casos, la propia Administración fue consciente de la situación y, por ello, poco después de la aprobación de la LSRL modificó el RRM mediante el RD 1784/1996, de 19 de julio, para adaptar su contenido al de la LSRL.

En ninguno de esos dos casos, se produjo la inaplicación de un reglamento en vigor, sino que se dejó de aplicar una norma porque ya no estaba vigente, al haber sido derogada tácita (2.2 CC), pero inequívocamente, por una ley posterior. Cuestión totalmente distinta a los problemas que se plantean con la aplicación del artículo 53.a) del RD 1093/1997.

En segundo lugar, como ya se ha destacado, sí se puede someter a licencia un acto urbanístico mediante una norma reglamentaria. Todas las leyes urbanísticas de las Comunidades Autónomas habilitan esa posibilidad a los municipios, sin que ello constituya una ilegalidad del Plan o de la Ordenanza, ni una vulneración del principio de reserva de ley. Pero, al margen de lo anterior, resulta que la exigencia de licencia prevista en el artículo 53.a) para la inscripción registral encuentra su fundamento en una norma que sí tiene rango de ley: el TRLS de 2008 (artículos 20 y 17.2).

En tercer lugar, debe notarse que el RD 1093/1997 es una disposición reglamentaria que contiene normas dictadas por el Estado en el ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de legislación civil y de ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8 CE). Es al Estado a quien compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos. El propio

RD 1093/1997 advierte que, aunque los preceptos que integran su articulado se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral. El Consejo de Estado dejó claro también su carácter registral, instrumental.

En cuarto lugar, la interpretación del Capítulo VI (artículos 45-55) de dicho Real Decreto (y, por tanto, también del 53, incluido en ese Capítulo) debe ponerse en relación, como hacen el Preámbulo del RD 1093/1997 y la Sentencia del Tribunal Supremo (3ª) de 14 de octubre de 1998 (ponente: Sr. Rodríguez-Zapata), con la regulación legal de las obras nuevas, contenida en el artículo 22 de la LS de 1998 (37.2 del TRLS de 1992; hoy artículo 20 del TRLS de 2008). Dicha sentencia subraya el carácter registral del RD 1093/1997, y considera su contenido ajustado a la legalidad.

La postura de la DGRN en torno a este tema resulta, cuando menos, contradictoria. Por una parte, informa favorablemente, con fecha de 24 de abril de 1997, el RD 1093/1997, afirmando que es una norma registral, meramente adjetiva, pero al mismo tiempo, en su Rs. de 16 de enero de 2002, señala que su artículo 53 es ilegal al vulnerar el principio de reserva de ley en materia de limitaciones al dominio. Pues bien, debe entenderse que si fuera una norma adjetiva, meramente instrumental, no podría nunca constituir una limitación del dominio. Y si limitara el dominio, no sería una simple norma adjetiva. En cualquier caso, si efectivamente la DGRN consideraba o considera que el art.53 es ilegal, sorprende que no haya puesto todavía en marcha los mecanismos de revisión de oficio o de modificación normativa que serían pertinentes para corregir esa supuesta ilegalidad. Tal sería su obligación, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Como ya se ha explicado, el artículo 53.a) del RD 1093/1997 no establece, en modo alguno, limitaciones al dominio. Se

trata de una norma registral, pero en íntima conexión con la regulación legal de las obras nuevas (artículo 20 del TRLS de 2008). Importa recalcar que no existe una regulación paralela, independiente, entre obras nuevas y división horizontal porque la división horizontal trae causa siempre de una obra nueva. Sin edificio previo, no hay división posible. Es la existencia misma del objeto –de la obra, del edificio– el presupuesto para su división. Existe, pues, una interdependencia entre ambas. Y el entendimiento del artículo 53 debe hacerse a la luz de la regulación de las obras nuevas, en una interpretación sistemática e integradora del Ordenamiento que no conduzca a resultados absurdos, ni propicie el fraude de ley a las normas urbanísticas, al permitir que por la vía indirecta de una división horizontal accedan al Registro “fincas” o “unidades inmobiliarias” que no podrían acceder directamente al no ser autorizables por la licencia que debe testimoniarse en las escrituras de obra nueva. El TRLS de 2008, en su artículo 17, apoya esta interpretación, como señala SORIA en el trabajo citado. Tras definir el concepto de finca (no referido solo al suelo, sino también a la edificación, artículo 17.1), se condiciona la división de las fincas (del suelo o de la edificación) a que “cada una de las (fincas) resultantes” reúna “las características exigidas por la legislación aplicable y la ordenación territorial y urbanística” (17.2).

La licencia de obra exigida en el artículo 20 del TRLS de 2008 se erige así en el punto de referencia clave para una correcta interpretación de la función del artículo 53.a) del RD 1093/1997. Inaplicar el artículo 53.a) supone, de hecho, vaciar de contenido efectivo e inaplicar también el artículo 20 del TRLS de 2008 por cuanto quien pretenda un resultado prohibido por la norma urbanística y, por tanto, no autorizable por la licencia de obra, podría solicitar licencia para una obra diferente, hacer la declaración de esa obra nueva, y, en esa misma escritura o en otra posterior, dividir

horizontalmente el edificio obteniendo el resultado realmente buscado desde un principio.

Estas circunstancias anómalas ponen de manifiesto la descoordinación entre las normas civiles, registrales y urbanísticas, y exigen una interpretación de Ordenamiento Jurídico realmente integradora, sistemática y consecuente con la finalidad de combatir el fraude que subyace en los artículos 17.2 y 20 del TRLS de 2008 y en el Preámbulo del RD 1093/1997.

---

*“Los municipios, de acuerdo con el artículo 84 LBRL y con las leyes urbanísticas, pueden establecer por vía reglamentaria el sometimiento a licencia de actos distintos a los relacionados expresamente en el articulado de normas con rango de ley, sin que ello suponga una infracción del principio de reserva de ley.”*

## 6. CONCLUSIONES

Como recapitulación de lo hasta aquí expuesto deben subrayarse las siguientes ideas:

El Ordenamiento Jurídico trata de garantizar que tanto en las escrituras de obra nueva como en las de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal no se creen, ni se inscriban, pisos o “propiedades separadas” destinadas a vivienda que no hubieran sido autorizadas por la licencia de obras inicial o por una nueva licencia que modifique la anterior (se exceptúan los casos de infracciones urbanísticas prescritas). Y ello con el fin de evitar que nazcan “*unidades inmobiliarias*” cuyas características infrinjan los parámetros que establece la ordenación urbanística para las edificaciones de una determinada zona del municipio (primer límite) y, en todo caso, para que no surjan infraviviendas, esto es, viviendas cuyas dimensiones y demás características se sitúen por debajo del umbral de lo que legalmente se reputa como “*vivienda mínima*” (segundo límite).

El concepto de “*vivienda mínima*” responde a la finalidad de garantizar unos requisitos mínimos de superficie y habitabilidad en todas las edificaciones cuyo destino sea usarse como vivienda. Se constituye así en el límite entre lo que es una “*vivienda digna y adecuada*” (artículo 47 CE) y una infravivienda. No es un concepto rígido ni estático: sus características concretas se modulan en la normativa autonómica y en los instrumentos de planeamiento municipal.

Los municipios, de acuerdo con el artículo 84 LBRL y con las leyes urbanísticas, pueden establecer por vía reglamentaria el sometimiento a licencia de actos distintos a los relacionados expresamente en el articulado de normas con rango de ley, sin que ello suponga una infracción del principio de reserva de ley.

El sometimiento a licencia de un acto no constituye –como afirma la DGRN– una “limitación” del dominio (singular, unilateral, indemnizable). La licencia se ciñe a verificar la conformidad del

acto urbanístico con las leyes y con el planeamiento.

La dispersión de las normas (legales o reglamentarias; autonómicas o municipales) que establecen el sometimiento de un acto a licencia dificulta su conocimiento preciso. El carácter marcadamente técnico de los instrumentos de planeamiento o de las Ordenanzas municipales donde se regula el sometimiento a licencia de determinados actos dificulta, además, su interpretación correcta. El carácter administrativo de dichas normas, unido a las razones anteriores, aconsejan que, por razones de prudencia y para evitar un fraude a la normativa urbanística, el Notario que ha de autorizar una escritura se cerciore, con carácter previo, de si es exigible o no licencia para dicho acto. Actuar de esa manera no convierte a Notarios ni a Registradores en una suerte de “*policía fundiaria en defensa de la legalidad urbanística*”<sup>20</sup> puesto que no se trata de sustituir a la Administración Local en esa tarea, pero sí de hacer realmente efectiva esa colaboración para que ésta cumpla el objetivo que de ella se espera: evitar el fraude y garantizar el cumplimiento del Ordenamiento. No debe olvidarse, como dice LASO<sup>21</sup>, que el Registrador “*es un funcionario sujeto al bloque de la legalidad constituido por todo el ordenamiento jurídico, es decir, no sólo por el conjunto de normas con rango de Ley, sino también por el que podía denominarse bloque reglamentario*”, e insiste en que “*tiene que aplicar los reglamentos mientras no se deroguen o modifiquen*”.

Esa interpretación es la que subyace en los artículos 3 y 4 de la Ley 30/1992, cuando establecen los principios que deben regir la actuación de las Administraciones Públicas (Notarios, Registradores, DGRN, Administraciones Locales) y las relaciones entre las mismas: buena fe, cooperación y colaboración. Se trata, en definitiva, como señala el artículo 4, apartado d): de “*prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras*

---

*“Un Notario no podría entrar a cuestionar el contenido material de una certificación acreditativa de una licencia, expedida por la autoridad municipal competente, puesto que los actos administrativos gozan de una presunción general de validez conforme al artículo 57.1 de la Ley 30/1992.”*

*Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias”.*

Es cierto que el RD 1093/1997 es una norma registral que no puede imponer obligaciones a los Notarios, como señala el dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 1997. También lo es que el control general de legalidad que realizan los Notarios debe ejercerse con carácter preventivo, antes del otorgamiento de la escritura, según los artículos 1, 17bis.2. letra a), y 24.II de la Ley del Notariado. Éste último resulta claro al señalar que: *“Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no sólo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autoricen o intervengan, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas”.*

Sucede, empero, que en el ámbito urbanístico el control o regularidad material de los actos urbanísticos no compete directamente al Notario, sino al Ayuntamiento. Por ello, un Notario no podría entrar a cuestionar el contenido material de una certificación acreditativa de una licencia, expedida por la autoridad municipal competente, puesto que los actos administrativos gozan de una presunción general de validez conforme al artículo 57.1 de la Ley 30/1992. Pero existen casos en los que el Notario no está vinculado por un acto administrativo previo como la licencia, al no haberse dictado todavía. En tales ocasiones, cuando el Notario examina la normativa y concluye que un acto no está sujeto a licencia, no existe ninguna norma que le prohíba asegurarse de que ese juicio es correcto y nada más eficaz para ello que corroborarlo precisamente con el Ayuntamiento puesto que es a éste al que compete de manera directa el control sustantivo de la legalidad urbanística determinando la necesidad o innecesidad de la licencia en cada caso. De esta manera, el control preventivo que realizan los Notarios resultaría reforzado, al contar con el control de la Administración municipal directamente competente en materia de licencias.

Resta, por último, subrayar que si la DGRN no rectifica su doctrina y esa colaboración no se refuerza y se hace verdaderamente efectiva, las Comunidades Autónomas y los municipios –para impedir resquicio alguno al fraude– tendrán que aprobar normas de un tenor similar al del artículo 187.2, letra r) del TR de la Ley de Urbanismo de Cataluña. En caso contrario, se habrá consagrado definitivamente el fraude. Y como se advertía en las alegaciones del Registrador (Res. 16 de enero de 2002) no habrá más remedio que *“aceptar la subdivisión de cada uno de los dos elementos ahora formados, que podrían a su vez dividirse en otros dos cada uno, y así indefinidamente, sin control de la legalidad urbanística”*, lo que permitiría hacer tantas viviendas como libremente decidiera el propietario, aunque cada una de ellas tuviera dimensiones exiguas, y no dispusiera siquiera de un dormitorio, ni de un aseo para la higiene personal, ni de ventilación exterior o luz natural.

Como se ve, esa interpretación de la normativa aboca a resultados absurdos, fraudulentos. Parte de la premisa errónea de entender que no existe conexión ni interdependencia alguna entre la regulación legal de las obras nuevas y la división horizontal y, por eso, se permite que mediante esa división se pueda alterar el objeto de la obra nueva. Importa subrayar, por el contrario, que la división horizontal trae siempre causa de una obra nueva y por tanto el artículo 53.a) del RD 1093/1997 ha de interpretarse desde el prisma de la regulación legal de las obras nuevas contenida en el artículo 20 del TRLS de 2008. La licencia de obra exigida en el artículo 20 constituye el punto de conexión clave para una interpretación correcta y sistemática de la función del artículo 53: evitar el fraude a las normas urbanísticas. Inaplicar el artículo 53.a) permite, en la práctica, vaciar de contenido e inaplicar también una norma con rango de ley, el TRLS de 2008 (en concreto, sus artículos 17.2 y 20). ■

---

*“Por último, subrayar que si la DGRN no rectifica su doctrina y esa colaboración no se refuerza y se hace verdaderamente efectiva, las Comunidades Autónomas y los municipios –para impedir resquicio alguno al fraude– tendrán que aprobar normas de un tenor similar al del artículo 187.2, letra r) del TR de la Ley de Urbanismo de Cataluña.”*

## NOTAS

---

1) PARGA LÓPEZ, M.: "Edificio de vivienda unifamiliar que se transforma en colectiva", *Registradores*, núm. 55, 2010, págs. 46-48.

2) RIVAS ANDRES, R.P.: "Una sugerencia sobre cómo calificar los documentos que pretendan la división de un edificio sin licencia", *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 110, 2004, págs. 3673-3689.

3) Además de los trabajos ya citados, de PARGA y de RIVAS, pueden verse, entre otros, ARNAIZ EGUREN, R.: *La inscripción registral de los actos urbanísticos*, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2001; LASO MARTÍNEZ, J.L.: "Previsiones y conjeturas en las relaciones del urbanismo con el sistema registral", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, págs. 893-940; SORIA MARTÍNEZ, G.: "Declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal. Reserva de Ley para la exigibilidad de licencia respecto de la creación de mayor número de elementos privativos de los permitidos en la licencia de edificación. (Examen de los arts. 17.2 del TRLS 2008 y el art. 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 713, 2009, págs.1590-1597.

4) El artículo 6.d) del R.D. Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo señala que "La legislación sobre ordenación territorial y urbanística regulará: d) El derecho del propietario a realizar en sus terrenos, por sí o a través de terceros, la instalación, construcción o edificación permitidas, siempre que los terrenos integren una unidad apta para ello por reunir las condiciones físicas y jurídicas requeridas legalmente y aquéllas se lleven a cabo en el tiempo y las condiciones previstas por la ordenación territorial y urbanística y de conformidad con la legislación aplicable".

5) Véase la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, cuyo artículo 24.1 señala que "La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo". El artículo 23.2.de la misma ley dispone que "Corresponde a las Comunidades Autónomas determinar la extensión de la unidad mínima de cultivo

para secano y para regadío en los distintos municipios, zonas o comarcas de su ámbito territorial".

6) Una superficie mínima de unos 25 m<sup>2</sup>, con un dormitorio de dos camas, una cocina-comedor, un aseo, y ventilación directa al exterior, entre otros detalles (Orden Ministerial de 29 de febrero de 1944, publicada en el BOE el día 1 de marzo de 1944).

7) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: "Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal" en *Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1973, págs. 40-43.

8) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M.: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo II, 3ª edición. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, págs. 504-506.

9) En Castilla-La Mancha (art. 165.1.T del D.Legislativo 1/2010, de 18 de mayo); Castilla y León (art. 97.1.ñ de la Ley 5/1999, de 8 de abril); Aragón (art. 236.1 de la Ley 3/2009, de 17 de junio); Canarias (art. 166.1.V del D. Legislativo 1/2000, de 8 de mayo); Extremadura (art. 180.1. letra s, de la Ley 15/2001, de 14 de diciembre); Galicia (art. 194.2 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre); Cantabria (art. 183.1 de la Ley 2/2001, de 25 de junio); Asturias (art. 228.2 del D.Legislativo 1/2004, de 22 de abril); Baleares (art. 2, apartado 20, de la Ley 10/1990, de 23 de octubre); Navarra (art. 189.1, letra o, de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre), País Vasco (art. 207.1, letra w, de la Ley 2/2006, de 30 de junio).

10) Véase, por ejemplo, GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "Indefinición temporal y derecho de propiedad: a propósito de la sentencia *Beyeler* c. Italia, de 5 de enero de 2000", *Revista de Administración Pública*, núm. 153, septiembre-diciembre 2000, págs. 408-409.

11) GÓMEZ-FERRER MORANT, R. y CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: "La potestad reglamentaria del gobierno y la Constitución", *Revista de Administración Pública*, núm. 87, septiembre-diciembre 1978, pág. 196.

12) El notario ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L.: "Las limitaciones del dominio por causa del patrimonio histórico-

artístico", en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*, Editorial Moneda y Crédito, Madrid, 1977, pág. 46, señala que tras la aprobación del Código Civil español y a pesar de la dición de su artículo 348, "desde el primer momento se reconoció que al dominio acompañaban como la sombra al cuerpo las limitaciones, y que éstas nacían no sólo de las leyes, sino también de las disposiciones reglamentarias y administrativas".

13) MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ, J.L.: "La policía local", en la obra colectiva dirigida por J. Arozamena Sierra, *El Derecho Local en la Doctrina del Consejo de Estado*, Ed. BOE-Consejo de Estado, Madrid, 2002, págs. 346-348.

14) BLANQUER CRIADO, D.: *Contaminación acústica y calidad de vida*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 326 y 327.

15) BALLUGUERA GÓMEZ, C. y RÉGULEZ GÓMEZ, J.: "Seminario de Derecho Registral de Euskadi. Casos del curso 2006-2007: primer trimestre", *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Año 6, núm. 15, 2008, pág. 200.

16) GARCÍA GARCÍA, J.M.: *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*, tomo I, 6ª edición, Thomson Civitas, Madrid, 2009, pág. 1648.

17) GARCÍA LUENGO, J.: "La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales (a propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001, pág. 218.

18) BLANQUER CRIADO, D.: *Introducción al Derecho Administrativo*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 192.

19) SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: "Consideraciones sobre el problema de la inaplicación de los reglamentos", conferencia pronunciada en 2002, y recogida en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XLIII, La Ley, Madrid, 2007, págs. 18-20.

20 y 21) LASO MARTÍNEZ, J.L., obra citada, págs.895 y 913.

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

**Comentario de la sentencia  
del Tribunal de Justicia  
de las Comunidades Europeas,  
sala segunda, de 22 de diciembre de 2010**

**Ana Belén San Martín Ontoria**

Abogada del Estado ante la Audiencia Nacional

***“La sentencia objeto de análisis tiene su origen en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que, determinó, en lo relativo a la remuneración de los funcionarios interinos, en su artículo 25, apartado 2, el reconocimiento de los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de su entrada en vigor, pero con “efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo” lo que tuvo lugar a partir del 13 de mayo de 2007.”***

**Identificación de la resolución judicial:**

Sentencia de 22 de diciembre de 2010 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en los asuntos acumulados C-44/09 y C-456/09 que tienen por objeto sendas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de la Coruña y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra mediante resoluciones de 30 de octubre y 12 de noviembre de 2009.

**Antecedentes del caso y cuestiones prejudiciales planteadas:**

La sentencia objeto de análisis tiene su origen en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo LEBEP), que, entre otras cuestiones, y a diferencia de lo que ocurría con la anterior legislación, determinó, en lo relativo a la remuneración de los funcionarios interinos, en su artículo 25, apartado 2, el reconocimiento de los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de su entrada en vigor, pero con “efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo” lo que tuvo lugar a partir del 13 de mayo de 2007. Por su parte la LO 13/2007, modificando el artículo 589.2 de la LOPJ dispuso, en el ámbito del personal al servicio de la Administración de Justicia, que “se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados, que tendrán efectos retributivos conforme a lo establecido en la normativa vigente para los funcionarios de la Administración General del Estado. Este reconocimiento se efectuará previa solicitud del interesado”.

De igual modo, y con arreglo a este artículo, la Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, dictó normas relativas al reconocimiento de oficio de trienios del personal interino docente de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Una de las demandantes, la Sra. Gavieiro Gavieiro, que, en el momento de interposición de su recurso en el li-

tigio principal prestaba servicios para la Consellería como funcionaria en prácticas, había trabajado con anterioridad como profesora interina en diversos centros educativos de Galicia durante 9 años, 2 meses y 17 días. Tras la entrada en vigor de la LEBEP la Administración gallega le reconoció el derecho a percibir trienios desde el 13 de mayo de 2007 por los nueve años de servicios prestados a la Comunidad Autónoma de Galicia.

No conforme, sin embargo, con esta decisión, la funcionaria solicitó a la Comunidad que le fueran reconocidos y abonados los trienios no prescritos, esto es, los comprendidos entre noviembre de 2003 y mayo de 2007 sobre la base de lo establecido en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 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 (en lo sucesivo Acuerdo marco), interpretada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso (C-307/05, Rec. p. I-7109).

Solicitud que fue denegada por la Administración Autonómica por cuanto que la LEBEP solamente reconocía los trienios a partir del 13 de mayo de 2007, fecha de su entrada en vigor.

No conforme con esta decisión, la Sra. Gavieiro Gavieiro interpuso recurso contra la misma ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de La Coruña con el fin de que los trienios que le habían sido reconocidos le fueran abonados con carácter retroactivo.

Procedimiento que fue suspendido por el órgano judicial por entender que su solución requería una interpretación del Acuerdo marco por lo que procedió a plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la cuestión prejudicial siguiente: ¿Qué significa la expresión “criterios de antigüedad diferentes” a que hace referencia el punto 4 de la cláusula 4 del Acuerdo marco y si es

una “razón objetiva” que justifique la diferencia de trato en la percepción de la antigüedad, la mera relación temporal del servicio de los empleados públicos?.

De igual manera, y de forma paralela, la otra demandante, la Sra. Iglesias Torres, funcionaria de carrera del Cuerpo de Profesores de Escuelas Oficiales de Idiomas de la Comunidad Autónoma de Galicia, y que también había prestado servicios para la Consellería con anterioridad como profesora interina en diversos centros educativos durante 9 años, solicitó ante la Administración autonómica, tras la entrada en vigor de la LEBEP, el reconocimiento de su derecho a percibir, en concepto de trienios, las diferencias retributivas correspondientes al período anterior a dicha entrada en vigor.

Petición que fue también denegada por la Administración gallega por la misma razón de que la LEBEP solamente reconocía los trienios a partir de su entrada en vigor lo que motivó igualmente la interposición por la interesada de recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra con idéntica pretensión de retroacción de efectos económicos del reconocimiento de trienios sobre la base de la cláusula 4 del Acuerdo marco.

Procedimiento que, debido a la existencia de dudas sobre la interpretación del Acuerdo marco, fue suspendido por el órgano jurisdiccional quien planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

– ¿Es aplicable la Directiva 1999/70/CE al personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia?

– ¿Es posible considerar norma nacional de transposición de esa Directiva el art. 25.2º de la LEBEP cuando no figura en esa Ley ninguna referencia a normativa comunitaria?

– De ser afirmativa la respuesta a la 2ª cuestión, ¿necesariamente ha de definirse ese art. 25.2º de la LEBEP como la norma nacional de transposición que refiere la Declaración 4ª de la Parte Dispositiva de la Sentencia del Tribunal

de Justicia de la Unión Europea de 15 de abril de 2008 (TJCE 2008, 82) (caso Impact, C-268/06) o quedaría obligado el Estado español a otorgar retroactividad a los meros efectos retributivos derivados de los trienios que viene a reconocer en aplicación de la Directiva?.

– De ser negativa la respuesta a la 2ª cuestión, ¿cabe la aplicación directa al caso de la Directiva 1999/70/CE en los términos referidos en la Sentencia del Cerro Alonso?

#### **Fundamentos de Derecho de la sentencia:**

Varias eran, por lo tanto, las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales españoles a las que el Tribunal procede a dar cumplida respuesta en la sentencia que ahora estamos comentando.

Así, en primer lugar, se estudia la planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra en el asunto C-456/09 atinente a si el personal interino de la Comunidad Autónoma de Galicia puede entenderse incluido en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco.

Cuestión que, lógicamente, es respondida de forma afirmativa por el Tribunal (de hecho la misma ni siquiera había sido discutida argumentalmente por ninguna de las partes interesadas en el litigio) en la medida que ya es jurisprudencia consolidada que ambos instrumentos normativos son de aplicación a los contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público dado el carácter amplio del concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” previsto en la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco (sentencias de 4 de julio de 2006 [ TJCE 2006, 181], Adeneler y otros, C-212/04, Rec. p. I-6057, apartados 54 y 57; de 7 de septiembre de 2006, Marrosu y Sardino [TJCE 2006, 229], C-53/04, Rec. p. I-7213, apartados 40 a 43, y Vassallo [TJCE 2006, 224], C-180/04, Rec. p.

---

*“De igual modo, recuerda el Tribunal en esta sentencia, ya en la anterior Del Cerro Alonso rechazó que la naturaleza temporal de la relación de servicios de determinados empleados públicos implicara una razón objetiva que justificara la diferencia de trato entre trabajadores fijos y trabajadores con contratos de duración determinada.”*

I-7251, apartados 32 a 35, y Del Cerro Alonso [ TJCE 2007, 229], apartado 25).

La siguiente cuestión prejudicial analizada en la sentencia objeto de análisis es la planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de La Coruña en el asunto C-444/09 sobre la interpretación que ha de darse a la expresión “criterios de antigüedad diferentes” a que hace referencia el punto 4 de la cláusula 4 del Acuerdo marco y si es una “razón objetiva” que justifique la diferencia de trato en la percepción de la antigüedad la mera relación temporal del servicio de los empleados públicos.

Cuestión que es por respondida por el Tribunal de Justicia recordando, en primer término, el objetivo básico que persigue la citada cláusula que no es otro que proteger a los trabajadores con contratos de duración determinada impidiendo que el empleador utilice este tipo de contratos para privarles de los derechos reconocidos a los trabajadores con contratos de duración indefinida y recalando, a continuación, que ya en la sentencia Del Cerro Alonso señaló, en los apartados 47 y 48, que un complemento salarial por antigüedad reservado por el Derecho nacional únicamente al personal estatutario fijo de los servicios de salud, excluyendo al personal interino, estaba incluido en el concepto de “condiciones de trabajo” a que se refiere la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco. De igual modo, recuerda el Tribunal en esta sentencia, ya en la anterior Del Cerro Alonso rechazó que la naturaleza temporal de la relación de servicios de determinados empleados públicos implicara una razón objetiva que justificara la diferencia de trato entre trabajadores fijos y trabajadores con contratos de duración determinada.

Por todo ello, concluye el Tribunal, la respuesta a esta cuestión prejudicial no puede ser otra que la de que un complemento salarial por antigüedad está incluido, en la medida en que constituye una condición de trabajo, en la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco de manera que los trabajadores con contra-

to de trabajo de duración determinada pueden oponerse a un trato que, en relación con el pago de dicho complemento y sin ninguna justificación objetiva, sea menos favorable que el trato dispensado a los trabajadores fijos que se encuentran en una situación comparable. La naturaleza temporal de la relación de servicio de determinados empleados públicos no puede constituir, por sí misma, una razón objetiva, en el sentido de esta cláusula del Acuerdo marco.

La tercera cuestión planteada sí que es más novedosa y se refiere a si la norma nacional, artículo 25.2 de la LEBEP, puede ser considerada como una norma nacional de transposición de la Directiva 1999/70 aun cuando en su Exposición de Motivos no haga referencia a ésta o a ninguna otra norma de la Unión Europea. Cuestión que igualmente merece una respuesta afirmativa por parte de esta sentencia en la medida en que, si bien la propia Directiva establece, en su artículo 2, párrafo tercero, que cuando los Estados miembros procedan a transponerla al ordenamiento interno deberán hacer referencia a esta cuestión, ello no significa que no una norma nacional que no hace referencia en su Exposición de Motivos a una Directiva no pueda ser considerada como una medida válida de transposición de ésta máxime en un caso como el presente en el que el Tribunal es conocedor de que la norma relativa al reconocimiento de trienios a los funcionarios interinos fue introducida en la LEBEP debido al dictado de la sentencia del Cerro Alonso en la que se declaró la existencia de trato entre el personal estatutario y el personal interino. Por todo ello, concluye, la respuesta a la segunda cuestión prejudicial planteada en el asunto C 456/09, ha de ser que la mera circunstancia de que una disposición nacional, como el artículo 25, apartado 2 de la LEBEP, no contenga ninguna referencia a la Directiva 1999/70 no excluye que dicha disposición pueda ser considerada como una medida nacional de transposición de la misma al Derecho interno.

---

*“La tercera cuestión planteada sí que es más novedosa y se refiere a si la norma nacional, artículo 25.2 de la LEBEP, puede ser considerada como una norma nacional de transposición de la Directiva 1999/70 aun cuando en su Exposición de Motivos no haga referencia a ésta o a ninguna otra norma de la Unión Europea.”*

Resueltas ya de este modo tres de las cinco cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos judiciales españoles quedan por examinar las otras dos cuyo estudio encerraba mayores dificultades.

En concreto, y en relación con la cuarta cuestión planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra en el asunto C-456/09, el Tribunal la reformula preguntándose si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco puede ser invocada por los particulares ante un órgano judicial nacional para que se les reconozca el derecho a los trienios en relación con el período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para adaptar su Derecho interno a la Directiva 1999/70 y la fecha de entrada en vigor de la ley nacional que transpone la misma al Derecho interno.

Cuestión que, ya adelantamos, es respondida afirmativamente por esta sentencia de 22 de diciembre de 2010, sobre la base de la jurisprudencia ya asentada de que las disposiciones de una directiva, cuando sean incondicionales y suficientemente precisas, pueden ser invocadas frente al Estado particularmente en su condición de empleador (sentencias de 26 de febrero de 1986 (TJCE 1986, 47), Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartados 46 y 49; de 20 de marzo de 2003 [ TJCE 2003, 86], Kutz-Bauer, C-187/00, Rec. p. I-2741, apartados 69 y 71, e Impact [ TJCE 2008, 82], apartado 57).

Rechaza de este modo el Tribunal las alegaciones vertidas tanto por la Consellería como por el Gobierno español de que puesto la Directiva había sido transpuesta al Derecho interno los particulares ya no podían basarse en su efecto directo o puesto que sus pretensiones, ejercitadas tras la entrada en vigor de la LEBEP, habían de ser resueltas conforme a las disposiciones previstas en esta última norma.

Y es que, por el contrario, para el Tribunal, la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva,

de alcanzar un determinado resultado obliga a todas las autoridades, incluidas las judiciales. Por ello, y dado el principio general del Derecho de la Unión Europea de tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, es competencia de los jueces nacionales, si el Estado miembro no ha procedido a adaptar correctamente una Directiva en un determinado período de tiempo, asegurar la protección jurídica que para los justiciables se deriva de las disposiciones del Derecho de la Unión. En suma, y dado que la medida que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco es incondicional y suficientemente precisa para que los particulares puedan invocarla frente al Estado ante un juez nacional, la sentencia declara el derecho de los funcionarios interinos al cobro de los trienios correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado Miembro de que se trate, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho Nacional en materia de prescripción.

Solventada ya esta cuestión prejudicial solamente resta por analizar la última de las planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Pontevedra consistente en determinar, dado que las previsiones de la LEBEP excluyen expresamente que el pago de los trienios pueda tener efecto retroactivo, si podía denegar tal derecho sobre la base del derecho nacional o estaba obligado en virtud del Derecho de la Unión a conferir a este derecho al pago de trienios efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para transponer esa Directiva a su Derecho interno.

Cuestión que nuevamente es respondida por el Tribunal de Justicia sobre la base del efecto directo de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco

---

*“La sentencia declara el derecho de los funcionarios interinos al cobro de los trienios correspondientes al período comprendido entre la expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de la Directiva 1999/70 al Derecho interno y la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que transpone la Directiva al Derecho interno del Estado Miembro de que se trate, sin perjuicio del respeto de las disposiciones pertinentes del Derecho Nacional en materia de prescripción.”*

**“Resulta interesante destacar el rechazo de las alegaciones vertidas tanto por el Gobierno de España como por la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia de que, una vez transpuesta la Directiva 1999/70 al ordenamiento interno, la norma aplicable era la LEBEP sin poder ser ya de aplicación el efecto directo de las Directivas.”**

y previo rechazo de las conclusiones vertidas en la sentencia dictada en el caso Impact, invocada por el juez nacional, en la que había señalado que, en la medida en que el Derecho nacional aplicable contenga una norma que excluya la aplicación retroactiva de una Ley a falta de indicación clara e inequívoca en sentido contrario, un tribunal nacional ante el que se ha interpuesto una demanda basada en la violación de una disposición de la Ley nacional por la que se adapta el Derecho interno a la Directiva 1999/70 sólo está obligado, en virtud del Derecho de la Unión, a conferir a dicha disposición un efecto retroactivo a la fecha de expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva si existe, en ese Derecho interno, una indicación de esta naturaleza que permita conferir a esta disposición tal efecto retroactivo.

Para el Tribunal, sin embargo, esta doctrina no es aplicable a este asunto en la medida en que en el caso Impact el tribunal que había planteado la cuestión solo era competente para pronunciarse sobre las demandas presentadas en el procedimiento principal en la medida en que éstas se basaran en la infracción de la ley nacional que garantizaba la adaptación del Derecho interno a la Directiva. Circunstancia que no ocurre, como ya se ha indicado, en este supuesto, en el que los órganos judiciales remitentes tienen plena competencia para conocer de las pretensiones de las demandantes en relación con el pago retroactivo de los trienios.

Por todo ello el Tribunal de Justicia entiende que, a pesar de la existencia en la normativa nacional que transpone la Directiva 1999/70 al Derecho interno de una disposición que reconoce el derecho de los funcionarios interinos al pago de trienios, pero que excluye la aplicación retroactiva de ese derecho, las autoridades competentes del Estado miembro están obligadas, en virtud del Derecho de la Unión y en relación con una disposición del Acuerdo marco do-

tada de efecto directo, a conferir el derecho al pago de trienios efecto retroactivo desde la fecha de expiración del plazo impartido a los Estados miembros para la transposición de esta Directiva al Derecho interno.

#### **Comentario de la sentencia y de su importancia:**

Huelga destacar la importancia de la sentencia comentada en la medida en que la misma ha servido para resolver los innumerables litigios que, en relación con el efecto retroactivo del pago de los trienios, habían sido planteados por los funcionarios interinos tanto ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo como ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo.

Por lo demás, y en cuanto a los fundamentos en que se basa la sentencia para reconocer el carácter retroactivo de los trienios pese a la existencia de una normativa nacional de transposición que lo excluye expresamente, resulta interesante destacar el rechazo de las alegaciones vertidas tanto por el Gobierno de España como por la Consellería de Educación de la Xunta de Galicia de que, una vez transpuesta la Directiva 1999/70 al ordenamiento interno, la norma aplicable era la LEBEP sin poder ser ya de aplicación el efecto directo de las Directivas.

De igual modo en esta sentencia de 22 de diciembre de 2010 se rechaza que exista una transposición tardía de la Directiva comunitaria que implique la existencia de responsabilidad patrimonial por retraso en la transposición de la misma ya que lo único que aprecia el Tribunal es que, frente la cláusula de un Acuerdo marco incondicional y lo suficientemente precisa, las demandantes están legitimadas para solicitar directamente su aplicación de la misma por el período de tiempo en la misma no ha sido transpuesta al derecho interno sin que sea necesario el ejercicio de un recurso de indemnización. ■

**Comentario de la sentencia de  
13 de septiembre de 2010, dictada por  
la Sala de lo Contencioso-Administrativo  
de la Audiencia Nacional, sección octava.  
Anulación de resolución que fija  
servicios mínimos ferroviarios**

**Rafael Andrés León Caveró**

Abogado del Estado ante la Audiencia Nacional  
(no interviniente en el litigio)

**“Se afirma que la resolución combatida aunque motiva de manera genérica la necesidad de imponer servicios mínimos dado el carácter esencial de los servicios ferroviarios no incluye una motivación más específica –objetiva y razonable– sobre las necesidades acreditadas que cubrir y los puestos de trabajo afectados.”**

#### **Identificación de la resolución judicial**

Sentencia de 13 de septiembre de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección Octava. Recaída en procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales nº 1/2010. Ponente: Ilmo Sr. D. José Luis Sánchez Díaz, Presidente de la Ilma Sección. Magistrados: Ilmos. Sres.: D<sup>a</sup> Ana Isabel Gómez García, D. José Alberto Fernández Rodera, D. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández y D. Eduardo Ortega Martín. Referencia WESTLAW (antes Aranzadi) JUR\2010\349062.

#### **Antecedentes del caso**

El Sindicato de Circulación Ferroviario (SCF en lo sucesivo) convocó, con el debido preaviso, una huelga en ADIF (Administrador de Infraestructuras ferroviarias) que afectaba a los trabajadores de la Dirección Ejecutiva de Circulación con categoría profesional de Técnicos de Regulación y Gestión, mandos intermedios en puestos de Supervisores de Circulación de Puesto de Mando, Supervisores de regulación y Gestión, Supervisores de Circulación de Estaciones, Jefes de Estación, factores de Circulación, Capataces, Guardagujas y Ayudantes ferroviarios, en todo el territorio nacional y para los siguientes días y horarios:

- 23 de diciembre de 2009, de 09:00h a 21:00h.
- 30 de diciembre de 2009, de 09:00h a 21:00h.
- 4 de enero de 2010, de 06:00h a 09:00h y de 18:00h a 21:00h.
- 7 de enero de 2010, de 06:00h a 09:00h y de 18:00h a 21:00h.

El día 16 de diciembre de 2009 se reunieron en las dependencias de la Dirección de Recursos Humanos de ADIF el Comité de Huelga con la Dirección de la empresa para tratar de fijar de común acuerdo los servicios mínimos. No se alcanzó acuerdo

Ante la falta de acuerdo mediante Resolución de 17 de diciembre de 2009

la Secretaría de Estado de Planificación e Infraestructuras del Ministerio de Fomento determinó los servicios mínimos de carácter obligatorio para asegurar la prestación de los servicios esenciales de transporte ferroviario.

Dicha Resolución fija mediante anexo el número de trabajadores en huelga que cada día han de quedar adscritos a los servicios mínimos en cada dependencia o estación pero no especifica las razones que justifican dicho número en cada lugar atendiendo a la actividad o función que en cada una se realiza (estación, apeadero, etc...) ni el porcentaje que representa sobre la totalidad de trabajadores, tal y como se hacía en las resoluciones adoptadas por la Administración en precedentes resoluciones referidas al mismo servicio ferroviario.

Debido a que la mencionada Resolución no había incluido todas las dependencias, mediante Resolución de 28 de diciembre de 2009 se procede a decretar los servicios mínimos en las dependencias y servicios restantes.

El SCF interpuso ante la Sala el oportuno recurso contencioso administrativo de protección de derechos fundamentales contra la Resolución de 17 de diciembre de 2009, citando en su escrito de demanda también a la de 28 de diciembre de 2009, respecto de la cual no solicitó ampliación.

#### **Pretensiones de los demandantes**

Solicita el SCF que se anule la Resolución de 17 de diciembre de 2009 y también al de 28 de diciembre de 2009 –que entiende complementaria de la anterior– por falta de motivación suficiente y vulneración del principio de proporcionalidad, estimando vulnerado el derecho a la huelga consagrado por el art 28.2 de nuestra Constitución. Cita igualmente el art 4.1.e) del Estatuto de los Trabajadores –que consagra el derecho de huelga–, el art. 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo –que habilita legalmente a la Administración para imponer unos servicios mínimos en ser-

vicios esenciales a la comunidad si no existe acuerdo entre las partes-, la Ley 39/2003 del sector Ferroviario y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente la recogida en su sentencia 11/1981, de 8 de abril.

Se afirma que la resolución combatida aunque motiva de manera genérica la necesidad de imponer servicios mínimos dado el carácter esencial de los servicios ferroviarios no incluye una motivación más específica –objetiva y razonable– sobre las necesidades acreditadas que cubrir y los puestos de trabajo afectados. Esto produciría una doble quiebra del principio de proporcionalidad: a) La imposibilidad de hacer el juicio de proporcionalidad, habida cuenta la falta de datos objetivos que permitan comparar los puestos de trabajo estrictamente necesarios para el mantenimiento de los servicios esenciales; b) En todo caso, pese a la ausencia de datos suficientes, la falta de proporción pues los trabajadores afectados por los servicios mínimos –que con casi la totalidad de la plantilla– permiten garantizar la plena operatividad del servicio en condiciones de normalidad.

En apoyo de estos argumentos señala que:

– El hecho de que desde 2005 ADIF se encargue de la gestión de las infraestructuras ferroviarias, segregándose de cualquier operador de transporte que usa dichas infraestructuras (incluida la RENFE, en un horizonte de liberalización de los servicios ferroviarios), y que aquella gestión se haya declarado esencial para la comunidad por el art 19.2 de la Ley 39/2003 del Sector Ferroviario, no puede derivar en que –como consecuencia– una huelga de ADIF nunca pueda derivar en la supresión o disminución de operaciones de transporte. Ponen de relieve que las anteriores convocatorias de huelga suponían un porcentaje de disminución en los servicios de transporte ferroviario.

– Que la Resolución combatida reproduce la propuesta de ADIF, que tampoco motivaba en concreto la necesidad

de cubrir cada puesto y función. En este sentido cita las diversas funciones que entraña la gestión de las infraestructuras ferroviarias, enumeradas en el art 11 del Reglamento General de Circulación ferroviaria de 1992, vigente de acuerdo con la disposición transitoria primera del Real Decreto 2387/204, de 30 de diciembre.

– Que los servicios mínimos decretados son iguales para todos los días de huelga, sin tener en cuenta que mientras unos días la huelga abarca toda la jornada otros sólo se limita a las horas de máximo tráfico.

#### **Alegaciones de la Abogacía del Estado**

La Abogacía del Estado, en defensa de la Resolución recurrida, tras hacer un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional en materia de motivación y proporcionalidad de las resoluciones administrativas cuando imponen limitaciones a los derechos fundamentales, pone de manifiesto que –en su opinión– existe una motivación suficiente de los servicios mínimos.

Siendo aceptado por el demandante que los servicios de gestión de la infraestructura ferroviaria son esenciales –de manera que si la infraestructura no funciona suficientemente no pueden transportar viajeros o bienes ninguno de los operadores ferroviarios– y habida cuenta de que la huelga se convoca precisamente en los días coincidentes con los intensos desplazamientos de población motivados por las festividades de Navidad, año nuevo y reyes, la resolución recoge de forma completa el ámbito subjetivo, objetivo y funcional de la convocatoria de huelga. No considera exigible que haya de especificarse unos servicios mínimos distintos para cada estación, siendo suficiente que se haga una estimación global del personal de circulación, maniobras y puestos de mando que mantenga el servicio esencial de transporte ferroviario. No se entiende tampoco porqué el hecho de que el paro abarque más o menos horas día-

*“La resolución recoge de forma completa el ámbito subjetivo, objetivo y funcional de la convocatoria de huelga. No considera exigible que haya de especificarse unos servicios mínimos distintos para cada estación, siendo suficiente que se haga una estimación global del personal de circulación, maniobras y puestos de mando que mantenga el servicio esencial de transporte ferroviario.”*

rias debe afectar al personal necesario para atender esos servicios mínimos esenciales. Se cita también la abundante jurisprudencia que confirma los actos administrativos de fijación de servicios mínimos como, por ejemplo las Sentencia de la misma Sala de 18 de marzo de 2005 (recurso 8ª/1178/2003), 11 de octubre de 2007 (recurso 8/83/2006) o 9 de octubre de 2009 (recurso 8/3/2009).

En la fase de prueba la Abogacía del Estado aportó abundante documentación que justificaba los servicios mínimos establecidos.

### **Fundamentos de derecho de la sentencia**

La Ilma Sala inadmite la demanda en lo que respecta a la resolución de 28 de diciembre de 2009, en cuanto que no había sido objeto del recurso contencioso y habida cuenta del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

***“La Ilma. Sala inadmite la demanda en lo que respecta a la resolución de 28 de diciembre de 2009, en cuanto que no había sido objeto del recurso contencioso y habida cuenta del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.”***

Pero, sin embargo, sí la estima en lo que se refiere a la Resolución de 17 de diciembre de 2009 al entender que la motivación de la misma es insuficiente.

La Ilma. Sala considera que la motivación debe “(...) justificar razonadamente que los servicios mínimos establecidos permiten compatibilizar el derecho de huelga con los derechos de los ciudadanos a disfrutar y utilizar los servicios esenciales afectados, de modo que atiendan de forma proporcional las prestaciones sociales implicadas, sin lesionar sustancialmente el derecho de los trabajadores a la huelga (S.T.C. 51/86 y 46/90)”.

No sucede así en el caso de autos pues una argumentación genérica, por muy válida que sea, no puede suplir una argumentación específica. Así se afirma que “La resolución administrativa, si bien argumenta genéricamente la huelga, no especifica en su anexo las razones que justifican qué número de trabajadores en huelga han de quedar adscritos a los servicios mínimos en cada localidad, atendiendo a la actividad o función que en cada localidad se realiza (estación, apeadero, etc.); ni especifica, además, el porcentaje que representa sobre la totalidad de los trabajadores. y “Esta argumentación específica no excluye la fundamentación general referente a la justificación de la importancia y trascendencia de los servicios a los que se refiere la huelga en los días en que ésta fue convocada, que, ciertamente, está suficientemente justificada en este caso, al tratarse de festividades navideñas en las que se produce un incremento considerable de los desplazamientos”.

También pone de relieve que la Administración se ha apartado de su actuación en huelgas análogas precedentes, pues no fija un porcentaje de servicios mínimos “como ha efectuado la Administración en precedentes resoluciones”.

Además, esta falta de motivación no puede suplirla la Administración en la fase probatoria del proceso, al afirmar que: “La motivación de la resolución constituye una garantía esencial que no

puede ser sustituida por la aportación en vía jurisdiccional de elementos probatorios documentales tendentes a demostrar lo que no se expresó en la resolución administrativa que se recurre. La Resolución no detalla con la precisión necesaria –como señala el Sindicato recurrente– el servicio mínimo establecido con relación a la totalidad de los trabajadores disponibles, precisión imprescindible para establecer las razones de su mantenimiento”.

Esta falta de motivación imposibilita reconocer judicialmente la eventual proporcionalidad de los servicios mínimos impuestos. Cabe reseñar que la sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

### **Comentario de la Sentencia y de su importancia**

La presente sentencia pone de manifiesto, una vez más, la necesidad de que se haga una regulación actualizada y posterior a la entrada en vigor de nuestra Constitución que regule de manera detallada –recopilando los criterios ya sentados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria– aspectos esenciales para compatibilizar los derechos de los ciudadanos con los derechos a la huelga de los trabajadores cuando resultan afectados los servicios esenciales de la comunidad.

Cabe recordar de manera sucinta, tal y como recoge sintéticamente nuestro Tribunal Supremo en el fundamento de derecho segundo de su reciente sentencia de 20 de mayo de 2010 (Sala tercera, de lo Contencioso-Administrativo, sección 7ª, en recurso de casación 3823/2007), que dicha jurisprudencia se sustenta en los siguientes criterios interpretativos:

“SEGUNDO. - Con carácter previo al examen del recurso procede subrayar los criterios en que la jurisprudencia ha concretado el contenido constitucional del artículo 28.2 de la Constitución.

A) De la jurisprudencia constitucional:  
a) Los límites del derecho de huelga derivan no sólo de su posible conexión

con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionalmente tutelados (STC 11/1981, fundamentos jurídicos 7º y 9º) y el artículo 28.2 C.E., al hacer referencia a las garantías precisas para asegurar en caso de huelga el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad, tiene el significado de expresar que el derecho de los trabajadores de defender y promover sus intereses mediante dicho instrumento de presión cede cuando con ello se ocasiona o se pueda ocasionar un mal más grave que el que los huelguistas sufren. En la medida en que la destinataria y acreedora de aquellos servicios esenciales es la comunidad entera y los servicios son al mismo tiempo esenciales para ella, la huelga no puede imponer el sacrificio de los intereses de los destinatarios de los mismos, pues ‘el derecho de la comunidad a estas prestaciones vitales es prioritario respecto del derecho de huelga’ (STC 11/1981, fundamento jurídico 18).

b) La noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos, lo que mejor concuerda con los principios que inspira nuestra Constitución (STC 26/1981, fundamento jurídico 10) puesto que los servicios esenciales no quedan lesionados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (SSTC 26/1981, fundamento jurídico 10; 51/1986, fundamento jurídico 2º).

c) En la adopción de las medidas que garanticen el mantenimiento de los servicios esenciales la autoridad gubernativa ha de ponderar la extensión –territorial y personal–, duración prevista y demás circunstancias concurrentes en la huelga, así como las concretas necesidades del servicio y la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella

repercute (SSTC 26/1981, fundamentos jurídicos 10 y 15; 53/1986, fundamento jurídico 3º). Quiere ello decir que la motivación de la decisión de la autoridad gubernativa requiere que en la misma figuren los factores o criterios cuya ponderación ha conducido a determinar cuáles son los servicios mínimos, sin que sean suficientes indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto, de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad pues en definitiva, han de explicitarse, siquiera sea sucintamente, los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas (por todas, STC 53/1986, fundamentos jurídicos 6º y 7º; también STC 26/1981, fundamentos jurídicos 14 y 15; STC 51/1986, fundamento jurídico 4º; STC 27/1989, fundamentos jurídicos 4º y 5º).

d) En las huelgas que se produzcan en servicios esenciales de la comunidad debe existir proporción entre los sacrificios que se impongan a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de aquéllos (STC 26/1981, fundamento jurídico 15). El mantenimiento de los servicios (STC 33/1981, fundamento jurídico 4º), no puede significar en principio el funcionamiento normal del servicio (SSTC 51/1986, fundamento jurídico 5º; 53/1986, fundamento jurídico 3º) y el interés de la comunidad debe ser perturbado por la huelga sólo hasta extremos razonables (STC 51/1986, fundamento jurídico 5º).

e) En fin, procede destacar lo señalado por el Tribunal Constitucional en STC 183/2006, de 19 de junio de 2006, que en su fundamento jurídico 6º se expresa en los siguientes términos: ‘Por otra parte, debe significarse que la norma preconstitucional que todavía en el momento actual sigue utilizándose como base para el establecimiento por la autoridad gubernativa de las limitaciones del concreto ejercicio del derecho de huelga en garantía del mantenimiento

“La presente sentencia pone de manifiesto, una vez más, la necesidad de que se haga una regulación actualizada y posterior a la entrada en vigor de nuestra Constitución que regule de manera detallada –recopilando los criterios ya sentados por la jurisprudencia constitucional y ordinaria– aspectos esenciales para compatibilizar los derechos de los ciudadanos con los derechos a la huelga de los trabajadores cuando resultan afectados los servicios esenciales de la comunidad.”

de los servicios esenciales, esto es, el artículo 10.2 Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, establece elementos de rigor no siempre debidamente atendidos y, desde luego, no respetados en este caso. En efecto, el supuesto de hecho en que pueden imponerse medidas limitadoras se compone de dos elementos: uno, la calificación del servicio ('servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad') y otro, de carácter circunstancial ('y concurren circunstancias de especial gravedad'), que debe concurrir en ambos términos de la alternativa del primer elemento. No basta así con la calificación del servicio para justificar las medidas limitativas, sino que éstas, en su caso, deben ajustarse a las circunstancias, que deben ser no sólo graves sino de especial gravedad (en este sentido el FJ 18 de la STC 11/1981 tempranamente advirtió que, 'en algún sentido, el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/77 es más estricto que el artículo 28.2 de la Constitución').

B) De esta Sala:

a) La esencialidad del servicio sólo será en aquellos casos en que la satisfacción de los intereses afectados exija el mantenimiento del servicio, en la medida y con la intensidad en que efectivamente lo exija, puesto que los servicios esenciales no son dañados o puestos en peligro por cualquier situación de huelga, siendo necesario examinar en cada caso las circunstancias concurrentes en la misma (sentencias de 20 de febrero de 1998 y 28 de octubre de 2003).

b) Es reiterada la jurisprudencia al exigir, respecto de la fijación de los servicios mínimos, la expresión de los criterios objetivos en función de los cuales se procede a su fijación, puesto que la causalización o motivación de los servicios esenciales y de los servicios mínimos en cuanto que éstos implican límites al ejercicio de un derecho fundamental se hace precisa, debiendo referirse la mo-

tivación a los niveles conceptuales de servicios esenciales, de servicios mínimos y de efectivos personales precisos para el desempeño de estos últimos, ofreciendo una fundamentación razonada (por todas, las SSTs, 3ª, 7ª de 29 de junio de 2005, 19 de enero, 26 de marzo y 30 de abril de 2007, 21 de enero de 2008 y 28 de septiembre de 2009).

c) Complementando esa exposición, la sentencia de esta Sala de 15 de enero de 2007 (casación 7145/02) perfila el alcance de la exigencia de motivación en las resoluciones que fijan los servicios mínimos señalando que 'no basta para satisfacer las exigencias constitucionales con manifestar ante quienes convocan una huelga qué servicios considera la Administración que han de ser garantizados y el personal llamado a prestarlos. La concreción que exige la jurisprudencia significa que han de exponerse los criterios en virtud de los cuales se ha llegado a identificar tales servicios como esenciales y a determinar quiénes han de asegurarlos a la luz de las circunstancias singulares de la convocatoria de que se trate. Son, precisamente, esos los datos relevantes para examinar si se ha observado la necesaria proporción entre el sacrificio que comportan para el derecho de los trabajadores y los bienes o intereses que han de salvaguardar'.

Esta misma jurisprudencia se recoge por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en sus sentencias de 11 de octubre de 2007 (recurso 8/83/2006), 17 de noviembre de 2006 (recurso 8/6/2005) y 7 de marzo de 2006 (recurso 8/560/2004).

Esta misma jurisprudencia se recoge por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Octava, en sus sentencias de 11 de octubre de 2007 (recurso 8/83/2006), 17 de noviembre de 2006 (recurso 8/6/2005) y 7 de marzo de 2006 (recurso 8/560/2004).

Pues bien, en el caso de autos se reconoce por la Sala que el servicio afectado es esencial para la comunidad (circunstancia que no discute ni el mismo demandante) y que la huelga –por los días en que se produce– perjudica de manera grave a los ciudadanos.

La nulidad se fundamenta en la falta de detalle sobre su justificación en relación a cada estación, función y puesto de trabajo y que en huelgas anteriores se fijó un porcentaje de servicios de transporte a respetar o un porcentaje de empleados en servicios mínimos sobre el total en cada función y puesto.

Con independencia del respeto que merece la valoración de la prueba que incumbe a la Ilma Sala y la innegable importancia que tiene la motivación debida de los actos administrativos que imponen limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales como el de huelga, nos parece criticable que no se permita a la Administración que aporte justificación adicional de lo razonado de los servicios mínimos por ella impuestos mediante el recurso a la prueba practicada en sede jurisdiccional. Ello puede entrañar igualmente indefensión para la Administración como parte en el proceso, contraria a lo dispuesto en el art 24 de nuestra Constitución.

Asimismo cabe indicar que si bien la Administración se apartó del criterio seguido en anteriores resoluciones (fijación de un porcentaje de trayectos a cubrir en periodo de huelga) no cabía desconocer que las resoluciones anteriores se referían a un momento en que la gestión de la infraestructura ferroviaria no estaba desgajada de la prestación de los servicios de transporte. En el presente caso la huelga se produce tras la escisión de ambos servicios y afecta exclusivamente al gestor de las infraestructuras, no debiendo afectar en cascada a los operadores de transporte que usan la infraestructura, ni a los usuarios de dicho transporte –especialmente en días tan señalados–. ■