

Abogados del Estado

Año VI, Número 26, octubre a diciembre de 2009 - Tercera etapa

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN

Rosario Silva de Lapuerta

Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas



“Un Abogado del Estado tiene la suerte de abarcar todas las ramas del derecho”



Entrevista a Matilde García Duarte y Santiago Hurtado Iglesias.
Pág. 12



Inaugurada la nueva web de la Asociación con nuevas secciones y funcionalidades.
Pág. 22



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

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

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

Afrontamos el último trimestre del año envueltos en plena crisis económica, que otros llaman financiera, otros de valores e incluso de liderazgo. Lo cierto es que en épocas como la que ahora nos toca vivir, es un motivo de orgullo apreciar cómo se llama, desde muy diversos sectores, a la necesidad de una mayor profesionalización de la Administración y de que funcionarios especialmente cualificados asuman altas responsabilidades tanto de control como de gestión.

Los Abogados del Estado tenemos la fortuna de ser herederos de una gran tradición de honradez y saber hacer como altos funcionarios de la Administración General del Estado. En épocas de aguas mansas esto suele verse traducido en la asunción de responsabilidades directivas, honor que por excepción se refuerza en tiempos convulsos como los que presenciamos.

Esta es la razón por la que se asoman a esta publicación compañeros que han asumido estas responsabilidades directivas en contextos en los que quizá la comodidad pudiera llamar a cumplir otras funciones y, sin embargo, la vocación por el mérito y el esfuerzo les obliga a aceptar tan altas responsabilidades. Además, no sólo es el Estado el que nos brinda el honor de ser llamados a ocupar estas funciones, también instituciones de la Unión Europea han valorado la capacidad, el esfuerzo y la trayectoria de nuestros ilustres compañeros, en puestos de gran relevancia dentro de la organización judicial europea; puestos que han desempeñado y desempeñan con un grado altísimo de profesionalidad e independencia. Esta tarea, unida a la de otros y en un sentido cada vez más trascendente en el plano internacional hace que también se hable del Abogado del Estado en este ámbito. La brecha que ellos abren nos obliga a convertir su experiencia personal en camino de tránsito ordinario, reconociendo el inmenso mérito que se debe a los pioneros.

Por lo demás, esta Revista continúa con la permanente vocación de que cada número tenga su interés singular mediante su plena apertura a las colaboraciones que puedan permitir hacer de la misma un foro útil, serio y entretenido no sólo para los Abogados del Estado sino para todo aquél que tenga la posibilidad de recibirla. Para ello, desde aquí, nuestro ofrecimiento a todos los lectores de sus páginas a que participen en la misma aportando sus opiniones, artículos o cualquier otra forma de colaboración. La Revista pretende ser una tribuna abierta para los Abogados del Estado y para todos aquéllos que de forma más o menos directa tenga un contacto con nuestra siempre digna profesión en el ejercicio diario de sus funciones.

Esperamos haber alcanzado este objetivo en este número. ■



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

Iván Belastegui

Coordinador técnico

Luis Soriano
fotocomposicion@iber.net.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

Encuentros con...

Rosario Silva de Lapuerta, Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas 6

Entrevista

Matilde García Duarte y Santiago Hurtado Iglesias 12

Noticias

Inaugurada la nueva web de la Asociación 22

Opinión

El profesor como autoridad: su contexto penal 15

Crash (II): Adiós, USA, ¿hay alguien ahí? 24

El cine en la formación del jurista 32

Crónica

Breves 37

Anécdotas 38

Libros

Legislación aeroportuaria básica 36

La Administración reguladora y supervisora: Visión teórico-práctica 37

Cultura

Visiones de España 40

Solidaridad

15 Colegios reciben el I Premio de Educación para el Desarrollo Vicente Ferrer..... 44

Cuadernillo jurídico

Verónica Ester Casas

Responsabilidad por los daños causados a terceros

cuando hay un contratista interpuesto de la Administración (I) 2

Alfonso Ortega Giménez

Ante la futura reforma de la Ley de Extranjería..... 10

Jorge De Juan Casadevall

El 'exit tax' en el derecho español: una perspectiva comunitaria..... 18

Ignacio del Cuvillo Contreras

Jurisprudencia sobre Contratos Públicos posterior a la sentencia CODITEL BRABANT 26

tenlo
en
cuenta

Un gran premio de
250.000€
cada mes
y más de
100.000 regalos

Ya está aquí **Tenlo en Cuenta**, una promoción creada por Banco Popular para premiar a todos los clientes que tengan contratada una Cuenta.

¿Qué tienes que hacer para participar?

- Participa con tu **Cuenta**; y si aún no eres cliente, contrata una.
- Busca los **Rasca y Gana** y las **Participaciones** en tu extracto o en www.grupobancopopular.es.
- Y si te ha tocado algún premio, recógelo en cualquiera de nuestras sucursales.

¡Te tenemos en cuenta para ganar!



grupobancopopular.es



grupobancopopular.mobi



902 301 000



Juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Rosario Silva de Lapuerta

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es la institución comunitaria que garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del derecho comunitario: es el “supremo intérprete” de este derecho. Está compuesto de un Juez por Estado miembro (por tanto, actualmente, veintisiete jueces), nombrados por los Gobiernos de los Estados miembros por un periodo de seis años, renovable, entre personalidades que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de las más altas funciones jurisdiccionales o sean jurisconsultos de reconocida competencia. Los jueces están asistidos por ocho abogados generales designados por igual período y procedimiento. Cada tres años tiene lugar una renovación parcial de la mitad de los jueces y abogados generales del Tribunal de Justicia. Dicha renovación parcial puede suponer mantener al miembro del Tribunal cuyo periodo de mandato vence o nombrar uno distinto.

A finales del año 2008 el Gobierno español propuso al Consejo de la Unión Europea, a través de su Representación Permanente, la renovación del mandato de Rosario Silva de Lapuerta como

juez del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para el periodo comprendido entre el 7 de octubre de 2009 y el 6 de octubre de 2015. Dicha propuesta vino precedida del acuerdo conjunto del Ministro de Justicia y del Ministro de Asuntos Exteriores.

Por Decisión 2009/176/CE, Euratom, de 25 de febrero de 2009 (DO L 63 de 7.3.2009, p. 13), los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, acordaron la renovación parcial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En dicha decisión se nombró a 11 jueces y 4 abogados generales para el periodo comprendido entre el 7 de octubre de 2009 y el 6 de octubre de 2015. Entre los jueces nombrados se encuentra Rosario Silva de Lapuerta, que, por lo tanto, tendrá un segundo mandato en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Los jueces que no han sido renovados son el polaco J. Makarczyk, que será reemplazado por M. Safjan, y el eslovaco J. Klucka, que será reemplazado por D. Svaby.

Interesa destacar la anticipación (salvo en el caso de 2 de los 13 jueces que debían ser nombrados) en casi 8 meses a la fecha de expiración de los mandatos de los

miembros del Tribunal objeto de renovación parcial. Esta anticipación obedece a que, de forma inédita hasta la fecha, el Presidente del Tribunal de Justicia dirigió formalmente, en septiembre de 2008, una carta al Consejo de la UE subrayando la importancia, para el buen funcionamiento del Tribunal de Justicia, de que la renovación parcial se realizase lo más rápidamente posible.

Con la renovación de Rosario Silva de Lapuerta el Tribunal de Justicia mantiene uno de sus pilares en la excelencia tanto humana como profesional.

TRAYECTORIA PROFESIONAL

Rosario Silva de Lapuerta ha ejercido como Abogado del Estado en Málaga, así como en el Servicio Jurídico del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones y posteriormente en el Servicio Jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores. Ha sido Abogado del Estado-Jefe del Servicio Jurídico del Estado ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Subdirectora General de Asistencia Jurídica Comunitaria e Internacional en la Abogacía General del Estado para el Ministerio de Justicia.



“El Tratado de Lisboa modifica el sistema jurisdiccional, afectando a la composición y nombramiento de los miembros del Tribunal, a sus competencias y a las diferentes vías de recurso”



Mary McAleese, Presidenta de Irlanda, en la votación del Tratado de Lisboa.

En la actualidad, desde octubre de 2003, es Jefe del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Además es miembro del Grupo de Reflexión de la Comisión sobre el futuro del sistema jurisdiccional comunitario; Jefe de la Delegación española en el Grupo de “Amigos de la Presidencia” para la reforma del sistema jurisdiccional comunitario en el Tratado de Niza y del Grupo *ad hoc* del Consejo “Tribunal de Justicia”; Profesora de Derecho Comunitario en la Escuela Diplomática y Presidenta del Consejo Asesor de la revista “Noticias de la Unión Europea”.

Pregunta. El reciente “SÍ” dado por Irlanda al Tratado de Lisboa ha dado un importante empuje hacia una Unión Europea más unida y eficaz. En lo referido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como institución ¿en qué medida puede afectar a su actividad y competencias?

Respuesta. El Tratado de Lisboa por el que se modifica, tanto el TUE como el Tratado CE, que pasa a denominarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), introduce una serie de modificaciones en el sistema jurisdiccional comunitario que afectan, fun-

damentalmente, a la composición y nombramiento de los miembros del Tribunal, a sus competencias y a las diferentes vías de recurso.

Por lo que se refiere a la composición del Tribunal, el Tratado de Lisboa mantiene las disposiciones del Tratado CE (artículo 19, 2 UE, y artículos 252 a 254 TFUE), sin embargo, la Declaración nº 38 de la Conferencia Intergubernamental relativa al número de Abogados generales prevé que si el Tribunal solicita que se aumente en 3 el número de Abogados generales, el Consejo dará su acuerdo y en ese caso Polonia tendrá un Abogado general permanente, como ya ocurre con España, Francia, Italia, Alemania y el Reino Unido y el sistema de rotación comprenderá cinco Abogados generales, en lugar de los tres actuales.

En cuanto al nombramiento de los miembros del Tribunal, los artículos 253, 1 y 254,1 TFUE mantienen el sistema actual con una novedad y es que el nombramiento, de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros, sólo se produce una vez consultado un Comité compuesto de siete personas elegidas entre antiguos miembros del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, miembros de los Tribunales Supremos nacio-

nales y juristas de reconocido prestigio, uno de ellos propuesto por el Parlamento Europeo.

Este Comité es nombrado por el Consejo, previa propuesta del Presidente del Tribunal y su cometido es emitir un informe sobre la adecuación de los candidatos al ejercicio de las funciones de Jefe o de Abogado general.

En relación con las competencias del Tribunal, el Tratado de Lisboa conlleva una ampliación de dichas competencias en tres ámbitos concretos.

En primer lugar, en materia de derechos fundamentales. En efecto, el Tribunal será competente para interpretar y aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, conforme al artículo 6UE, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados. Sin embargo, el Protocolo 30, sobre la aplicación de la Carta a Polonia y al Reino Unido, limita la competencia del Tribunal respecto de estos dos Estados miembros, dado que no puede pronunciarse sobre la compatibilidad de las leyes, reglamentos, disposiciones o prácticas administrativas de estos países con los derechos, libertades o principios reconocidos en la Carta.

En segundo lugar, en materia de Política exterior y de Seguridad común (PESC), pues aunque el artículo 24 UE declara que el Tribunal no es competente por lo que se refiere a la PESC (artículos 23 a 46 UE), sin embargo existen dos excepciones. La primera es que el Tribunal es competente para controlar el respeto del artículo 40 UE, según el cual, la puesta en práctica de la PESC no afectará la aplicación de los procedimientos ni la extensión de las competencias atribuidas a las Instituciones, de acuerdo con los artículos 3 a 6 TFUE, es decir competencias exclusivas y compartidas, así como las competencias para apoyar, coordinar o completar la acción de los Estados miembros. Igualmente, la puesta en práctica de la PESC no puede afectar los procedimientos y competencias de las Instituciones de acuerdo con los artículos 23 a 46 UE.

La segunda es que, según el artículo 275, 2 TFUE, el Tribunal es competente para conocer de los recursos de anulación relativos a las decisiones de las Instituciones que prevean medidas restrictivas contra personas físicas o jurídicas adoptadas por el Consejo en materia de PESC:

En tercer lugar, las competencias del Tribunal se amplían en materia de libertad, seguridad y justicia.

Así es la actualidad y según el artículo 68, 1 CE, la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia sólo puede ejercerse respecto del título IV del Tratado CE (visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas) cuando la pregunta es formulada por un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no son susceptibles de recurso. Además el Tribunal no es competente para pronunciarse sobre las medidas o decisiones adoptadas en aplicación del artículo 62, 1 CE (controles en frontera) relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior.

El Tratado de Lisboa deroga el mencionado artículo 68 CE y en consecuencia, desde su entrada en vigor, el procedimiento prejudicial normal del artículo 267 TFUE (artículo 234 CE) será aplicable, sin restricción alguna, a las materias relativas a las políticas de visados, asilo e inmigración.

Igualmente, el artículo 35 UE actual, que contiene disposiciones que limitan la competencia del Tribunal en materia de cooperación policial y judicial penal, es derogado por el Tratado de Lisboa, aunque con un periodo transitorio de cinco años, de acuerdo con el Protocolo 36.

Por último y por lo que se refiere a las diferentes vías de recurso, el Tratado de Lisboa introduce las siguientes modificaciones:

En primer lugar, por lo que respecta al recurso prejudicial (artículo 267 TFUE), se deroga el apartado c) del antiguo artículo 234 CE que establecía la competencia prejudicial del Tribunal para interpretar los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean y se añade un cuarto párrafo que establece que cuando se plantee una cuestión prejudicial relativa a una persona que esté detenida, el Tribunal decidirá en los plazos mas breves posibles. Párrafo que constituye una referencia implícita al procedimiento prejudicial de urgencia (PPU) que ya se encuentra en funcionamiento desde hace tres años.

En segundo lugar, en cuanto al recurso de incumplimiento (artículo 260 TFUE) en caso de inejecución de una sentencia por un Estado Miembro, a diferencia del actual artículo 228, 2 CE, la Comisión puede demandar al Estado Miembro ante el Tribunal sin necesidad de un dictamen motivado, basta simplemente con que le haya permitido presentar sus observaciones.



El Tribunal será competente para interpretar y aplicar la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que, conforme al artículo 6UE, tiene el mismo valor jurídico que los Tratados

“ La naturaleza del Tribunal de Justicia es mixta: ejerce competencias propias tanto de un Tribunal Supremo, como de un Tribunal Constitucional ”



Además, en caso de un incumplimiento de un Estado Miembro, por no haber transpuesto una Directiva, la Comisión puede directamente en su primera demanda de incumplimiento solicitar del Tribunal que imponga al Estado incumplidor una sanción pecuniaria, que puede consistir en una cantidad a tanto alzado o una multa coercitiva.

En tercer lugar, por lo que respecta al recurso de anulación, el artículo 263 TFUE prevé diferentes modificaciones en relación con el actual artículo 230 CE.

Así, el apartado 1 del artículo 263 TFUE amplía el control de legalidad que efectúa el Tribunal a los actos del Consejo Europeo y de los órganos y organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.

Además, el apartado 3 de este artículo reconoce la legitimación activa en este tipo de recursos al Comité de las Regiones, siempre que sea para salvaguardar sus prerrogativas y el apartado 4 amplía la legitima-

ción activa de los particulares al permitirles impugnar las disposiciones reglamentarias que les afecten directamente y que no conlleven medidas de ejecución. Desaparece, por tanto, en estos casos la exigencia de estar individualmente afectado.

Por último, el artículo 8 del Protocolo 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad prevé que el Tribunal es competente para pronunciarse sobre los recursos por violación del principio de subsidiariedad interpuestos por un Estado Miembro o por el Comité Económico y Social.

En cuarto y último lugar, en cuanto al recurso de inacción, el artículo 265 TFUE amplía la legitimación activa al Consejo Europeo y la legitimación pasiva también al Consejo Europeo y a los órganos u organismos de la Unión cuando se abstienen de intervenir.

Como puede apreciarse, el Tratado de Lisboa no modifica la estructura y el funcionamiento del sistema jurisdiccio-

nal comunitario y simplemente introduce modificaciones puntuales tendentes, fundamentalmente, a aumentar las competencias del Tribunal.

P. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se encarga de que tanto los Estados como la Comunidad respeten el Tratado, pronunciándose, según los casos, a favor de la competencia de los Estados miembros y, a veces, a favor de la competencia de las instituciones comunitarias ¿Ejerce en la práctica este Tribunal de “Tribunal Constitucional” de la UE?

R. En efecto, el Tribunal tiene por misión garantizar el respeto del derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. La Unión es una comunidad de Derecho y es el Tribunal el que garantiza que, tanto los Estados miembros y sus nacionales, como las Instituciones respetan el Derecho.

En cuanto a la naturaleza del Tribunal de Justicia, yo diría que es mixta. Por un



Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

“En un Tribunal con orígenes nacionales y profesionales tan diversos, con tradiciones jurídicas muy distintas, te das cuenta de lo importante que es tener una formación como la que da la oposición”

lado ejerce competencias propias de un Tribunal Supremo, como cuando conoce de los recursos de casación contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia, por otro lado, también ejerce competencias propias de un Tribunal Constitucional como cuando controla la legalidad de un Reglamento o una Directiva en relación con el Tratado, se trataría de un control análogo al de la constitucionalidad de una ley, o cuando se pronuncia sobre el reparto de competencias no sólo entre Estados miembros y la Comunidad, sino también entre Instituciones. En este sentido, no puede olvidarse que, de conformidad con el artículo 5 TCE, la Comunidad actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuye el Tratado y de los objetivos que éste le asigna, es decir, sus competencias son competencias de atribución y en su actuación debe respetar tanto el principio de subsidiariedad, como el de proporcionalidad. Pero además y de acuerdo con el artículo 7 CE, las Instituciones comunitarias también deben actuar dentro de los límites de las competencias atribuidas por el Tratado,

lo que, exige que se respete el principio del equilibrio institucional.

P. De qué manera ha contribuido su formación como Abogado del Estado en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales en los Tribunales comunitarios?

R. Si me lo permite, yo reformularía esta pregunta, como suele hacerlo muchas veces el Tribunal en las cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales y diría de qué manera mi formación y mi experiencia como Abogado del Estado han contribuido en el ejercicio de mis actuales funciones como juez del Tribunal de Justicia.

Por lo que se refiere a la formación, un Abogado del Estado tiene la inmensa suerte de abarcar todas las ramas del derecho. La oposición te exige ser un generalista y por tanto estar capacitado para poder resolver cualquier cuestión, cualquiera que sea la materia jurídica, que se te plantee. Al mismo tiempo, si lo deseas, puedes convertirte en un especia-

lista de una determinada materia, como es mi caso con el Derecho comunitario, pero siempre partiendo de unas bases y unos conceptos muy claros que te permitan luego enfocar y resolver problemas específicos. En un Tribunal como el mío, con orígenes nacionales y profesionales tan diversos, con tradiciones jurídicas muy distintas, te das cuenta de lo importante que es tener una formación como la que da la oposición que te permite centrar las cuestiones y analizar los problemas desde una perspectiva mucho más amplia.

En cuanto a la experiencia, es obvio que yo no sería Juez del Tribunal de Justicia si antes no hubiera sido Abogado del Estado y no hubiera defendido y representado al Reino de España durante 16 años ante el Tribunal, pero es que, además, esa experiencia me ha permitido conocer cual es la realidad de los intereses en juego y tener un visión, que podría calificar de menos teórica o doctrinal y más pragmática, dirigida a solucionar las cuestiones que realmente se nos plantean. ■

Matilde García Duarte y Santiago Hurtado Iglesias

Nuestros compañeros Matilde García Duarte, Directora General de Infraestructuras Deportivas del CSD y Santiago Hurtado Iglesias, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia nos hablan sobre su experiencia desde sus cargos directivos en la administración.

Pregunta. En general, el Abogado del Estado es un gran desconocido para la mayoría de los ciudadanos de a pie. Incluso se confunde su papel con otros de la Administración de Justicia. ¿Desde vuestra experiencia, cuál es el papel que desempeña la Abogacía del Estado para el buen funcionamiento de la Administración del Estado? ¿Qué puede hacer para que sea más conocida vuestra función?

Matilde García Duarte. En mi opinión, el papel de la Abogacía del Estado es esencial para el correcto funcionamiento de la AGE, asesorando jurídicamente de cara a evitar que surjan problemas y, cuando estos surgen, contribuyendo a su solución con pleno cumplimiento de la legalidad. No se trata sólo de elaborar grandes dictámenes, sino de asesorar en el día a día, con proximidad y eficacia.

Es lo que la ley define en un sentido amplio como el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado.

La labor del Abogado del Estado es ahora más conocida que tiempo atrás, lo que en mi opinión es gracias a la labor discreta, prudente y rigurosa de nuestro colectivo. Creo que este debe seguir siendo el camino.

Santiago Hurtado Iglesias. Tampoco creo que sea tan desconocido teniendo en

cuenta que todos los funcionarios tanto del Estado como autonómicos han tratado con algún Abogado del Estado o al menos han leído algún escrito suyo. No obstante creo que la función de la Abogacía, al igual que la de los otros Cuerpos de la Administración, es esencial para el correcto funcionamiento de la Administración. Específicamente creo que el Abogado del Estado vela por la legalidad de las decisiones administrativas tanto en la fase de elaboración como posteriormente, una vez adoptadas, al defenderlas ante las reclamaciones en los tribunales. Si además de cumplir su función, la de asesoría jurídica, en aquellos supuestos en que las normas lo exigen con carácter preceptivo,

García Duarte:
Mi mayor satisfacción es cómo, en la difícil tarea de la gestión pública, con nuestro asesoramiento contribuimos a solucionar los problemas con los que se encuentra la Administración

la Abogacía del Estado asesora en los trámites previos, participa en las reuniones estratégicas para elaborarlas o establecer la defensa de los actos o normas ya dictados, evidentemente su papel será más relevante, pero puede que esta actuación dependa mucho de las personas concretas y su disposición para realizarla, pues no es propiamente la función que determina nuestra normativa. No creo que se pueda hacer mucho para que nuestra función sea más conocida, salvo su difusión en las universidades, como creo que se está haciendo por parte del Gabinete de Estudios y la Asociación. En el fondo no se trata de que sea más conocida sino que se sepa que se cumple eficaz y eficientemente.

P. De las distintas funciones que habéis realizado como Abogados del Estado, ¿cuáles os han llenado más y cuáles os han proporcionado mayores satisfacciones?

M.G.D. Como Abogada del Estado, mi mayor satisfacción es comprobar cómo en la difícil tarea de la gestión pública, con nuestro asesoramiento contribuimos a solucionar los problemas con los que se encuentra nuestro cliente, es decir, la Administración General del Estado y sus autoridades. Y por supuesto comprobar cómo en algunas ocasiones, nuestra función acaba teniendo impactos positivos en la sociedad. La vocación de servicio público creo que es común a todos los



Abogados del Estado y el grado de satisfacción en este ámbito es siempre superior al que se alcanza en otros.

S.H.I. Creo que todas han sido muy enriquecedoras, aunque quizás destacaría mi paso por la jefatura de un Ministerio pues, al margen de la responsabilidad y variedad del trabajo desarrollado, pude conocer y tratar profesional y personalmente con los directivos y resto de funcionarios del Ministerio. Resulta muy gratificante poder ayudar desde nuestra posición al buen funcionamiento del Departamento y al tiempo aprender tantísimo de todos los profesionales que trabajan en él. Realmente ha sido una oportunidad única para colaborar con magníficos funcionarios y abordar cuestiones jurídicas muy interesantes, participando hasta su conclusión en un periodo razonable de tiempo, y realizando funciones de gestión muy útiles para el futuro.

P. ¿Qué aspectos específicos abarcan vuestros puestos actuales? ¿Son éstos muy diferentes del desempeño “tradicional” del Abogado del Estado? ¿La experiencia como Abogados del Estado os sirve?

M.G.D. Aunque mis funciones actuales son técnicamente similares, en la forma difieren bastante. Antes asesoraba a los que tomaban decisiones de gestión y ahora, aunque puedo seguir conociendo

la materia, soy yo la que precisa asesoramiento. Afortunadamente, nuestro colectivo lo garantiza.

Por supuesto, la experiencia de haber servido como Abogado del Estado al Consejo Superior de Deportes me resulta esencial.

S.H.I. Los aspectos son aquellos que define la LOFAGE y que, al menos nuestros asociados conocen perfectamente. Básicamente es la responsabilidad sobre el desarrollo normativo del Ministerio y el apoyo directo a la Subsecretaría en el asesoramiento jurídico al Ministro y en los asuntos que se discuten en el Consejo de Ministros. Junto a todo ello la SGT

Hurtado Iglesias:
El Abogado del Estado vela por la legalidad de las decisiones administrativas tanto en la fase de elaboración como posteriormente al defenderlas ante las reclamaciones en los tribunales

tiene, como todo puesto directivo en la Administración, una intensa carga de gestión y representación. Son muchas las reuniones que hay que preparar y muchos los foros a los que acudir para difundir las líneas políticas marcadas por el titular del Ministerio. Quizás la formación de los Abogados del Estado, por su exigencia y vocación generalista ayuda a localizar los problemas y buscar las soluciones rápido y por tanto abordar, o al menos intentarlo, la cantidad de trabajo que corresponde. Lo que es evidente es que es algo muy distinto al desempeño de la Abogacía del Estado. Sin entrar en más detalles dos son los aspectos esenciales que a mi juicio marcan la diferencia, por un lado la necesaria identificación con el proyecto político del Gobierno que te nombra y por ende del titular de tu Ministerio que es quien te propone, y por otro la necesidad de gestionar no sólo responsabilidades técnicas sino de personal y políticas.

P. ¿Consideráis preciso abrir un debate sobre la carrera profesional de los Abogados del Estado y de los funcionarios en general? ¿Es necesario el “salto a la política” para culminar una carrera profesional en la Administración?

M.G.D. Entiendo que en este tema es importante definir la magnitud del debate. No considero positivo un cambio radical en el status jurídico y la carrera profesional de los Abogados del Estado y de los

García Duarte: Sin una buena carrera profesional habrá menos buenos profesionales al servicio de la Administración

» En primera persona



Matilde García Duarte

Directora General

de Infraestructuras Deportivas del CSD

Con anterioridad a su actual cargo como Directora General de Infraestructuras del CSD, ocupó el puesto de Abogada del Estado-Jefe del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte al tiempo que era miembro del Consejo Rector de la Agencia Estatal Antidopaje y vocal de la Junta de Garantías Electorales.

» En primera persona



Santiago Hurtado Iglesias

Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia

Como Abogado del Estado ha ejercido ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y en la Delegación del Gobierno de Madrid. Fue Vocal-Asesor Jurídico en el Departamento de Asuntos Constitucionales del Gabinete de la Presidencia del Gobierno y en 2006 fue nombrado Abogado del Estado-Jefe del Ministerio de la Presidencia, cargo que desempeñaba hasta su nombramiento como Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia.

funcionarios en general. Lo que sí considero necesario es un debate continuo sobre la forma de mejorar el sistema de carrera profesional, con el fin de garantizar la mejor calidad del asesoramiento jurídico que recibe el Estado. Sin una buena carrera profesional habrá menos buenos profesionales al servicio de la Administración.

En cuanto a la política, no creo que un cargo político sea la cima de la carrera profesional de un Abogado del Estado en la Administración. Considero que la experiencia como Abogado del Estado aporta mucho para el buen ejercicio de un cargo político. Te aporta una visión global de la Ley, del Estado y de la Administración que creo que es imprescindible.

S.H.I. Yo no diría que sea necesario abrirlo pues es un debate histórico. Fruto de ese debate surge el estatuto del Empleado Público que con mayor o menor fortuna aborda las cuestiones clásicas apuntando soluciones sobre la carrera profesional de los funcionarios públicos. Para mi la Abogacía debería abrir una reflexión sobre su estructura y funcionamiento para elaborar un modelo de carrera profesional que gestione el conocimiento y valore las aptitudes personales para la promoción, dejando atrás criterios que, siendo objetivos, parecen superados en la actualidad. Respecto de la necesidad del salto a la política como colofón a una carrera administrativa depende de donde consideremos que acaba la carrera administrativa, si en un nivel 30 o como alto cargo. Yo personalmente creo, dado que nuestra normativa reserva a los funcionarios la cobertura de la mayoría de Direcciones Generales y todas las Secretarías Generales Técnicas y Subsecretarías y que todos son puestos políticos, es una legítima aspiración y un

orgullo culminarla desempeñando algunos de estos puestos. El problema es si lo consideramos una culminación o un paso de ida y vuelta. Después de ser alto cargo puede quedar mucha vida administrativa y casi siempre sin volver a serlo.

P. ¿Dónde os veis en el futuro? ¿Volveréis al servicio activo como Abogados del Estado o creéis que es mejor opción ir al ámbito privado?

M.G.D. El proyecto en el que estoy ahora como Directora General de Infraestructuras Deportivas supone un nivel de ilusión y de responsabilidad muy alto, y confío en que, a medio plazo, sea no sólo mi presente sino también mi futuro. A largo plazo, no descarto desarrollar una experiencia en el ámbito privado, pero tengo muy claro que soy Abogada del Estado, que la Abogacía del Estado es mi casa y que volveré al servicio activo como Abogada del Estado.

S.H.I. Es una pregunta que actualmente no me planteo y que espero no hacerme en los próximos años pues participar en el proyecto del actual Gobierno me satisface plenamente. No obstante la decisión sobre continuar en la Administración o iniciarse en el ámbito privado depende dos voluntades, la propia y la de la Administración o el sector privado. Como digo, a día de hoy no puedo contestar esta pregunta pues ambas no están formadas y lo harán en el momento preciso. Si el proyecto es bueno, en cualquiera de los dos ámbitos puedes encontrar satisfacción. El servicio al interés general me llena y creo que aún tengo algo que aportar a la Administración y ella mucho que enseñarme. Por esta misma razón, en principio la vuelta a la Abogacía del Estado en activo es una posibilidad perfectamente satisfactoria. ■

Hurtado Iglesias: La Abogacía debería abrir una reflexión sobre su estructura y funcionamiento, dejando atrás criterios ya superados



El profesor como autoridad: su contexto penal

Pilar Cancer Minchot | Abogada del Estado

Desde un enfoque puramente jurídico, que no valorativo, y ante las noticias e iniciativas publicitadas sobre la situación del profesorado respecto de las agresiones que sufre como consecuencia de su función, es prioritario exponer el marco jurídico previo a las reformas normativas recientemente planteadas. Sólo así se podrá valorar de forma adecuada (por quien proceda) si son necesarias o no dichas reformas que se anuncian y que, incluso, en algunas CC.AA., ya están avanzadas, y que tienen por objeto, en el aspecto penal, agravar dichas conductas (sobre todo, se dice, permitir su tipificación como atentado).

I. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL: EL DOCENTE COMO FUNCIONARIO PÚBLICO

Debemos comenzar, claro está, por definir el ámbito subjetivo al que podrían alcanzar las medidas anunciadas. El art. 104 de la LO 2/2006, de 3 de mayo (LO de Educación) dice: *“Reconocimiento y apoyo al profesorado. 1. Las Administraciones educativas velarán por que el profesorado reciba el trato, la consideración y el respeto acordes con la importancia social de su tarea. 2. Las Administraciones educativas prestarán una atención prioritaria a la mejora de las condiciones en que el profesorado*

realiza su trabajo y al estímulo de una creciente consideración y reconocimiento social de la función docente. 3. (...)”

Este artículo se refiere a todo tipo de profesorado, sea o no de centros públicos, como muestra su literalidad y el hecho de que otro artículo subsiguiente, relativo al profesorado de centros públicos,

Tanto si se asimila a los docentes a ‘autoridades’, como a ‘funcionarios públicos’, se generan ciertas ventajas de mayor protección a los mismos: los insultos o agresiones contra ellos puedan ser tipificados como ‘atentado’, lo que agrava sus consecuencias penales

lo especifique así. Pues bien, hay una iniciativa parlamentaria de la oposición planteada en el Congreso (cuyo plazo de contestación por el Gobierno termina el 5 de octubre) en el sentido de reformar este artículo haciendo mención del carácter de autoridad pública del profesorado: parece que la intención de la propuesta es, así, lograr que se considerase como autoridad pública a todo el profesorado, fuera de centros públicos o no. Sin embargo, las medidas normativas promovidas por diversas normas autonómicas, como en la C.A. de Madrid, se circunscriben, según parece (pues en la fecha en que se escribe este artículo no está disponible el texto) a los docentes de centros públicos.

Por otra parte, la LO 1/2006, de Universidades señala: *“El Rector es la máxima autoridad académica de la Universidad y ostenta la representación de ésta. Ejerce la dirección, gobierno y gestión de la universidad, desarrolla las líneas de actuación aprobadas por los órganos colegiados correspondientes y ejecuta sus acuerdos. Le corresponden cuantas competencias no sean expresamente atribuidas a otros órganos”*.

Mientras que la LO 8/1985, del Derecho a la Educación no hace referencia a “autoridades”, sino que señala: *“Art.4.1 Los*

“ El concepto de ‘funcionario público’ que, como sujeto pasivo de las conductas descritas en el art. 550 del CP, generaría un delito de atentado, no alcanza, en la redacción actual, a los docentes de centros privados o concertados ”



padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tiene los siguientes derechos: (...) ‘Respetar y hacer respetar las normas establecidas por el centro y las indicaciones u orientaciones educativas del profesorado’. Art.6.4 Son deberes básicos de los alumnos (...) Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudios en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación y las orientaciones del profesorado”.

En el ámbito penal, debemos citar: Art. 24 del Código Penal (CP) “(Concepto de autoridad y funcionario) 1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrá la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.”

Art. 550 CP: “Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.”

Art. 551 CP: “1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra la autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos. 2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y de multa de seis a doce meses.”

Art.556: Resistencia y desobediencia: “Los que sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones,

serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”. (634 como falta: “Los que faltaren al respeto y consideración debida (...) o los desobedecieran levemente (...)”).

Saquemos ya dos importantes conclusiones:

1. Tanto si se asimila a los docentes a “autoridades”, como a “funcionarios públicos”, se generan ciertas ventajas de mayor protección a los mismos: En principio, que los insultos o agresiones contra ellos puedan ser tipificados como “atentado”, lo que supone la agravación de sus consecuencias penales respecto de su mera consideración como lesiones, injurias, etc, según los casos. Pero, además, supone: agravación de la detención ilegal y el secuestro en que el sujeto pasivo sea un docente (165 CP); persecución de las injurias de oficio (215); agravación en el caso de daños a la propiedad (264); también puede generar sedición (544).

2. La diferencia entre considerarlos “funcionarios públicos” o “autoridades” está, en lo que se refiere al atentado, sólo en la gravedad de la pena. Pero, además, la conceptualización del docente como “autoridad” (no meramente funcionario público) puede llevar a considerarlo suje-



El educador o docente está comprendido dentro del concepto de funcionario público del art. 24 CP en relación con el 550 y 551, pero sólo si tiene una relación jurídica de dependencia con la Administración

to pasivo del delito o falta de resistencia o desobediencia de los art. 556 y 634 CP.

En cuanto al marco jurisprudencial vigente en interpretación de estos artículos, resumiendo tanto la doctrina de la respuesta a la Consulta nº 2/2008 de 25 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, como la doctrina de los tribunales, podemos indicar:

a) El educador o docente está comprendido dentro del concepto de funcionario público del art. 24 CP en relación con el 550 y 551, pero sólo si tiene una relación jurídica de dependencia con la Administración, aunque no sea la propia de la función pública: puede ser un contrato administrativo o laboral. Pero **quedan excluidos** del concepto de funcionarios públicos, según la Fiscalía General del Estado, los docentes que realicen estas funciones: *“Como empleados de empresas o instituciones privadas relacionadas con la Administración en régimen de concierto o mediante cualquier otra fórmula de relación jurídica similar; toda vez que los mismos no ostentan la cualidad de funcionarios públicos en los términos expresados en el art. 24.CP.”*

Es decir, el concepto de “funcionario público” que, como sujeto pasivo de las

conductas descritas en el art. 550 del CP, generaría un delito de atentado, no alcanza, en la redacción actual, a los docentes de centros privados o concertados; podría cometerse contra ellos un delito o falta de lesiones, injurias, etc, pero no de atentado. La cualidad de “funcionario público” se alcanza, pues, no por la función en sí, sino por la relación del sujeto con la Administración.

Así resulta, por ejemplo, de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 27/1/09, en la que destaca una abundante cita jurisprudencial, incluida la importante STS de 4 de diciembre de 2007: La sentencia indica, en tal sentido: *“La jurisprudencia ha señalado que el concepto de funcionario público contenido en el artículo 24 del Código Penal, según el cual ‘se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de Autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas’, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo.*

Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que éste, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el artículo 24 enumera, y de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo, (STS núm. 1292/2000, de 10 de julio; STS núm. 68/2003, de 27 de enero; STS núm. 333/2003, de 28 de febrero y STS núm. 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública. Se trata, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y 19 de diciembre de 2000), de un concepto ‘nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento político-criminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a las funciones y fines propios del derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo’.

Por tanto, ha de existir una designación pública para el ejercicio de tal función en cualquiera de las tres formas previstas en el art. 24.2 CP, y en este caso no consta acreditado con la certeza que exi-

ge un presupuesto del tipo penal que el educador (...), haya sido designado por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente.

Como es bastante notorio, en esta Provincia (y en otras muchas) en ocasiones los educadores de ciertos centros educativos donde se hayan menores en situación de desamparo (como los que trabajan en los centros de reforma) son trabajadores o empleados de empresas o entidades privadas que han obtenido la gestión de los centros, cuya titularidad en última instancia corresponde a dicho ente local, y en este caso no conocemos, porque no lo expresa la sentencia ni aparece en las actuaciones, si aquél tenía tal condición de funcionario público, aunque fuera con ese concepto amplio que establece el citado art. 24.2 CP.

En este sentido, la reciente Consulta 2/2008 de la Fiscalía General del Estado, de 25 de noviembre de 2008, sobre la calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo, en la conclusión quinta, corroborando nuestra posición, señala que ‘los trabajadores o empleados de empresas o instituciones privadas, aunque éstas –en concierto o mediante cualquier otra forma de relación con la Administración– participen en el ejercicio de funciones sociales, no ostentan la condición de funcionarios a efectos penales, toda vez que su designación no se realiza por alguna de las tres formas expresadas en el art. 24.2 CP –disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente– precisas para adquirir la condición de funcionario público a efectos penales’.

En conclusión, no resulta correcta la calificación jurídica del hecho como un delito de resistencia (ni de atentado), y, por ello, se le debe absolver del delito por el que ha sido condenado”.

Podemos citar en este mismo sentido (destacan que los agredidos era funcionarios a efectos penales con independencia de que fueran funcionarios públicos en sentido jurídico-administrativo, pero siempre referido a docentes de un centro de titularidad pública): STS de 26/2/91,

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10/10/05, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 26/05/08, Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27/1995, o la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid nº 17 de 25/2/08.

b) Sólo hay **una voz discrepante en ese panorama:** la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona

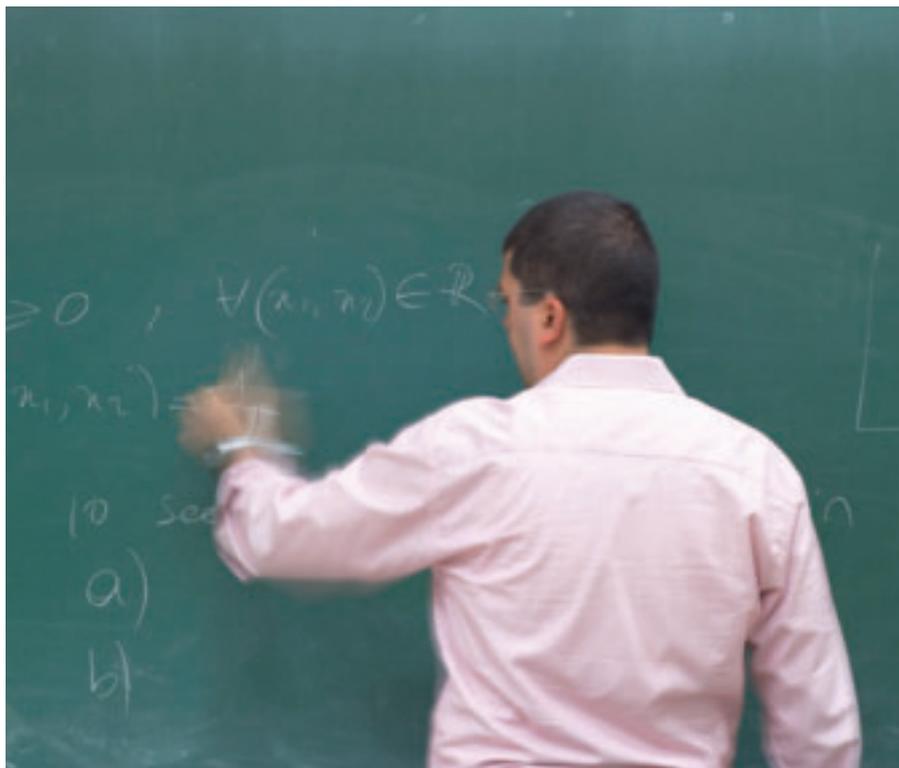
“La única relevancia de la consideración del docente como ‘autoridad’, en el caso del atentado, está en la penalidad, no en la tipificación de la conducta como atentado. Ahora bien, sí es determinante para la tipificación del delito de desobediencia”

de 28/5/08, que aun conociendo la Jurisprudencia sobre la materia, prefiere acoger el voto particular de la STS de 4/12/07 y niega que haya atentado, aunque el docente sea funcionario público, por entender que el delito de atentado debe ligarse al concepto de orden público (insistimos, algo negado por la doctrina del TS y por la interpretación de la Fiscalía General del Estado), y por ello “Siendo evidente que la función que estaba realizando la profesora F... en el momento de ser agredida era una actividad estrictamente docente y nada tenía que ver con el orden público ha como ha sido definido anteriormente, debemos concluir que los hechos objeto de enjuiciamiento no pueden ser subsumidos en el tipo penal del delito de atentado, por lo que es procedente absolver a la menor (...) del delito atentado”.

c) Ahora bien, **la Jurisprudencia**, aunque los reconozca como funcionarios públicos si se dan las circunstancias antes descritas, **no reconoce a los docentes como autoridad** pese a la dicción de la LO 8/85 ya citada, **salvo si se trata de autoridades académicas (universitarias)**. Basta comparar:

1. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 22/1/02, que





contrarias a la corriente jurisprudencial mayoritaria (la SAP de Barcelona ya citada). En tal caso, para ello bastaría asimilar al docente al “funcionario público” (no sería necesario considerarlo como “autoridad”), y referirlo a los centros docentes públicos.

2. **Ampliar la aplicación del desacato a los docentes de centros concertados o privados:** Bastaría también con asimilarlos a “funcionarios públicos” (no sería necesario asimilarlos a “autoridades”) y dejar claro que se refiere a todos los docentes. Sí estaríamos en este caso ante **un verdadero cambio en la regulación**, no una mera aclaración.

3. **Agravar las conductas** contra los docentes (los de centros públicos o todos, según se exprese), elevándolos a todos al rango de “autoridad”.

Por los problemas que plantea, trataremos esta opción en epígrafe aparte.

III. EL DOCENTE COMO “AUTORIDAD”

Como hemos visto, la consideración como “autoridad” de todos los docentes, con independencia de que ocupen o no ocupen cargos directivos, produciría dos efectos principales desde el punto de vista penal:

a) **Agravar la pena en caso de desacato:** Es una decisión política de alcance sobre la significación de la función, pues situaría al docente en una situación destacada respecto de otros funcionarios.

b) La aplicación del 556 CP o del 634 CP, convirtiendo en delito o falta de desobediencia la inatención a sus órdenes: sin duda, otra decisión política de alcance.

Incluso si, por no desearse dichas consecuencias agravadas, se pretendiese hacer la reforma asimilando expresamente el docente a “funcionario público”, no a “autoridad” (con alguno de los objetivos expuestos en los puntos 1 y 2 del II anterior), entendemos que :

1. Debería dejarse a salvo la consideración de “autoridad” de las autorida-

estima desobediencia por incumplir la orden de una autoridad universitaria; la Sentencia de la misma Audiencia de 4/5/99, que estima lo mismo por incumplimiento de una orden del Rector; la STS de 21/3/83, que apreció desacato (conforme al CP entonces vigente) por la conducta cometida contra un Vicedecano;

2. Con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 27/11/95, que, en agresión al Director de un colegio, aprecia atentado no agravado (es decir, califica por la cualidad de funcionario del sujeto pasivo, no de autoridad: en el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 26/5/08).

Recordemos que la única relevancia de la consideración del docente como “autoridad”, en el caso del atentado, está en la penalidad, no en la tipificación de la conducta como atentado. Ahora bien, sí es determinante para la tipificación del delito de desobediencia.

II. POSIBLES OBJETIVOS DE LA MODIFICACIÓN NORMATIVA

Pues bien, ante el panorama normativo y jurisprudencial citado, las modificaciones del marco normativo impulsadas desde diversos foros podrían tener tres objetivos distintos:

“ Si el objetivo de la modificación de la normativa fuese ampliar la aplicación del desacato a los docentes de centros concertados o privados, bastaría también con asimilarlos a ‘funcionarios públicos’ y no sería necesario asimilarlos a ‘autoridades’ ”

1. **Asegurar la aplicación del desacato en el caso de la agresión a profesores de centros públicos:** Aunque, como hemos visto de la jurisprudencia mayoritaria citada, la normativa vigente ya permite calificar como desacato el caso de la agresión a profesores de centros públicos sin necesidad de tal aclaración, podría ser útil, para evitar aisladas interpretaciones

des académicas reconocida por nuestra jurisprudencia.

2. Podría aprovecharse para elevar al nivel de “autoridad” a los que desempeñen cargos directivos en los centros docentes no universitarios: se trata de una decisión de oportunidad, no tan radical (en el sentido de novedosa) como la que resultaría en considerar “autoridad” a todos los docentes con independencia de su cargo, y coherente con la consideración jurisprudencial de las autoridades universitarias como tales autoridades.

IV LA MENCIÓN “A TODOS LOS EFECTOS LEGALES”

Por último, debe hacerse una importante precisión respecto de algunas de las reformas propuestas (como la iniciativa planteada en el Congreso), que incluyen la mención de que el profesor será considerado autoridad “*a todos los efectos legales*”.

Debe tenerse en cuenta que ello genera consecuencias que no siempre aparecen como muy medidas:

1. **Produciría efectos en otras esferas diversas de la penal**, como la del Derecho administrativo (regulación de incompatibilidades y otras previsiones relativas a las autoridades y funcionarios públicos).

2. Incluso en el ámbito de **Derecho Penal, produciría otros efectos** no necesariamente beneficiosos:

La asimilación del docente a “autoridad” o incluso a “funcionario público” en todo caso, lo convierte también en posible sujeto activo de muchos tipos penales, o agrava la penalidad en caso de que cometa ciertos delitos: detención ilegal y secuestro (167 CP), tortura y daños contra la integridad moral –incluso por omisión– (174, 175, 176), delitos relacionados con la prostitución (187, 188), revelación de secretos (198), y allanamiento de morada (204); permite evitar la injuria cometida contra ellos si se prueba la verdad de lo imputado (210); agrava en determinados delitos sobre menores (233), o en delitos contra derechos de los ciudadanos extranjeros (318

bis); es requisito del tipo en algunas falsedades (390 y ss); genera la posibilidad de cometer delitos de prevaricación (404 y ss), abandono de destino (409), desobediencia a autoridades superiores (410 y ss), contra el deber de auxilio a la Justicia (412), referidos a la custodia de documentos (413 y ss), revelación de secretos (417), cohecho (419 y ss), tráfico de influencias (428), y malversación y otros fraudes (423 y ss); hay un largo catálogo de actividades prohibidas a autoridades y funcionarios que pueden ser delictivas (439 y ss); genera la posibilidad de cometer delitos relacionados con la rebelión (483), contra el Poder Legislativo (499 y ss), denegación de prestación de un servicio público (511); agrava la asociación ilícita (521); existe un genérico delito contra los derechos de los ciudadanos (542); es una agravante en el propio atentado (552); y produce la agravación en caso de delitos en conflicto armado (616).

Recordemos que un docente ya puede ser, conforme a la normativa vigente ahora, funcionario en el sentido amplio del art. 24 CP, y, como tal, se le aplicarían estos artículos; pero si, por ejemplo, todos los docentes se asimilan a funcionarios o a autoridades (según los casos), se les deberían aplicar igualmente a los

“Si el objetivo no va más allá de reforzar la situación de los docentes en los casos de agresiones o insultos contra ellos, sería más proporcionado referir la cualidad de funcionario público (o autoridad, en los casos que proceda) del docente, expresamente a los efectos del desacato”

que trabajen en un centro privado o concertado. Quizá, pues, si el objetivo no va más allá de reforzar la situación de los docentes en los casos de agresiones o insultos contra ellos, sería más proporcionado referir la cualidad de funcionario público (o autoridad, en los casos que proceda) del docente, expresamente a los efectos del desacato (evitando expresiones del tipo “*a todos los efectos legales*”), para evitar los problemas señalados.

V. NORMATIVA QUE DEBERÍA SER REFORMADA

Por otra parte, hay iniciativas de reforma tanto a nivel nacional como de legislación autonómica; no podemos por menos que indicar que, en nuestra opinión, la medida, si se considerase necesaria, debería ser nacional. No llegaremos al extremo de considerar que la legislación autonómica no puede definir quién debe ser considerado como “autoridad” entre sus funcionarios, pero lo cierto es que dicha definición deberá otorgarles a los mismos las características que el Código Penal describe como propias de la “autoridad” en su art. 24, o podría incurrir en inconstitucionalidad por modificar, de modo indirecto, una normativa de competencia estatal.



Del propio modo, no creemos que la ley autonómica pudiera calificar como “funcionarios” a todos los docentes, con independencia de su relación con la Administración, pues ello contradiría el art. 24 CP.

Pero, ya que no disponemos del texto de las propuestas autonómicas en el momento de escribir estas líneas, nada más diremos en este aspecto, salvo destacar que, por mucho que “chirrié”, pocas normas se han declarado inconstitucionales por contrarias al 14 o al 149.1.1ª CE.

En todo caso, insistimos en que lo más coherente es una solución nacional, y, ya que la consecuencia es constituir o agravar un tipo penal, la sede natural de la reforma propuesta nos parece más bien el propio Código Penal, no la LO 2/2006, como se ha pretendido en alguna propuesta (todo ello, sin perjuicio de que pudiesen reformarse las leyes educativas para reforzar la autoridad del profesor en otros aspectos, claro está).

En la hipótesis de que se optase por una reforma del Código Penal, cabe señalar que, hasta ahora, en los casos en los que CP ha querido extender alguna previsión a todos los docentes o educadores, (por tanto, abstracción hecha de su carácter

de funcionarios públicos del art. 24), lo ha hecho mencionando expresamente al “educador”, o al “docente o educador”.

Así, por ejemplo, el artículo 222 señala (Agravación a educador, facultativo, autoridad o funcionario público): “*El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años. A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria*”.

Artículo 303. (Cualificación por determinados cargos, profesiones u oficios): “*Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años.*”

Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma. A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

Artículo 369 (Circunstancias agravantes): *1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: 1ª El culpable fuera autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio (...).*”

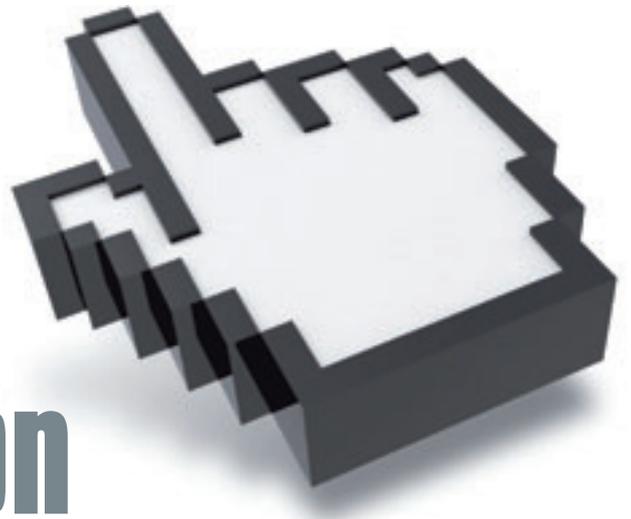
Por ello, de buscarse alguno de los objetivos señalados en nuestro punto II, sería más correcto, en nuestra opinión, introducir en el 550 y 551 CP una referencia a los docentes o educadores (y, en su caso, otra a las autoridades educativas), similar a la existente en otros artículos del CP.

En todo caso, hay que repetir que este trabajo es sólo un intento de aclarar las cosas para que quienes son competentes adopten una decisión que va más allá de lo jurídico. ■



“Lo más coherente es una solución nacional, y, ya que la consecuencia es constituir o agravar un tipo penal, la sede natural de la reforma propuesta nos parece más bien el propio Código Penal, no la LO 2/2006, como se ha pretendido en alguna propuesta”

Inaugurada la nueva web de la Asociación



Fernando Menéndez Rosas | Director de la Revista de la Asociación de Abogados del Estado

El pasado viernes 23 de octubre comenzó su andadura la nueva web de la Asociación de Abogados del Estado. Y digo “nueva web” porque este proyecto, que comenzó a gestarse ya en el último trimestre del pasado año, ha supuesto una reconstrucción prácticamente completa de la arquitectura de la información de la que disponíamos para ofrecer contenidos mejor estructurados y ordenados, mayor accesibilidad y usabilidad, dar una mayor coherencia a la constante actividad informativa llevada a cabo desde la Asociación y, sobre todo, dar continuidad al papel que con tanto éxito ha llevado a cabo la web como canal de unión entre todos los miembros del Cuerpo de Abogados del Estado. En este sentido, no puedo dejar de valorar como merece la magnífica acogida que, desde su puesta en marcha hace ya casi cinco años, ha tenido la web no solamente entre los miembros de la Asociación, sino entre la gran cantidad de usuarios para los que este canal de comunicación ha servido para conocer y comprender el importante papel que desempeña la Abogacía del Estado en la defensa de los intereses de la ciudadanía, y que han llevado a la web que ahora “jubilamos” a un promedio mensual superior a las 5.500 visitas y 43.000 páginas vistas.

“La nueva sección de información para opositores recoge de forma específica todos aquellos contenidos relacionados con las oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado”

No obstante, tanto la evolución tecnológica como las crecientes necesidades de información y nuevas funcionalidades por parte de nuestros usuarios hacían necesario acometer este proyecto de renovación. Esta nueva versión incluye numerosas novedades y mejoras tanto en diseño como en navegación, contenidos y tecnología que se resumen en:

Diseño orientado al usuario: el espacio útil crece hasta 1024 píxeles de ancho, la resolución de pantalla más habitual en la mayoría de los ordenadores actuales. Se refuerza el uso de iconos y menús gráficos de acceso, así como una nueva disposición de la información para facilitar la consulta de los contenidos de manera ágil y fluida. El nuevo diseño basado en capas y hojas de estilos garantizará la máxima compatibilidad entre toda la nueva oferta de navegadores y sistemas existente.

Navegación simplificada: la estructuración de las secciones evoluciona y se simplifica para facilitar el acceso a las secciones más habituales, ahora ampliadas y renovadas. Es importante destacar la incorporación en la nueva web de un buscador de contenidos por año y palabra clave que facilitarán en gran medida la localización de la información.

Contenidos prácticos y mayor participación: Se ha priorizado el acceso a las secciones de noticias frente a los contenidos de mayor carácter corporativo creando accesos más directos a cada una de las secciones y reorganizando las secciones ya existentes. Junto a las ya habituales secciones de información general y noticias a los asociados, reforzamos los contenidos de actualidad con la nueva sección de Acuerdos con empresas.

Nueva sección de Oposiciones: Destaca especialmente la nueva sección de información para opositores, que recoge de forma específica todos aquellos contenidos relacionados con las oposiciones al Cuerpo de Abogados del Estado (convocatorias, resultados de exámenes, listado de preparadores, etc...). Se ha fomentado la interacción con los usuarios con una herramienta de registro que permitirá informar vía e-mail de todas aquellas novedades de contenido de esta sección.

Nueva tecnología de programación: El lenguaje de programación pasa a ser

PHP, frente a la anterior web que estaba realizada en ASP. Este cambio de tecnología supone una apuesta por el Software Abierto (Open Source), abriendo nuestra página a un abanico casi ilimitado de recursos y nuevos contenidos fácilmente implementables y en constante renovación, al pasar a formar parte de la que, hoy por hoy, posiblemente sea la comunidad más dinámica y en constante renovación de todas las que impulsan las últimas tecnologías en internet.

La nueva web es ahora más fácilmente escalable, con una mayor estabilidad y compatibilidad con nuevas herramientas basadas en las últimas tecnologías como son el servidor Apache y la base de datos MySQL.

De esta forma, esperamos que la nueva web de la Asociación continúe siendo una referencia y un punto de encuentro entre sus miembros, afianzando su papel como herramienta de comunicación y cohesión entre todos los compañeros que conforman el Cuerpo de Abogados del Estado. ■

“Esta nueva versión incluye numerosas novedades y mejoras tanto en diseño como en navegación, contenidos y tecnología”



» Bienvenido a la web de la Asociación Edmundo Bal Francés

Esta página fue “subida” por primera vez al dominio www.asoc-abogadosdelestado.es el 17 de febrero 2005. Desde aquel día, con una primera noticia en la que se daba cuenta del nombramiento de nuestra compañera María Dolores Cospedal como Consejera de Transportes de la Comunidad de Madrid, se han ido “colgando” todas las noticias que se referían al Cuerpo de Abogados del Estado y que se han considerado de interés.

En la actualidad, puedes entrar en nuestra web no sólo a través de este nombre de dominio, sino también a través de www.abogadosdelestado.com y www.abogadosdelestado.com.es, gracias a nuestro compañero Eduardo Soler Tappa.

Se escribe esto en un momento en el que ya nuestra web ha pasado a ser patrimonio común del Cuerpo de Abogados del Estado y referencia de las noticias que nos interesan a todos, independientemente de la situación administrativa en la que nos encontremos. La mayor parte de los Abogados del Estado aso-

ciados (e incluso alguno de los pocos no asociados) se han registrado en la parte privada de la página, de acceso restringido y a través de su “Contacta” han llegado numerosos mensajes a la Asociación, como un nuevo y útil medio de comunicación con ella.

Del mismo modo, también juristas y ciudadanos en general se han puesto en contacto con nosotros a través de la web, mostrando su interés por el Cuerpo y sus funciones, por la oposición de acceso –que tiene apartado propio en la nueva web–, por la revista de la Asociación –que ahora se va a poner en la portada de la web “en abierto”, para que sea de acceso público–, etc. Ha servido, en este sentido, como medio de darnos a conocer a la ciudadanía, mostrar cuáles son nuestros valores y nuestro compromiso con España.

Ahora es el momento de su remodelación, tras la larga experiencia vivida, una vez ya consolidada, plenamente operativa y en óptimo funcionamiento. Le hemos aplicado un

“lavado de cara”, tanto externo en su diseño, como en la gestión interna de la página, gracias al buen hacer de la empresa Art Factory.

Esta página no puede ser el trabajo de unos pocos. Quiero, compañero y amigo, agradecer tu participación hasta la fecha e instarte a que sigas o inicies tu colaboración para poder dotarla de contenido, así como también por lo que se refiere a la revista de la Asociación, para que estos magníficos instrumentos de comunicación expresen el sentir y nos representen de verdad a todos.

CRASH (II): Adiós, USA, ¿hay alguien ahí?

Manuel Rivero | Abogado del Estado

I. LOS HECHOS

Si la reiteración y la contumacia en el error son propios de quien actúa sin reflexionar demasiado sobre las consecuencias de sus actos, el presente artículo, sin duda, constituye uno de los ejemplos más señeros de tal forma de proceder. Con él no sólo su autor, sin otro título que su osadía, acomete la tarea de poner negro sobre blanco sus pensamientos sobre las cosas que a todos nos conciernen, sino que –ajeno a la crítica y estanco al rubor– incide sobre un tema del que ya escribimos hace un año y que, desde entonces, viene siendo objeto de análisis, simposios, publicaciones, conferencias, mesas redondas e incluso encuentros festivos de toda índole, por personas mucho más cualificadas.

Se trata de la crisis financiera, el *crash* bursátil, la explosión de la burbuja, el fin de la hoguera de las vanidades en su versión siglo XXI.

Hace ahora un año, nos recuerdan los medios de comunicación, cayó un icono de las finanzas norteamericanas, el banco de inversiones Lehman Brothers. Después vinieron otras compañías a dar con sus huesos en el cementerio de la liquidación mercantil o en los brazos del rescate público: aseguradoras, financieras de base hipotecaria, bancos grandes, medianos y pequeños, todo tipo de empresas.

Millones de personas quedaron en paro, algunos directivos (muchos menos que en el 29 y menos jaleados, todo hay que decirlo) optaron por el suicidio, los *bonus* de muchos ejecutivos descendieron de cuatro dígitos a tres y, en general, asistimos, más o menos regocijados, al descubrimiento en labios de los prohombres de las finanzas de sustantivos y verbos que les creíamos incapaces de conjugar: honradez, ahorrar, previsión, justicia social, contención retributiva. En fin, un poema. No parecían creérselo demasiado, pero no dejaba de ser reconfortante ver ponerse colorados aunque fuera una sola vez a quienes hasta entonces siempre veíamos con el tono verde de los billetes de que hacían ostentación, sin que hubiéramos sido capaces de advertir correspondencia alguna entre la importancia de su función o la altura de su –por decir algo– pensamiento y el grosor de su billetera.

Tal es, en resumen impresionista, la visión general que el *crash* nos dejaba a quienes nuestra ubicación en el denostado sector público nos permitía poner algo de distancia respecto de los atribulados apuros de quienes hasta entonces giraban en un torbellino de gasto desproporcionado a todas luces. Y no se diga ya respecto de quienes, más humildes y desprotegidos, se disponen a atravesar las penurias de una etapa de recesión económica como la que tiene pinta de acercarse.

Hasta aquí los hechos. Todos los analistas, políticos, economistas y sociólogos se han ocupado de la crisis financiera, del *crash*. Todos han expuesto sus recetas, sus diagnósticos, sus análisis, opiniones y soluciones. Con más o menos nivel de tecnicismo y rigor, desde la particular posición ideológica de cada cual. Parece que las páginas salmón de los periódicos tienen garantizado contenido para por lo menos un par de años. También los gobiernos de los diferentes países se han visto obligados a actuar, sin que, conservadores o socialdemócratas, de izquierdas o de derechas, hayan sabido hacer otra cosa que disfrazar con vergonzantes y a veces hilarantes eufemismos (“estímulos públicos”, “confianza sistémica”, “impulso del circuito crediticio”, “repensar los paradigmas regulatorios”) los chorros de dinero que han volcado en los resecos desiertos del crédito, evaporados en las cuentas corrientes de los directivos de las finanzas y en el pozo estéril de su impericia y su avaricia.

En cualquier caso, no van por ahí estas líneas, que no pretenden ocuparse de las recetas económicas aplicadas ni de las políticas sociales más idóneas para mitigar la crisis, sino que, pasando de lo concreto a lo abstracto, de la anécdota a la categoría, tratarán de indagar en qué medida la crisis financiera no es sino la manifestación y a la vez la causa de un cambio más global



en otros aspectos de la organización mundial y de adivinar, desde las limitadas entendederas de quien esto escribe, por dónde puede ir el mundo los próximos años.

2. AMADA EUROPA

El relato de la caída de Lehman Brothers es muy ilustrativo de lo que me atrevo a llamar confusión norteamericana en relación con lo que hay. La meca del capitalismo, gobernada además a la sazón por un partido y un presidente profundamente impregnados del espíritu fundador de América en estado puro (a quien Dios se la dé, San Pedro se la bendiga y que cada palo aguante su vela, podríamos decir) se enfrentaba al hundimiento apocalíptico de varios gigantes de la banca, los seguros y las hipotecas. Si América se ha hecho grande es porque ha confiado en la iniciativa y la inteligencia de las personas. Si las cosas salen mal es porque se han hecho mal: hay que dejar paso a otros más listos, más eficaces, más decididos. ¿Sí? Pues no. El gobierno norteamericano dejó caer Lehman Brothers, pero ante lo que se avecinaba se comportó –*Bush regnante*– de la forma en que lo hacían los socialistas de este lado del océano: rescatando, ayudando, reflotando o... ¡nacionalizando! compañías, bancos, empresas. Incluso iconos de la industria automovilística cayeron en las garras del estado soviético, digo norteamericano. Tal era el maremoto que se venía encima.

Todo esto, claro está, poco puede sorprender a los europeos, que vienen asistiendo desde los años cuarenta del siglo XX a un proceso de estatización de gran parte de su economía. No hace falta recordar aquí las vicisitudes políticas acaecidas al fin de la II Guerra Mundial, la reordenación de los sistemas económicos de los países de Europa occidental, más condicionada de lo que pudiera pensarse no ya sólo por el triunfo de ideologías igualitarias o socializantes, sino, muy posiblemente, por la circunstancia de hallarse los tanques del imperio soviético a 200 kilómetros de Fráncfort o Múnich, salvaguardando un sistema férreamente igualitarista y cerrado.

Europa Occidental no se hizo entonces socialdemócrata por convicción, porque no era socialdemócrata la democracia



Los líderes del G8 en la cumbre celebrada en L'Aquila, Italia, en julio de este año.

Hemos visto cómo los hijos de los que han venido hablan como nosotros, visten las camisetas de nuestros equipos de fútbol y tienen nuestro pasaporte y documento nacional de identidad. Son ya europeos

cristiana italiana o alemana, ni, aunque se le pareciera, el “gaullismo” francés. Europa se limitó a ponderar los riesgos de jugárselo todo a una carta: el capitalismo es mejor que el comunismo, sí, pero habrá que pagar un precio por mantenerlo. Y se pagó: Europa fue defendida por los Estados Unidos, prosperó en gran parte gracias al Plan Marshall y se dispuso a vivir una época de balsámica tranquilidad, más o menos hasta mediados de los años sesenta, de la mano de un extenso sistema de protección social.

Lo cierto es que Europa, como si fuese una bella deidad objeto de veneración y

anhelo, ha sido invadida, deseada, imitada y envidiada por muchos pueblos desde hace al menos dos mil años. Y, paradójicamente, como los buenos enamorados –de los que ya no quedan, o casi, vaya– la mayor parte de los que han invadido, cortejado, imitado o deseado a Europa o han querido parecerse a ella la han respetado. Es decir, seguimos rigiéndonos por el Derecho Romano, seguimos pudiendo elegir (*à notre guise*) si guiarnos por la moral cristiana, la pagana de los antiguos dioses, más tolerante y laxa, o, en fin, por alguno de los credos materialistas que han florecido en estas tierras. Cómo comer además de alimentarse, cómo amar además de reproducirse o sin reproducirse, cómo pedir perdón sin motivos aparentes, sólo por agradar a la persona a quien nos dirigimos, beber sin sed para disfrutar o viajar como cosa distinta de desplazarse por la corteza terrestre y otras lindezas por el estilo son cosas que en su mayor parte se han inventado en Europa, sobre las que se ha escrito mucho en Europa, y que otros han tratado de aprender e imitar. Por supuesto, los europeos –los españoles, los primeros– hemos invadido naciones, hemos colonizado tierras, hemos forjado imperios que han desaparecido, pero siempre sabiendo “improntar” los países a los que hemos llegado, que han aprendido nuestro idioma (el correspondiente, según cuál fuese el visitante/invasor), han adquirido nuestras costumbres,



“**Cuando Europa pudo convencer antes que vencer, lo hizo, cuando tuvo que ceder antes que enfrentarse, cedió hasta el límite de lo posible, sin perder su espíritu ni su esencia**”

nuestra religión y, en fin, aún habiéndose independizado, envían a sus hijos más pudientes a estudiar aquí. Últimamente, también, como es de ley, han venido a trabajar, a participar de la parte que seguramente les corresponde en el botín de la riqueza de los últimos tiempos. Y hemos visto cómo los hijos de los que han venido hablan como nosotros, visten las camisetas de nuestros equipos de fútbol y tienen nuestro pasaporte y documento nacional de identidad. Son ya europeos.

Por supuesto que no todos los que han venido a Europa lo han hecho para fotografiar las catedrales o visitar los restaurantes de la Rive Gauche. Algunos venían para organizar esto a su manera. Atila, los turcos o las invasiones árabes pueden ser un buen ejemplo de ello. Tampoco Europa se quedó dormida, es verdad, y cuando no hubo otro remedio, pero sólo cuando no hubo otro remedio, se organizó y armó y, cierto que sin excesiva proclamación e incluso a veces como ocultándolo pudorosamente, puso en su sitio a los invasores que no venían sólo a imitarnos sino a destruirnos. De este modo, apenas ocupan unas páginas colaterales en los libros de historia los nombres de Covadonga, Poitiers, Lepanto o las Navas de Tolosa. E incluso quizás ya ni vengan, cosa que quien esto escribe no tiene intención de comprobar leyendo alguno de los libros de texto al uso, porque a partir de cierta edad, de-

presiones, las justas. Pero las cosas son como son y así fueron. En cualquier caso, cuando Europa pudo convencer antes que vencer, lo hizo, cuando tuvo que ceder antes que enfrentarse, cedió hasta el límite de lo posible, sin perder su espíritu ni su esencia. Todo lo que se dice no ignora las tremendas broncas familiares que, sobre todo últimamente en forma de devastadoras Guerras Mundiales, Europa ha vivido, pero eso no ha de impedir apreciar que, aunque luego cobraron dimensión mundial y se llamaron así, las citadas Guerras iban destinadas inicialmente a arreglar en casa asuntos europeos y entre europeos. Poco sentido tienen y poco europeos son quienes desde un fanatismo rayano en el delirio hablan de la claudicación de Europa frente al irredentismo expansionista musulmán, y rebautizan esto como “Eurabia”, confundiendo algaradas de fin de semana de jóvenes inmigrantes empobrecidos o los problemas que algunas chicas de origen magrebí tienen para quitarse el velo (al igual que otras perfectamente rubias los tienen para ponerse minifalda, todo hay que decirlo) con legiones de militares e intelectuales capaces de hacer temblar los cimientos de una civilización que lleva casi tres mil años funcionando y dirigiendo el mundo.

He hablado de los europeos en primera persona y he incluido a España en Europa porque está en Europa y es Europa.

Nuestras peculiaridades conquistadoras –fuimos buscando oro, y nos quedamos allí, nos unimos a los de allí y así nos fue, a diferencia de otros que nos miran por encima del hombro y no dejaron títire con cabeza– y nuestros problemas de convivencia con los demonios familiares que viven entre nosotros desde Viriato, al menos, no han de ser óbice a esta decidida inclusión.

3. AMÉRICA CONFUSA

Volvemos a los años cuarenta del Siglo XX. Los Estados Unidos, triunfadores sin apenas unos rasguños en la II Guerra Mundial, se consolidaron como nueva potencia hegemónica en el mundo frente a la Unión Soviética y al comunismo, que constituía una amenaza global, tanto por ser portador de una ideología como –lo que a la postre iba siendo cada vez más decisivo– por estar respaldado por el poder de convicción de miles de tanques, misiles y todo tipo de armas sofisticadas. Frente a esa amenaza los Estados Unidos exhibieron, aparte de su gran ejército, no ya, o no sólo, el capitalismo, sino el sueño americano: la idea de los fundadores de aquel país de que el trabajo duro, la iniciativa, la innovación y, en fin, una especie de selección natural de los mejores eran capaces de crear prosperidad y de forjar un país en el que todos tuvieran cabida. La caída del comunismo a finales de los ochenta del siglo XX dejó en solitario al capitalismo o, mejor, a esta idea americana del capitalismo. Sin competidores serios, sin amenazas reales (más allá de los latigazos del terrorismo islámico), sin alternativa, en fin. Alguien habló del fin de la historia. Y entonces se pudo ver sin perjuicios ideológicos a los Estados Unidos como el país, o el sistema, que más y mejores escritores, cineastas, artistas, científicos y médicos producía. La meca de los creadores, los innovadores, e incluso, si se me permite la mención, un tanto truculenta, de los afectados por males de muy difícil curación, que pensaban que en América los hospitales eran mejores y los médicos más sabios. Otras cosas no tan buenas de aquel país no se veían ni se glosaban tanto, pero ya lo dijo Billy Wilder, uno de los mayores genios del cine, americano para variar: *nobody's perfect*.

El *crash*, con la fuerza suasoria de lo fáctico, mostró a los americanos que los sueños, en contacto con la realidad, producen a veces monstruos: financieros admirados mostraron su verdadero rostro de chorizos suburbanos capaces de enganar a quienes se creían –y aún siguen pasando por tales– banqueros experimentados. O igual no, pero unos en la cárcel y otros con el rabo entre las piernas no van a decir nada. Millones de personas tuvieron que recortar drásticamente sus visitas finisemanales a los centros comerciales y a las hamburgueserías, que se descubrió eran, junto con la televisión, verdaderos iconos culturales de aquel país, al menos para la mayor parte de sus habitantes. La falta de un seguro médico razonablemente universal y decente empezó a precipitar el aumento de las enfermedades y la mortalidad entre los sectores sociales menos pudientes, ahora más visibles y más numerosos, (¿de dónde salen tantos pobres?). En fin, la mezcla de posibles patologías previas derivadas del alcohol, quizás no del todo curadas, una convulsión anómala ante el dolor y, por qué no decirlo, la falta de entendederas y de saber lo que hacer provocaron una reacción desmedida en el Presidente norteamericano ante la salvajada del 11-S, y dieron lugar a una de las aventuras más dramáticas y a la par más esperpénticas que se han visto en la escena internacional: se pergeñó una sarta de mentiras a cual más increíble y se organizó una cruzada militar destinada a derrocar a uno de los gobernantes del mundo árabe que menos se asimilaba al paradigma talibán e islámico. El régimen baasista de Saddam Hussein (cruel, tiránico y asesino pero no mucho más que quince o veinte regímenes amigos de la zona), posiblemente uno de los últimos baluartes contra el integrismo islámico, fue atacado por tierra mar y aire, derrocado y sustituido por un débil gobierno que ha dado paso a la explosión yihadista más grande que se haya visto, y que ha convertido el territorio iraquí en una sólida base de Al Qaeda. Centenares de miles de civiles y miles de soldados norteamericanos y de otros países-escolta muertos, una destrucción sin parangón, el crecimiento de la influencia del chiismo islámico y la conversión de Irán en potencia regional son los geniales resultados de la políti-

ca exterior del presidente Bush y su camarilla de desorientados y casi iletrados asesores. Algunos gobernantes europeos, como Blair en Gran Bretaña y Aznar en España apoyaron la locura y secundaron las mentiras. No obstante, y aunque parezca una paradoja, por lo que más adelante diré, ambos dirigentes no han de merecer el mismo juicio rotundamente negativo que se acaba de ofrecer sobre Bush y su gobierno, porque, al menos, ellos sí sabían lo que hacían y tenían motivos sólidos –se compartan o no– para hacer lo que hacían.

Pero volvamos a América: presos de un gran desconcierto y, también, de una cierta depresión, los electores norteamericanos trataron de arrumbar a Bush y todo lo que representaba y en la primera ocasión que se les presentó, como ya se ha contado en esta revista mucho mejor de lo que yo lo pudiera hacer por quien estuvo allí ese preciso día, encumbraron a Barack Obama: un nuevo estilo, nuevo liderazgo, que va a cambiar las cosas –*yes, we can*–, en fin, un cierto revival de juventud, osadía, confianza en sí mismo y pose de seductor que tampoco parece tener las ideas muy claras pero que, desde luego, parece lo contrario de lo que era el anterior Presidente.

¿Y qué ha hecho Obama? Pues, a la vista de lo que hay y de los aparentes motivos del electorado para escogerlo a él, ha empezado a aplicar en los Estados Unidos, setenta años después, las políticas que en otras circunstancias, otro contexto y con otras motivaciones aplicaron los go-

Obama ha empezado a aplicar en EE.UU., setenta años después, las políticas que en otras circunstancias, otro contexto y con otras motivaciones aplicaron los gobernantes europeos

bernantes europeos para tratar de sacar adelante sin excesivas convulsiones a sus países. Por supuesto que le acusan en su país de socialista, o de comunista (dos de los peores insultos que se pueden profirir contra un político en América), y los que le defienden, simétricamente, apuntan a su carácter cuasi mesiánico, visionario, futurista, irreductible a esquemas preconcebidos (tampoco hay que ir muy lejos, desde luego, para oír loas así del dirigente de turno, dicho sea esto con el máximo respeto a todo y a todos). Pero lo cierto es que Obama no está inventando nada, sino que está tratando de torear como puede la que se le ha venido encima, y está aplicando recetas de equilibrio (anestesia) social muy viejas, que han dado buenos resultados en otros organismos nacionales, pero que en el cuerpo social norteamericano no se sabe los efectos que van a tener.



América no se ha hecho socialista con Obama, desde luego, ni socialdemócrata, ni nada por el estilo. América está confusa, porque su cuerpo social, dirigido por una élite extraordinariamente bien formada y cualificada que se las ha bastado y sobrado hasta ahora para fabricar ideología y mandar en el país, no percibe mensajes claros, ni sabe bien cómo cohnestar lo que ha aprendido sobre el sueño americano, con la mano en el corazón, con el desastre de país que está empezando a vislumbrar. Porque no nos engañemos: en los Estados Unidos la justicia es bastante peor –mucho peor, me atrevo a decir– que en España, la sanidad es magnífica para unos pocos pero una calamidad para muchos, la educación, salvo en el nivel superior y en razón de las estrictas necesidades de formación de élites que el sistema ha requerido hasta ahora, está bastante por debajo del *stan-*

ard cultural de un programa televisivo del corazón español los viernes por la noche. Las fábricas de sueños, la música, la literatura, todo lo que los Estados Unidos nos da diariamente y que conforma nuestra manera de pensar y, sobre todo, de sentir, se asentaba sobre la base de que quien nos lo daba estaba convencido de que era lo mejor, cuando no lo único. Y América, ahora, está empezando a darse cuenta de que todo acaba, de que no son mejores, de que no siempre la peli acaba bien, y que las ideas valen cuando sirven para retratar realidades, pero no para enmascararlas ni adulterarlas. Igual hasta tenía razón Marx cuando decía que la conciencia individual suele ser reflejo del ser social o material. Lo mismo pasa con las naciones. Posiblemente asistamos en los próximos años a un lento pero inevitable declive de los Estados Unidos como superpotencia cultural, en el sentido de nación que genera entusiasmo, que conquista no con las armas sino con la seducción. Al tiempo, no hay más que leer a Gibbon (“*Decline and Fall of the Roman Empire*”) para ver que la historia suele tener un repertorio limitado de variantes. Y no es por comparar una cosa con otra, pues los Estados Unidos no parecen habernos dejado –*rock’n roll* aparte– nada que vaya a sobrevivir tanto como los tres mil años que llevamos de civilización y legado de Roma.

He dicho antes, más o menos, que el Presidente Bush actuó como un demente errático en la invasión iraquí. Lo repito. Pero, nobleza obliga, también he dicho que sus principales comparsas, Blair y

Aznar, no merecen un juicio tan desfavorable, porque tenían motivaciones sólidas para actuar como actuaron. Y pienso sinceramente que es así. Blair no podía aceptar que Gran Bretaña se plegase al dictado francés o alemán en su oposición a los Estados Unidos, porque Gran Bretaña es Europa *ma non troppo*. Es más, sin el *placet* de Inglaterra quizás Estados Unidos no hubiese invadido Irak. Algo así como el hijo impetuoso que mira de soslayo a papá, a ver si le aprueba sus travesuras. Y en cuanto a Aznar, tenía sus motivos para actuar como lo hizo, se compartan o no –que no–. Porque en la tesitura de situar a España en la órbita europea, central y mediterránea, sí pero no, dubitativa, pactista e indecisa (la Vieja Europa de Cheney) o escuchar la voz atlántica que una vez hizo grande a España en su aventura americana, Aznar optó por esto último, que aunque no se comparta por quien escribe, constituía un móvil apreciable. Para qué seguir si sabemos cómo acabó todo. Pero aunque resulte cínico decirlo, no creo que podamos ni debemos juzgar a Blair y a Aznar con el mismo rasero que a Bush, porque él no sabía lo que hacía, ni le importaba, ni a los americanos parece que tampoco les importase mucho en el primer momento, con tal de devolver el golpe, pero los dos dirigentes europeos sí sabían lo que hacían y seguramente actuaron guiados por lo que consideraban entonces mejor para sus naciones.

Y es que el criterio cínico, utilitarista y maquiavélico con que muchas veces han de ser juzgados los dirigentes europeos, no siempre es válido para juzgar a los gobernantes americanos. Ellos creen lo que están haciendo, y, sí, saben engañar para conseguir sus objetivos, pero en última instancia, cuando no saben exactamente cómo justificar lo que hacen, encuentran siempre un trasfondo religioso para su acción, porque incluso en su escudo nacional figura una referencia a la fe en Dios. Y malamente van a afrontar los Estados Unidos los retos organizativos y de reestructuración social que indudablemente necesitan para sobrevivir armados tan sólo de la fe.

Hasta aquí un trazo apresurado de lo que ha sucedido, de cómo ve el autor de estas líneas a América. No parece que vaya a

Malamente va a afrontar EE.UU. los retos organizativos y de reestructuración social que indudablemente necesitan para sobrevivir armados tan sólo de la fe



Los líderes de Brasil, Rusia, China y La India, reunidos este verano en Ekaterimburgo.

“El mundo islámico debe encontrar todavía un equilibrio entre la religión y el Estado antes de convertirse en foco de atracción con la suficiente masa crítica como para servir de referente”

seguir siendo el faro ni el modelo en las próximas décadas. Porque para liderar el mundo hay que creer en lo que se está haciendo, y quien está poniendo a prueba y en duda su propia consistencia espiritual y está chequeando sus entretelas ideológicas mal puede seducir y engatusar al mundo. Estados Unidos no puede ser el líder mundial del igualitarismo, de la socialdemocracia, de la solidaridad internacional (por más que sí hayan sido siempre los Estados Unidos un país muy solidario con quienes los americanos perciben que se hallan en apuros y requieren su ayuda). Como España seguramente no vaya a ser en los próximos años el líder mundial de la nanotecnología o de la carrera espacial, dicho sea desde el más profundo e incondicional amor a la única Patria que uno tiene, pero sin que ello autorice a cerrar los ojos a la realidad. Entre el original y las copias, siempre vale más el original y Estados Unidos sabe mucho de aventura, acción, riesgo, lucha, innovación, pero poco de templanza, cinismo, pausa, ocultación y pacto. Ahí Europa gana por goleada.

Pero el mundo sigue dando vueltas. ¿Va a ocupar alguien el papel de nación líder mundial? Es cuestión de repasar a los candidatos.

4. LOS NUEVOS AMOS DEL MUNDO

No es que sea muy edificante el recorrido por los posibles candidatos a servir de referencia al mundo en las próximas déca-

das (si es que el aventurado pronóstico de la decadencia americana se cumple) pero nada se pierde por intentarlo.

Es tópico hablar de China como potencia del futuro: su peso demográfico se verá pronto acompañado de idéntica ponderación en el plano militar, económico y político, y con tales mimbres el nuevo líder mundial ya está prefigurado. Pues bien, posiblemente nada de eso sea así. China es un país con un capitalismo salvaje revestido de una superestructura estatal heredada del comunismo, totalitaria y antidemocrática, que no es capaz de percibir las necesidades ni la situación de su pueblo. China no tiene una ideología o un sistema propio que pueda exportar o vender en ningún sitio: la ideología que formalmente asume su Estado nació en el siglo XIX en Tréveris y en el British Museum, y ha iniciado un imparable declive como legitimadora de un sistema político desde hace más de veinte años. Bastante tiene China con gestionar su propia crisis de crecimiento. Además, ese país tiene muchos idiomas, muchas etnias, hay tensiones raciales, la inmensa mayoría de la población está explotada y, sobre todo, ¿quién se siente irresistiblemente atraído por el modo de vida chino? ¿Quién pagaría lo que fuese por conseguir un pasaporte chino e irse a vivir allí el sueño chino? Nadie en sus cabales. Con eso está todo dicho. Si no implosiona en los próximos años, China tendrá bastante con reajustarse internamente y no romperse social y territorialmente.

La India se apunta a veces como candidato a convertirse en nuevo polo de gravitación o eje central del mundo. Lo cierto es que, país dinámico e inmenso, pero fracturado por infinitas heridas internas, ideológicamente la India tiene para ofrecer al mundo lo mismo, casi, casi, que cualquier barrio de Londres, desde el punto de vista de impulsos culturales. Y no se tome ésto en el mal sentido, porque la India es un inmenso país en todos los sentidos, pero no es una civilización, ni una religión. Y, en todo caso, su aportación cultural no es diferente de la británica, que la impregna. Incluso seguramente los restaurantes hindús de Londres superen a los de Bombay en calidad. Y perdón por la simplificación, pero hay que abreviar y además se entiende.

Rusia tuvo su oportunidad, y —encarnada en la Unión Soviética— fue faro y referente para medio mundo durante más de medio siglo. Pero las oportunidades pasan sólo una vez, y aquello pasó. Rusia será posiblemente en el futuro un gran país y una potencia media, con clientes en el tercer mundo, pero sin mensaje ni poder de atracción global. Una vez cité en estas páginas “El pasado de una ilusión”, de Furet. Si alguien, por azar o por lo que sea, lo tiene a mano, debiera leerlo y acordarse de lo que entonces comentaba acerca del sinsentido del Siglo XX en Rusia, que no ha servido para definir su papel en el mundo.

Llegamos al Islam, nueva amenaza global, precisamente porque no hablamos

de un país, sino —aparentemente— de una cosmovisión, una semi-civilización de impronta religiosa que, ciertamente, asusta, pero que, considerada en su justa medida, parece incapaz de seducir ni siquiera a quienes han vivido centenares de años bajo ese manto ideológico, que en cuanto pueden o adquieren conciencia cívica y social vienen para acá o tratan de parecerse a los de aquí. El Islam tiene, o podría tener, mejor, el atractivo propio de lo absoluto, que no admite términos medios: Islam significa “sumisión”. Lleva miles de años el hombre, como Prometeo, tratando de arrebatarse el fuego a los dioses para quedárselo él, y no parece que una religión que pone la sumisión a Dios como guía, la muerte como suprema aspiración, el otro mundo como referente vital, la dominación de la mitad de la población por la otra mitad basándose en el sexo, esté en condiciones de erigirse como pauta vital para el mundo. De hecho, el carácter absoluto del Islam, que no permite que entre Dios y el hombre haya intermediarios que dulcifiquen un poco las rígidas reglas reveladas por Alá, su carácter omnicomprensivo, que hace que sea el Corán el que nos dice cómo fundar una sociedad anónima, casarse, castigar a un delincuente, abrir una cuenta de crédito u organizar una empresa de televisión por cable, es lo que hace, a mi juicio, que el mundo islámico deba encontrar todavía un equilibrio entre la religión y el Estado, Dios y la sociedad, la creencia y la ideología, lo público y lo privado, antes de convertirse en foco de

atracción o seducción con la suficiente masa crítica como para servir de modelo o referente. Occidente atravesó guerras de religión, enfrentamientos entre el Papado y el Estado, y tras mucha sangre y muchas revoluciones y contrarrevoluciones la Iglesia y el Estado tienen su papel respectivo, sus enfrentamientos dialécticos, su juego de poderes. Pero no tienen nada que ver en este punto el Cristianismo (que, aun sin ponerlo en práctica en todos los casos y con notables y tristes excepciones, muy cercanas en algún caso, supo desde el primer momento que Dios y el César debían convivir y respetarse) y el Islam, que quiere ser al tiempo Dios y el César, y en una sociedad moderna eso es un freno y un lastre al desarrollo humano y al dinamismo social.

Nos queda Europa. Europa, que no tiene por qué ser una identidad territorial o geográfica, que no tiene por qué excluir a América en cuanto América quiera ser europea. Europa, que políticamente está tan desunida, o casi, como siempre, ha adquirido sin embargo en las últimas décadas una cierta conciencia de lo compartido, de su pequeñez frente a otras naciones u organizaciones, y, seguramente, del inmenso valor del patrimonio moral, histórico y político que atesora. Y no sólo en forma de vinos, quesos, catedrales o músicos, sino también de fracasos, tragedias y errores. Y con todo eso a cuestas, Europa, que ha ido sorteando asechanzas, invasiones, mestizajes y asaltos

sin perder nunca su esencia y sin dejar de admirar al resto del mundo, y, por qué no, de suscitar una cierta envidia, quizás sea la unidad política llamada a liderar el mundo en las décadas que se avecinan. Sin poderío militar, con perspectivas divergentes en algunos casos, con distintas lenguas, con problemas internos en muchos de sus países, muy probablemente Europa deba resignarse y, como en aquellas circunstancias guerreras antes relacionadas en que hubo de defenderse, asumir un cierto liderazgo moral en el mundo, no imponiendo nada, sino mostrando el valor de lo conseguido hasta ahora, que parece poco pero es mucho: la conciencia de no tener razón siempre de forma necesaria, pero sabiendo negársela al que quiere imponer por la fuerza la suya; situando al hombre en el centro del mundo, sin despreciar ni arrumbar a los hombres que creen que debemos confiar nuestro destino a Dios, pero cuidando de no fiar a Dios la solución de ninguno de nuestros problemas sociales o terrenales, que si algo ha dicho Dios alguna vez es que la acuñación de moneda y la gestión de las cosas mundanas es negociado exclusivamente terrenal. En fin, por acabar, si Europa (a Dios rogando y con el mazo dando) quiere o se ve en la situación de liderar al mundo de nuevo, muy probablemente tenga que resignarse a tener más fuerza bruta, y que me disculpen los militares (si alguno lee esto) cuando al decir fuerza bruta me quiero referir a poderío militar. Es un modo de hablar, ya lo dije antes: nadie es perfecto. ■

Europa ha adquirido una cierta conciencia de lo compartido, de su pequeñez frente a otras naciones u organizaciones y del inmenso valor del patrimonio moral, histórico y político que atesora



Comentario de la película “Veredicto Final” EL CINE EN LA FORMACIÓN DEL JURISTA

Ignacio del Cuvillo Contreras | Abogado del Estado

Son muchísimas las personas que ven cine en salas de exhibición, televisores, reproductores de DVD, ordenadores personales. De ellas hay bastantes que conocen algo de la industria, pero son muy pocos los que realmente saben de cine. Los españoles de las generaciones que van de los años 20 a los 50 somos un caso especial. Nacimos en los años de oro de Hollywood, cuando el cine no había cedido al empuje de la TV y era una de las pocas diversiones de que disponíamos los domingos por la tarde.

La televisión no empezó a verse con regularidad en Madrid hasta finales de los 50 y en toda España hasta mediados de los 60. Un español medio había visto al comenzar la era de la “tele” alrededor de 1000 películas, lo que supone un acervo cinematográfico importante. Muchos de nosotros, tras la época de las oposiciones y primeros años de formación de familia, hemos vuelto al vicio de la pantalla.

El cine es a la vez medio de diversión y de cultura. Sin embargo, fue mal apreciado durante años por muchos intelectuales, que lo consideraban vulgar al lado de la literatura (salvemos al maestro Azorín, espectador impenitente, que hizo sus pinitos en el mundo de la crítica). También ha sido ignorado, como medio auxiliar de enseñanza, por las Universidades, en cuyas cátedras dominaba la expresión oral del profesor y la lectura de libros. En los Colegios Mayores se organizaban a veces cine-clubs. Solo en época muy reciente ha llegado el cine a algunas aulas de centros universitarios de nueva creación.

Centrándonos en nuestro mundo, el Derecho, se puede afirmar sin exageración que el cine podría tener un papel notable en la formación del jurista. Somos hombres de leyes, expertos en la interpretación y aplicación de las normas, pero olvidamos con frecuencia que éstas no son abstractas sino que ordenan conductas individuales y sociales que integran los llamados *hechos* del proceso judicial.

Cuanto mayor sea el conocimiento que el jurista tenga de las conductas humanas y de las ciencias y técnicas aplicables, en mejores condiciones estará para aplicar el derecho a los hechos. Muy poco podemos conocer por experiencia personal, dada nuestra limitación biológica y porque nos movemos en un ancho mundo con personas de diferentes culturas y con nuevas técnicas que se desarrollan a velocidad increíble. De ahí la importancia que siempre ha tenido hablar con los expertos, leer libros y periódicos, ver teatro

y cine, oír radio y ver televisión, y, hoy día, navegar por Internet.

El cine ha sido, y es, un recurso de primera fila para conocer personas, lugares y épocas. Su capacidad de reproducción ha sido asombrosa, desde aquel cine primitivo de Griffiths, que nos acercó a la historia universal y a la de Estados Unidos, al moderno de Spielberg, que usa técnicas informáticas para dejarnos ver mundos y criaturas que sólo habíamos imaginado.

Entre los distintos géneros de cine, figura el jurídico o legal, especialmente cultivado por la industria norteamericana. Todo lo que rodea la ley es particularmente apreciado en un país que disfruta desde sus orígenes de una constitución que ampara los derechos individuales y las libertades, entre ellas la libertad de expresión, como uno de los grandes pilares de la convivencia, con el consiguiente desarrollo y popularidad del sistema judicial de protección y defensa. Recordemos en el cine del Oeste (el *Western*) esas tierras de reciente colonización, invadidas por bandidos y delincuentes, donde en seguida aparece un individuo encargado de su persecución y captura (el *sheriff* o *marshall*) y otro, generalmente abogado o al menos culto, que asume la función de juzgador y sancionador de los culpables, aplicando una ley autodefinida por las necesidades del lugar y del momento, hasta que se organizan definitivamente los pueblos, ciudades, condados y estados.

El cine jurídico debería ser, en mi opinión de visión casi obligada en las Facultades

“Todo lo que rodea la ley es particularmente apreciado en EE.UU., que disfruta desde sus orígenes de una constitución que ampara los derechos individuales y las libertades”



Fotograma de la película "Verdicto Final".

y Escuelas de Derecho, aunque en un 95% de los casos sea de factura estadounidense, pero los abogados somos muy localistas. Bastantes se opondrían alegando que el cine jurídico se suele basar en sistemas de derecho ajenos al nuestro y puede confundir al estudiante y también al profesional. Una opinión tal no se sostendría en estos tiempos en que aconsejamos a clientes que hacen negocios en las cinco partes del mundo y que pueden estar sujetos a las leyes de casi doscientos países. Por otra parte, las técnicas de expresión son comunes a todos los abogados y la forma de aplicar el derecho tiene grandes coincidencias en todas partes. Varían algo más los procedimientos.

No obstante, para que el cine jurídico sea eficaz como medio de aprendizaje, se requiere una manera distinta de abordarlo nada pasiva. No se trata simplemente de entretenerse. Ni se trata de recrearse en los detalles de la técnica: el uso atemperado de las cámaras, la exactitud y rigor de la interpretación, la mano firme del director, la lógica del guión, la adecuación de la banda sonora o la fluidez del lenguaje cinematográfico. Todo eso ayuda, porque, bien aplicado, permite conseguir una buena película, y las buenas obras se ven con más facilidad y agrado que las malas. De lo que se trata es de concentrarse en la trama, en los diálogos y en las expresiones y actitudes de los actores.

Este trabajo no tiene otro objeto que despertar el interés de los lectores de esta Revista por el cine jurídico y la mejor manera de empezar es invitarlos a ver

o volver a ver, algunas de las muchas y buenas películas que se han producido, centradas en temas jurídicos, como son, *Vencedores o Vencidos*, *Matar un Ruiseñor*, *Doce Hombres sin Piedad*, *Anatomías de un Asesinato*, *Mi primo Vinny* (curioso ejemplo de humor legal) o *Verdicto Final*. Y para el comentario he elegido ésta.

Verdicto Final se estrenó en 1982, fue dirigida por Sydney Lumet también director de *Doce Hombres sin Piedad*, película básica para conocer el funcionamiento interno de un jurado. El guión es del también director David Mamet, sobre una novela de Barry Reed, abogado de Boston y escritor de varios libros de ambiente jurídico. Los principales actores son Paul Newman (en el papel del abogado Frank Galvin), Charlotte Rampling (la ex abogada Laura Fischer), Jack Warden (el abogado Mickey Morrissey) y James Mason (el abogado Concannon).

Para que el cine jurídico sea eficaz como medio de aprendizaje se requiere una manera de abordarlo nada pasiva; hay que concentrarse en la trama, los diálogos y los actores

En síntesis, el guión presenta a Frank Galvin, abogado fracasado, que sólo se dedica a beber y a buscar asuntos como sea, por ejemplo asistiendo a funerales de víctimas de accidentes para ofrecer sus servicios. Su antiguo socio, Mickey Morrissey, le cede un asunto que puede ser provechoso, una demanda por negligencia profesional en la que las dos partes desean una transacción prejudicial sobre la indemnización. Galvin, tras las primeras indagaciones y conocer a la víctima, llega a la conclusión de que el caso debe ir a juicio para castigar a los culpables, conseguir una solución satisfactoria para sus clientes y recuperar su autoestima como abogado. Con eso se enfrenta a todos, a su socio, a los parientes de la víctima, a la entidad demandada e incluso al juez.

Verdicto Final plantea un tema básico de ética profesional, que afecta al abogado protagonista, a su colega y contrincante y al juez, y dos temas accesorios, la transacción y el funcionamiento de los grandes despachos.

Pocas películas plantean situaciones auténticamente reales. En dos horas hay que encajar un guión que plantee y desarrolle la historia y aborde el desenlace. Y éste, normalmente, puesto que una película es un producto a vender, tiende al llamado *final feliz*. Además, los personajes muchas veces son simbólicos o exagerados, pensando en el efecto sobre el espectador. El cine es una industria, la película el producto y los espectadores los consumidores.

Conforme a la ética de la profesión jurídica, en todas sus variantes y simplificando mucho, los actos del jurista se mueven entre dos polos: la realización de la justicia y la prestación de servicios a cambio de una remuneración. La clave de un comportamiento ético consiste en encontrar el lugar justo entre ambos polos.

En *Veredicto Final* se nos presentan tres personajes significativos a analizar: el juez Hoyle y los abogados Concannon y Galvin.

El juez Hoyle no es evidentemente un juez normal. Ha llegado al cargo después de una oscura vida de abogado. Como juez se encuentra mejor retribuido y realizado, con mayor autoestima, lo que le lleva a veces al abuso de poder. El concepto que tiene de su función, que debería ser la plena realización de la justicia, es el de resolver los asuntos lo antes posible y sin problemas, apoyando transacciones y componendas y avasallando a los abogados modestos que se le oponen. Véase una muestra de diálogo entre el juez Hoyle y los abogados, que habla por sí misma:

Juez Hoyle (a Galvin): *Los tratos siempre se hacen con rapidez cuando las dos partes quieren llegar a un acuerdo. ¿Han intentado ustedes arreglar el asunto? Porque eso le ahorraría mucho tiempo y trabajo al Estado.*

Galvin: *Es un caso muy complicado, señorita.*

Juez Hoyle: *Seguro que lo es, pero le diré algo, si es tan complicado ¿cómo piensa hacérselo entender al jurado? ¿Ve por dónde voy? Vamos a discutirlo. ¿Qué aceptarían usted y su cliente en este momento por salir de aquí y retirar la demanda?*

Galvin: *Mi cliente no puede andar.*

Juez Hoyle: *Sé muy bien que no puede andar, Frank. Solo intento ayudarte.*

Concannon: *La demandada ha ofrecido 210.000 dólares. Los médicos no quieren un acuerdo, quieren que el caso se*

resuelva en juicio, quieren quedar libres de culpa y yo les apoyo, pero ahora mismo la oferta está en pie, antes de que se haga público que habrá juicio. Sólo por eso, pero cuando yo salga por esa puerta, quedará anulada. Espero que le quede claro, Galvin. Tiene que ser así.

Galvin: *Vamos a juicio.*

Juez Hoyle: *¿Eso es todo? Vamos, amigos, la vida es muy corta. Díganme si se están echando un farol o si realmente van en serio. Frank, no sé si debería decirlo pero acabo de oír una oferta de 210.000*



Conforme a la ética de la profesión jurídica, los actos del jurista se mueven entre dos polos: la realización de la justicia y la prestación de servicios a cambio de una remuneración

dólares. Eso es mucho dinero. Y si me permite decirlo, no tiene usted un gran currículum.

Galvin: *Las cosas cambian.*

Juez Hoyle: *Eso es cierto. A veces cambian y a veces no. Recuerdo cuando lo inhabilitaron...*

Galvin: *No lo hicieron, retiraron los cargos.*

Juez Hoyle: *Parece lógico pensar que, si uno intentara reincorporarse, aceptaría el acuerdo para hacerse una buena reputación. Yo mismo lo aceptaría y saldría*

corriendo como si un ladrón.

Galvin: *Estoy seguro.*

Juez Hoyle: *¡Bien! Fijo la fecha del juicio para el próximo jueves.*

La transacción que nos muestra *Veredicto Final* no es un ejemplo de ética en la resolución de un conflicto. Mediante el abono de una fuerte indemnización, los responsables tratan de evadir la acción de la justicia, el juez pretende librarse de un pleito enojoso, los abogados buscan altos honorarios (aplicando el sistema de *quota litis*) y los parientes de la víctima un lucro personal. Todos satisfechos. Pero esta transacción concreta nos debe llevar a una reflexión general sobre la transacción como medio fundamental de resolución de los conflictos.

Concannon es el prototipo del abogado triunfador, director de un lujoso despacho colectivo, cuyo objetivo es

ganar cada vez más asuntos. Lo vemos en la película preparar el juicio con su equipo de jóvenes asociados. El escenario es una gran sala que parece una mezcla de biblioteca antigua y aula de moderna escuela de derecho. Concannon, a medida que expone sus planes para defender los intereses de su cliente, hace comentarios humorísticos que los asociados subrayan con sonrisas nerviosas, nacidas del respeto y el temor.

Concannon usaba cualquier medio posible en interés de sus clientes. Colocó junto a Galvin a una espía que le informara de sus planes, Laura Fischer, una atractiva asociada, interpretada por Charlotte Rampling. En una escena recibe una pequeña lección sobre los problemas de un gran despacho:

Ed Concannon: *Sé cómo te sientes. No me creerás pero lo sé, y voy a decirte algo que aprendí cuando tenía tu edad. Llevé un caso y el jefe me preguntó que cómo lo había hecho, y le contesté que lo mejor posible, y me replicó que no me pagaban para hacerlo lo mejor posible sino para ganar. Eso es lo que hace que se pueda*

pagar el despacho, la clase de ejercicio profesional que hacemos, incluido el turno de oficio, mis whiskys, tus trajes, el tiempo que dedicamos a charlas filosóficas, como esta noche... Nos pagan para que ganemos los casos... Tu matrimonio ha terminado y me dices que quieres ejercer otra vez. ¿De verdad quieres volver a este mundo? Pues bienvenida.

Concannon es, desde luego, un personaje exagerado. Sin embargo, pone de manifiesto la realidad de que para algunos abogados el ejercicio profesional consiste solamente en ganar los casos, porque ganar representa dinero. Los clientes se lo echan en cara a Galvin: “*todos ustedes son iguales, sólo les importa el dinero*”.

Esta acusación general no es justa. También los interesados persiguen ganar dinero y recurren al pleito para conseguirlo utilizando al abogado, cuyos honorarios son la retribución de sus servicios, que es justa siempre que la ética profesional esté presente.

Por otra parte, el tema del gran despacho colectivo es digno de meditación. Un despacho como el de Concannon está lejos de la realidad española y europea, si bien ésta pueda merecer en algunos casos leves matices de crítica.

En cuanto al personaje principal, Frank Galvin, está dispuesto, cuando se hace cargo del caso, a aceptar una cantidad para evitar un pleito en que la parte contraria estaba defendida por un despacho de prestigio, pero, después de haber visto la penosa situación en que su cliente se encuentra, decide afrontar un juicio por medio del cual se pueda obtener la indemnización procedente y resulte públicamente reconocida la culpabilidad y responsabilidad de los imputados. El siguiente diálogo tiene lugar entre Galvin y Brophy, representante este de la entidad propietaria del hospital, que ofrece 210.000 dólares para llegar a una transacción.

Galvin: *¿Cómo han llegado a esta cifra de 210.000?*

Brophy: *Nos pareció justa.*

Galvin: *¿De verdad?*

Brophy: *Sí.*

Galvin: *Me sorprende lo bien que esta cifra se divide por tres. Significa que me corresponde 70.000.*

Brophy: *Fue la recomendación de nuestra compañía de seguros.*

Galvin: *Supongo.*

Brophy: *Nadie puede curar a esa mujer.*

Galvin: *Y nadie sabrá la verdad.*



Desde una óptica cervantina, el personaje se mueve desde el rústico pragmatismo de Sancho al idealismo enfervorizado de Don Quijote

Brophy: *¿Cuál es la verdad?*

Galvin: *Que esa pobre chica se puso en manos de dos hombres que le quitaron la vida. Está en coma. Ya no tiene vida. No tiene hogar ni familia. Está atada a una máquina. No tiene amigos. Y a la gente que debería cuidarla, a sus médicos, a usted y a mí, nos han comprado para que hagamos la vista gorda. He venido a llevarme su dinero. Les he traído fotos para poder llevarme su dinero, pero no puedo, no puedo aceptarlo, porque si lo acepto estoy perdido. No sería más que un rico capacleitos. No puedo aceptarlo.*

El alegato final de Galvin ante el juez y el jurado revelan la transformación de un abogado, cuyo comportamiento ha evolucionado desde el de un profesional fracasado, deseoso de cualquier arreglo que le de alguna ganancia al de un celoso defensor de la justicia que en tal sentido se dirige al jurado, incluso invocando a Dios, y a riesgo de perder el caso, frente a un abogado sin escrúpulos y un juez medio corrupto. El alegato se puede ver y escuchar en inglés en Internet (<http://www.americanrhetoric.com/MovieSpeeches/movie-speechtheverdict.html>).

Juez Hoyle: *Sr. Galvin, sus conclusiones.*

Galvin: *Bien... hemos perdido tanto tiempo... por eso... por favor Señor, dínos lo que está bien; dínos cuál es la verdad... que no hay justicia. Los ricos ganan, los pobres están indefensos. Nos cansamos de oír mentiras. Y, poco a poco, nos vamos muriendo. Pensamos*

que somos víctimas... y nos convertimos en víctimas. Nos hacemos débiles, dudamos de nosotros, de nuestras creencias, de nuestras instituciones... y dudamos de la ley.

Pero hoy ustedes son la ley, no lo son los libros, ni los abogados, ni la estatua de mármol que adorna la sala, ni los procedimientos judiciales. Esos son los símbolos de nuestro deseo de ser justos. Son en realidad una oración, una ferviente y temblorosa oración.

En mi religión, se dice: “Actúa como si tuvieras fe; y la fe te será dada”.

Si queremos tener fe en la justicia, sólo necesitamos creer en nosotros mismos y actuar con justicia. Y yo creo que hay justicia en nuestros corazones.

En una óptica cervantina, el personaje se ha movido desde el rústico pragmatismo de Sancho al idealismo enfervorizado de Don Quijote. En estos tiempos, el alegato anterior resulta hasta sorprendente.

La respuesta del jurado queda omitida para no estropearos la película a los que no la hayáis visto o hayáis olvidado los detalles. ■



De la ausencia de un texto legal específico para aeropuertos surge la necesidad de recopilar toda esa normativa

» En primera persona



Almudena Salvadores García

Jefa de la división de Asesoría Jurídica de Operaciones y Servicios de Aena

Abogada desde 1985, Almudena Salvadores ingreso en el OAAN en 1989 en la Consejería Técnica y, cuando se creó Aena, pasó a la Asesoría Jurídica. En la actualidad, su trabajo de asesoramiento en la Secretaría General Técnica está enfocado especialmente a Operaciones y Servicios de Aeropuertos. Desde el año 2001, es miembro de la Oficina Central de Protección de Datos de Aena y, desde 1995, participa como ponente en diversos másteres y cursos relacionados con el transporte aéreo.

Legislación aeroportuaria básica

Almudena Salvadores García | Jefa de la división de Asesoría Jurídica de Operaciones y Servicios de Aena | Cuadernos Aena

El objetivo de la obra “Legislación aeroportuaria básica” es cubrir la laguna, hasta ahora existente, de codificar en un solo volumen las normas más importantes que regulan los aeropuertos, para así facilitar la tarea a los profesionales del sector, ya sean jurídicos o técnicos.

Esta labor resulta especialmente compleja debido a la gran dispersión normativa existente, ocasionando con ello a los legos en la materia serias dificultades para conocer la legislación vigente en cada momento.

La obra está dividida en dos partes. En la primera se recopila la legislación de carácter general aplicable a los aeropuertos civiles, constando a su vez de dos apartados diferentes, atendiendo al ámbito estatal o autonómico de la legislación.

La segunda parte está dividida en trece capítulos en función de la materia y, entre otros aspectos, se recoge la legislación aplicable en asistencia en tierra (handling), asignación de franjas horarias (slot), tasas aeroportuarias, responsabilidad patrimonial, seguridad aeroportuaria, medio ambiente etc.

Se ha dejado al margen, de forma consciente por la autora, la legislación aplicable a aeropuertos concretos y determinados, como por ejemplo, sus planes directores, comisiones de seguimiento ambiental, servidumbres, estudios de impacto ambiental, etc. para evitar hacer demasiado extenso este volumen y que serán objeto de una segunda obra.

Pregunta. ¿Cómo surge la idea de escribir este libro?

Respuesta. Cuando empecé a trabajar en el OAAN, en el 89, me sorprendió

la ausencia de un texto legal específico para aeropuertos al igual que existe en otro tipo de infraestructuras o actividades, como puertos, que tienen una ley que intenta abarcar la regulación y el régimen jurídico general, así que siempre he tenido en la cabeza la necesidad de recopilar toda esa normativa que se aplica en los aeropuertos. Ahora, he tenido la ocasión de hacerlo y considero que el resultado puede ser muy útil para otros profesionales.

P. ¿A quién va dirigido básicamente este volumen?

R. En general, a todos los profesionales del sector aéreo ya sean de empresas privadas o de instituciones públicas. Y creo que será de gran utilidad tanto para los abogados como para aquellos que no lo son pero que necesitan conocer todas las leyes que se aplican en materia aeroportuaria.

P. ¿Qué dificultades has encontrado en su elaboración?

R. La principal dificultad ha sido la dispersión normativa que hay en estos temas debido a la inexistencia de un texto único que regule de forma completa el mundo de los aeropuertos.

P. El título del libro se refiere a la legislación básica, ¿está preparada para ponerse a trabajar en una segunda parte?

R. Por supuesto que he tenido que dejar al margen la legislación sobre aeropuertos concretos en temas como planes directores, estudios de impacto ambiental, servidumbres, etc., que haría demasiado prolijo este volumen y que necesitarían ser objeto de una segunda obra. Y claro, me gustaría completar este trabajo. ■

La Administración reguladora y supervisora: Visión teórico-práctica

De José María Abad Licerias
y Fernando Irurzun Montoro | Dykinson

Bajo el título de “*La Administración reguladora y supervisora: visión teórico-práctica*”, la editorial Dykinson ha publicado una obra que pretende ofrecer una respuesta a la situación de falta de protagonismo que las denominadas como Administraciones independientes han tenido, hasta ahora, en el ámbito doctrinal.



El libro ofrece una doble perspectiva, académica y práctica, que permite profundizar en el conocimiento de los diferentes organismos reguladores y supervi-

sores, contando para ello con el análisis de profesores de Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Comillas (ICADE) y de relevantes Abogados del Estado destinados en esas instituciones.

El contenido del libro gira alrededor de dos partes claramente diferenciadas: una primera teórica, en donde se analizan diversos aspectos de las Administraciones independientes bajo un prisma doctrinal; y una segunda eminentemente práctica, a cargo de Abogados del Estado destinados en organismos reguladores y supervisores.

Con esa primera obra se inicia un proyecto editorial surgido del convenio de colaboración firmado entre la Asociación de Abogados del Estado e ICAE y cuyo objetivo es la creación de una Colección de Derecho Administrativo. El segundo libro, también escrito por profesores de ICAE y Abogados del Estado, y del que se dará cuenta en nuestra revista, será publicado en breve. ■

En estos últimos meses...



SE HA HECHO realidad el cobro de la subvención concedida a la Asociación por parte del Ministerio de Justicia. Desde aquí, gracias a todos los que lo han hecho posible, con especial mención a Juan Ramón Ginestal.



CON EL ÁNIMO de fortalecer las relaciones de nuestra Asociación con el resto de asociaciones integradas en Fedeca, nuestro Presidente se ha reunido con la Presidenta de la Asociación de Arquitectos del Estado. En esta misma línea, se ha invitado a comer a la Presidenta de Fedeca, M^a Luisa Cano de Santayana.



HA VISTO LA LUZ el primer manual elaborado conjuntamente por nuestra Asociación e ICAE, dedicado a los sectores regulados y bajo la coordinación del compañero Fernando Irurzun, dentro del Convenio de colaboración firmado entre la Asociación y la prestigiosa Universidad.



CON EL FIN de colaborar en todo lo posible con la Dirección en la mejora de nuestras condiciones de trabajo, la Asociación ha presentado un ambicioso proyecto para que se valore la posibilidad de que la evaluación de cargas de trabajo se haga por una empresa externa.



YA ESTÁ ACTIVA la nueva página web de la Asociación, con aires renovados y contenidos novedosos, como el área destinada a las oposiciones. Disculpas por las posibles molestias que su puesta en marcha haya podido acarrear.



HA VISITADO nuestra Asociación un Abogado del Estado procedente de Costa Rica, siguiendo la estela de apertura al exterior iniciada hace meses.



LA CAMPAÑA para la adquisición de polos con el escudo de la Asociación ha tenido una extraordinaria acogida; con más de 300 solicitudes no puede sino calificarse de éxito.



Anécdotas

Miguel Pardo González | Abogado del Estado

El trabajo de los Abogados del Estado destinados en Tribunales, especialmente si acuden a tantas vistas como quienes estamos destinados en los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid da para algo más que conocer el urbanismo, la extranjería o la inspección de trabajo. Hace ya mucho tiempo que es frecuente que las publicaciones jurídicas de distinto signo hagan referencia a ciertas cosas curiosas, graciosas incluso, en algunos casos, auténticamente hilarantes que ocurren en los Juzgados y Tribunales españoles. Creo que todos hemos leído alguna vez cosas de este tipo. Nuestra intención desde los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Madrid es que los lectores de la revista de la Asociación paséis hoy un buen rato con las distintas anécdotas y curiosidades que hemos ido recogiendo desde octubre del año pasado. Quiero agradecer a todos los compañeros que colaboran en Gran Vía 19 y a algunos otros que me habéis hecho llegar material el haber colaborado con nosotros.

Me gustaría comenzar con un supuesto ciertamente absurdo en el cual, tras la alegación del señor letrado, el Juez pregunta: “Oiga, si la mujer no ha salido de España en los últimos dos años, el actor nunca ha estado en España, y el hijo de ambos tiene un año; ¿Cómo tuvo el hijo?; ¿Por la UNED?”.

Ciertamente en algunos casos los intervinientes en los procesos parten de concepciones jurídicas un tanto peculiares. Veamos si no, ese letrado que en su escrito hacía referencia a una nueva y curiosa figura jurídica como es el silencio positivo negativo, o a aquel que invoca el principio *pro immigranti*. Qué decir de este otro comentario: “*La jurisdicción es improrrogable (artículo 9.6 de la ley orgánica del poder judicial). Por lo tanto, el señalamiento de la vista para el año 2012 es antijurídico*”.

No todos los argumentos son contrarios a la Administración, al menos en su apariencia. En escrito contestado por la Abogacía del Estado en diciembre del año pasado, el letrado mostraba su desacuerdo con el proceder de la Administración de una ma-

Una Juez, desesperada ante las reiteradas incomparecencias de un letrado, comenta harta con una procuradora señalando al estrado: ‘Yo lo que quiero es un muñeco ahí’

nera un tanto especial y sostenía que la consecuencia nefasta de ese ilícito proceder era que la administración inculca la Constitución. Todos mostramos nuestro acuerdo con él, aunque me temo que no era eso exactamente lo que quería decir.

También los Jueces, en algunas ocasiones, deben contestar con cierta dureza a aquellos argumentos que no les gustan. En marzo de 2009, en una vista y ante las insistentes protestas del abogado ante la decisión del Juez de no estimar las medidas cautelares Su Señoría dijo lo siguiente: “*Si no le gusta la justicia española, a lo mejor la peruana es más adecuada*”.

En otras ocasiones resulta realmente difícil que los señores letrados comparezcan a las vistas para las que han sido citados. En un juicio celebrado en marzo de este año, la Juez, desesperada ante las reiteradas incomparecencias y harta de decir que iba a dar traslado al Colegio de abogados de semejante actitud comentó con una procuradora que a ella le daba igual que estuviera o no estuviera el abogado designado para el caso, “*Yo lo que quiero es un muñeco ahí*”, dijo señalando el estrado.

No faltan, por otro lado, quienes exponen poderosos argumentos sobre la forma de luchar contra las infracciones administrativas en materia de extranjería. En un juicio celebrado en octubre de 2008 el letrado manifestó en alta voz que era incon-



cebible que en tiempos de crisis se dedicaran policías a vigilar incumplimientos en materia de extranjería.

En algunos casos, la situación llega a ser auténticamente exagerada. En una vista en la que estuve presente llegué a pasarlo mal. En un Juzgado de lo Contencioso Administrativo en concreto el Juez suele invitar a las partes a que concreten hechos, los hechos del caso. Y es bien conocido por todos los que celebramos vistas contenciosas en materia de extranjería que en la mayoría de las ocasiones los letrados, especialmente si son del turno de oficio y el asunto no tiene mayor complejidad, se limitan a remitirse a su demanda y a solicitar como prueba el expediente administrativo elevando sus conclusiones a definitivas (aunque no las hubo provisionales). Esto es lo que ocurría con el letrado que celebraba vista ese día quien, después de haber celebrado previamente con otros Juzgados, y siendo poco experto en esta jurisdicción, no estaba preparado para que le invitaran a puntualizar los hechos. Ante el primer requerimiento del Juez el letrado contestó, sin pensar, que el expediente administrativo. El juez, educadamente, le invitó nuevamente a exponer los hechos, ante lo cual el letrado elevó sus conclusiones a definitivas. De nuevo, el juez con una sonrisa torcida en la boca, le insistió en que lo que era preciso en ese momento era definir los hechos del caso, ante lo cual el letrado dijo que no lo consideraba

necesario. La sonrisa desapareció completamente de la boca del Juez quien, con una irritación contenida le volvió a pedir que concreta a los hechos. El letrado se puso nervioso y le dijo al juez que no sabía a qué se refería. El juez, presa de un ostensible enfado, le citó el precepto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en que se basaba para pedirle que concretará los hechos del caso. Ante lo cual el letrado, respondiendo con brillantez ante la tensa situación, tuvo una ocurrencia genial. Le propuso a Su Señoría lo siguiente: “*Yo le voy proponiendo hechos y usted me va diciendo si son hechos o no*”. En ese momento el Juez, próximo a perder los estribos y con un peligroso brillo en sus ojos, levantó la voz contundentemente y contestó al letrado: “*No señor*

“**Un letrado, considerando que la Administración no había obrado bien, manifestó que su actuación ‘no sólo es contraria a derecho, sino que va en contra de la Constitución’**”

letrado, esto no es una escuela de práctica jurídica”. Muy cierto.

Me gustaría terminar por esta vez con dos que nos causaron una sonrisa. En el primero, en un escrito de solicitud de medidas cautelares, el letrado comienza suavemente su argumentación. Poco a poco se va calentando. Se le ve cargado de razón. Después indignado y al final, auténticamente explosivo. Desvaría y, por último, confirma algo que ya veníamos sosteniendo en tono jocoso en la Abogacía del Estado. En efecto, tras exponer las distintas razones por las que su cliente tiene un gran arraigo en España, termina con una frase lapidaria: “*Por tanto, el extranjero presenta síntomas inequívocos de arraigo*”. Siempre habíamos sospechado que el arraigo era una enfermedad.

Finalmente, hay quien tiene su peculiar concepción de las fuentes del derecho. Todos sabemos que hay bastantes casos en los que la Administración no obra bien o se equivoca. Pues bien, en este caso concreto el señor letrado consideraba que había excedido incluso el límite que marca el ordenamiento jurídico ya que durante la vista le manifestó al Juez: “*Señoría, la actuación de la Administración no sólo es contraria a derecho, sino que va contra la Constitución*”, cosa que, como todo el mundo sabe, ocurre porque la Constitución no es derecho. ■



Visiones ^{de} España

Tras confirmarse como una de la exposiciones de mayor éxito en la historia del Museo del Prado de Madrid, la muestra antológica Joaquín Sorolla visita ahora Valencia

El Museo del Prado clausuró el pasado 13 de septiembre la exposición antológica *Joaquín Sorolla*, tras dieciséis semanas de apertura en las que ha registrado un total de casi 460.000 visitantes. La exposición permanecerá en Valencia hasta el 10 de enero de 2010. La muestra, comisariada por José Luis Díez y Javier Barón, jefe de Conservación y jefe de Departamento del siglo XIX del Museo, ha permitido al público disfrutar de más de un centenar de obras del artista en un recorrido que incluía todas sus obras maestras y aquellas que más fama le dieron.

Joaquín Sorolla (1863-1923) ha sido la primera gran exposición antológica que el Prado ha dedicado a este gran maestro del siglo XIX y la más importante celebrada tanto dentro como fuera de España, donde no ha habido ninguna exposición de estas características e importancia aunque sí otra gran muestra monográfica de carácter antológico que se celebró en 1963 en las salas del Casón del Buen Retiro, organizada entonces por el Ministerio de Educación y Ciencia. La exposición mostró por primera vez más de un centenar de pinturas de Sorolla, el pintor español de mayor proyección internacional de su tiempo y una de las figuras capitales de la historia del arte española, en un ambicioso recorrido sobre lo mejor de su producción que incluye los catorce paneles de la *Visión de España* pintados para la Hispanic Society of America traídos a España en el año 2007 por Bancaja, entidad patrocinadora de la muestra. Además de la colaboración de numerosas colecciones privadas e instituciones de todo el mundo, especial agradecimiento ha merecido la contribución del Museo Sorolla (Madrid) que aporta a la exposición un conjunto de catorce obras entre las que se incluyen varias de las más destacadas obras maestras del artista.

El recorrido de la exposición, fundamentalmente cronológico, se estructura en varios ámbitos que ponen de relieve la importancia que adquirieron las distintas temáticas en cada período de la carrera del artista. Por ejemplo, en un espacio se reúnen los cuadros de pintura social que le dieron su primera fama en las últimas décadas del siglo XIX. A continuación, un amplio conjunto de retratos y un desnudo ponen de manifiesto la profunda influencia de Velázquez en sus composiciones durante los primeros años del siglo XX. En otro ámbito se exhiben sus mejores escenas de playa, pintadas en 1908 y 1909. Debido a su particular significación y gran formato, los catorce paneles de las *Visiones de España* pintados para la Hispanic Society of America ocupan una sala completa de las cuatro en las que se presenta la exposición. Este espectacular conjunto constituye el más fastuoso proyecto decorativo de la fecundísima carrera Sorolla, además del verdadero epílogo y síntesis de toda su producción. La muestra concluye con la pintura de paisaje.

Ahora, la obra del pintor regresa a su Centro Cultural en la capital valenciana con la nueva exposición *Visión de España. Sorolla en las colecciones de la Hispanic Society of America y de Bancaja*. Esta muestra ofrecerá al público la posibilidad de volver a admirar los paneles regionales antes de su regreso a Nueva York, pero también suma el aliciente de disfrutar de obras nunca antes expuestas en Valencia tanto de la Colección Bancaja como de los fondos de la Hispanic. ■



15 Colegios reciben el I Premio de ED Vicente Ferrer

En el marco de la recepción ofrecida a la Cooperación Española por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, ha tenido lugar la entrega del I Premio Nacional de Educación para el Desarrollo Vicente Ferrer a los 15 centros educativos ganadores.

“No se puede justificar ni un minuto más que se puedan movilizar recursos financieros para salir de la crisis económica y que no se puedan movilizar estos recursos para dar una esperanza de dignidad y de vida a tantos seres humanos”

La entrega del I Premio de Educación para el Desarrollo Vicente Ferrer ha puesto el broche de oro a la Semana de la Cooperación, que ha tenido lugar del 7 al 14 de septiembre en España y en el exterior. En la ceremonia de entrega, participaron el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Miguel Ángel Moratinos, el Ministro de Educación, Ángel Gabilondo, la Secretaria de Estado de Cooperación Internacional, Soraya Rodríguez, la Directora de la AECID, Elena Madrazo, y Moncho Ferrer, hijo del cooperante Vicente Ferrer, a quien se ha dedicado el premio.

Miguel Ángel Moratinos afirmó que es injustificable que se puedan movilizar recursos para la crisis y no para el 0,7 por ciento de ayuda al desarrollo, y señaló que esto es algo obligatorio en los países que tienen la capacidad y la responsabilidad de movilizar los recursos financieros. “Muchos analistas dicen que es una utopía, señalan que cómo se va a lograr que este porcentaje se convierta en algo obligatorio. Sencillamente, a través de decisiones políticas, y no se puede justificar ni un minuto más que se puedan movilizar recursos financieros para salir

de la crisis económica y que no se puedan movilizar estos recursos para dar una esperanza de dignidad y de vida a tantos seres humanos”, indicó.

Por su parte, Ángel Gabilondo destacó durante la entrega de este premio que “la educación es la mejor política social (...), puesto que ninguna otra política tiene su capacidad transformadora”. El ministro de Educación también subrayó que los proyectos premiados son “proyectos destinados a construir un mundo más abierto, más solidario y más sensible, en definitiva, un mundo mejor; y para reconocer el trabajo necesario para que esto sea posible. Pero esto se sostiene sobre una hipótesis, y la hipótesis es que en el mundo hay mucha miseria, mucho dolor y mucho sufrimiento. Si esto no fuera así, éste sería un acto social de opulenta entidad burguesa que se reúne para congraciarse entre sí”, añadió.

El I Premio Nacional de Educación para el Desarrollo Vicente Ferrer, que concede la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID) y el Ministerio de Educación, ha sido entregado a 15 centros educativos: En mo-



Los representantes de los 15 proyectos premiados.

dadidad infantil, a los colegios “Arturo Kanpión” y “San Francisco” de Pamplona/Iruña (Navarra). En educación primaria, a los colegios “San Blas” de Valdeverdeja (Toledo) y “Sanchís Guarner” de Paterna (Valencia). En Educación Secundaria Obligatoria a los colegios “Virxe da Cela” de Monfero (A Coruña), IES “Isla Verde” de Algeciras (Cádiz), IES “Ortega y Gasset” de Madrid, “Nuestra Señora de Fátima” de Madrid, IES “Valentín Turienzo” de Colindres (Cantabria) y al IES “Realejos” de Santa Cruz de Tenerife (Canarias). En la categoría de Formación Profesional han sido premiados el IES “Lluisa Cura” de Barcelona, el IES “Enrique Flórez” de Burgos y el IES “Berenguer Dalmau” de Catarrosa (Valencia). En la modalidad de Bachillerato, el IES “Las Rozas” (Madrid) y el IES “Carlos Casares” de Viana do Bolo (Ourense).

El objeto es premiar experiencias educativas realizadas durante los sucesivos cursos académicos destinadas a sensibilizar, concienciar, desarrollar el espíritu crítico, y fomentar la participación activa del alumnado en la consecución de una ciudadanía global, solidaria, comprometida con la erradicación de la pobre-

za y sus causas y el desarrollo humano y sostenible.

A la convocatoria se presentaron de proyectos por niveles educativos ha sido la siguiente: Educación Infantil, 4 centros; Educación Primaria, 6 centros; Educación Secundaria Obligatoria, 35 centros; Bachillerato, 7 centros; Formación Profesional, 5 centros y 18 centros han concurrido a varias modalidades, 18.

Todos ellos han trabajado en su programación la Educación para el Desarrollo, un ámbito estratégico para la Cooperación Española que consiste en promover, a través de la educación, una ciudadanía global, generadora de una cultura de solidaridad comprometida en la lucha contra la pobreza y la exclusión, así como con la promoción del desarrollo humano y sostenible.

La calidad de las propuestas presentadas, ha puesto de manifiesto el trabajo que desde los centros ya se venía haciendo en esta línea y la necesidad que había de crear un reconocimiento por parte de las instituciones que gestionan tanto la Educación como la Cooperación para el Desarrollo en España. ■

“ Los proyectos premiados están destinados a construir un mundo más abierto, más solidario y más sensible, en definitiva, un mundo mejor, y para reconocer el trabajo necesario para que esto sea posible ”



Asociación de Abogados del Estado

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Responsabilidad por los daños causados a terceros cuando hay un contratista interpuesto de la Administración

Verónica Ester Casas

Abogado del Estado

“La virtualidad del pronunciamiento previo que se exige a la Administración es que habilita al particular lesionado para reclamar, en la vía correspondiente, frente al contratista, de tal manera, que si omite tal deber de pronunciamiento, la jurisprudencia viene entendiendo que asume directamente su responsabilidad, pues impide al particular acudir a la vía correspondiente.”

INTRODUCCIÓN

En el caso de que se cause un daño a un tercero, no ligado a través de ningún vínculo con la Administración (más que únicamente el derivado de ser usuario de la obra o del servicio público), y exista un contratista interpuesto, la norma que debe aplicarse para imputar la responsabilidad, bien al contratista, bien a la Administración, es la contenida en el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que tiene idéntica redacción a la de su precedente, el artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio; LCAP), cuyo origen, a su vez, se remonta al artículo 98 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Según el vigente artículo 198 de la LCSP, referente a la indemnización de daños y perjuicios, “1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”. Añade el apartado 2 que “Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las Leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación”.

La primera cuestión que hay que esclarecer en relación con la norma comentada, es el alcance que deba darse a la expresión empleada por el precepto –“daños causados a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”–, dado que, en tales supuestos, el artículo atribuye directamente la responsabilidad al contratista de la Administración.

Una vez esclarecida la cuestión anterior, deberían solventarse otra serie de problemas que se vislumbran capitales, y que persisten con la nueva regulación introducida por la LCSP. En efecto, lo que se desprende del artículo 134 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre –dictado en desarrollo del artículo 97 de la LCAP del 2000, y todavía en vigor– es que los terceros deberán dirigirse a la Administración para que se pronuncie sobre a quién corresponde la responsabilidad, siempre con audiencia del contratista. Pueden suceder dos cosas:

a) Que la Administración determine que la responsabilidad es suya, en cuyo supuesto analizará la concurrencia de los requisitos del Capítulo I del Título X de la Ley 30/1992 (responsabilidad por actos propios, y por tanto, directa), mediante la apertura del oportuno expediente de responsabilidad patrimonial.

b) Que decida que la responsabilidad es del contratista, en cuyo caso el tercero deberá reclamar contra éste, y la reclamación, por expresa disposición del actual apartado 4 del artículo 198 de la LCSP, “deberá acomodarse al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

La virtualidad del pronunciamiento previo que se exige a la Administración es que habilita al particular lesionado para reclamar, en la vía correspondiente, frente al contratista, de tal manera, que si omite tal deber de pronunciamiento, la jurisprudencia viene entendiendo que asume directamente su responsabilidad, pues impide al particular acudir a la vía correspondiente.

No obstante, el planteamiento de la cuestión en los anteriores términos deja en pie tres problemas fundamentales:

1º La interposición de la reclamación frente a la Administración, dirigida a obtener ese pronunciamiento previo, ¿interrumpe el plazo de prescripción del artículo 1968.1º del Código Civil para

accionar frente al contratista ante la jurisdicción ordinaria?

2º Si la reclamación frente al contratista ha de ajustarse a la legislación aplicable a cada caso, ¿qué sucede si el particular lesionado decide combatir en vía contencioso-administrativa el previo pronunciamiento de la Administración, y reclamar también en la vía civil frente al contratista? Podría darse el caso de obtener dos pronunciamientos distintos y contradictorios sobre la misma cuestión. ¿Con qué consecuencias? ¿Prevalcería la jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción especial? ¿Tendría que esperar el particular a que recayese sentencia en el contencioso-administrativo para accionar civilmente frente al contratista?

3º La dicción del artículo 198 de la LCSP, que utiliza la expresión de que “Los terceros podrán requerir previamente (...) al órgano de contratación”, ¿quiere decir que la posibilidad de dirigirse a la Administración es potestativa para el particular, quien podrá optar indistintamente entre la vía civil y la administrativa (y, ulteriormente, la contencioso-administrativa)? Cuestión estrechamente enlazada con la anterior es si este precepto ha supuesto la derogación tácita del artículo 123 de la LEF, que preveía como obligatorio el trámite de acudir previamente a la Administración, al decir que “Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión (...) la cual resolverá, tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla (...)”.

Este trabajo, concebido como una primera parte, se dirigirá a intentar esclarecer la primera de las cuestiones suscitadas, es decir, determinar el sentido de la expresión “daños causados a terceros como consecuencia de operaciones que requiera la ejecución del contrato”, empleada por el artículo 198.1 de la LCSP, dejando para posterior ocasión el abordaje de los otros graves problemas que este precepto plantea.

ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS COMO CONSECUENCIA DE OPERACIONES QUE REQUIERA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO”

Prima facie, el precepto objeto de nuestro estudio atribuye directamente responsabilidad a la Administración en los siguientes supuestos:

- En caso de que el daño se haya producido como consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración. Según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 30 de marzo de 2009, “En la noción de ‘órdenes’ se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica [véanse las sentencias de 9 de mayo de 1995 (casación 527/93, FJ 5º); 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 5º); y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96, FJ 4º)]”.
- En el supuesto de que el daño surja como consecuencia de vicios del proyecto elaborado por la propia Administración, en los contratos de obras y de suministro de fabricación.
- La jurisprudencia añade un tercer supuesto de responsabilidad directa de la Administración, cual es el caso de que ésta haya incumplido con el deber que le incumbe de tramitar el procedimiento previsto en el artículo 127 b) de la Ley de Expropiación Forzosa, o el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). Así se recoge, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de noviembre de 2000, citada por otras muchas. Razona también la citada STS de 30 de marzo de 2009 que “Estas exigencias (de pronunciarse sobre a quién corresponde la responsabilidad) resultan aún más intensas

“La jurisprudencia añade un tercer supuesto de responsabilidad directa de la Administración, cual es el caso de que ésta haya incumplido con el deber que le incumbe de tramitar el procedimiento previsto en el artículo 127 b) de la Ley de Expropiación Forzosa, o el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado (RD 1098/2001, de 12 de octubre).”

cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la llamada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a

la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada”.

La cuestión que hay que esclarecer es cuándo responde el contratista, pues el artículo 97 de la LCAP y su correlativo el artículo 198 de la LCSP, establecen que aquél sólo responderá de los daños que se causen a terceros “como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”. ¿A qué se está refiriendo este precepto? ¿Todos los daños que se originen a terceros, en caso de una obra pública o de un servicio concedido –por ceñirnos a los supuestos más comunes–, posteriores a la perfección del contrato, se atribuyen directamente al contratista, o, por el contrario, se debe abogar por una interpretación más restrictiva, y más acorde con la propia dicción literal del precepto?

El problema se plantea de forma harto frecuente en el ámbito municipal, en los casos de que un servicio público de competencia del Municipio, se conceda, vía contrato de gestión de servicios públicos, a un tercero (cfr. artículo 253.a) de la LCSP: “La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura (...)”. Tal sucede, por ejemplo, en los casos en que el Municipio, al que en virtud del artículo 25.2.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, corresponde la competencia en materia de “Conservación de las vías públicas urbanas”, merced a un contrato de gestión de servicio público, ha concedido dicho servicio a un contratista.

La tesis que aquí trataré de defender es la de que en la expresión anterior se encuentran comprendidos únicamente los casos de daños a terceros que se ocasionen a raíz de las operaciones materiales de ejecución del contrato, lo que parece más conforme con una interpretación no sólo gramatical de la norma,

sino también sistemática y teleológica (cfr. artículo 3.1 del Código Civil).

No hay demasiada jurisprudencia sobre el alcance a otorgar a la expresión controvertida del precepto que venimos comentando. Recientemente, el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) de 22 de abril de 2008, se ha pronunciado sobre el asunto, refiriéndose al caso singular de un contrato de suministro de bases de datos de jurisprudencia y legislación adjudicado por el Consejo General del Poder Judicial. Al interpretar el artículo 97 de la LCAP –aplicable, por virtud de la fecha de adjudicación del contrato–, dice así en su fundamento jurídico segundo:

“Por lo que se refiere al segundo de los títulos invocados, establece el artículo 97.1 del citado Real Decreto Legislativo 2/2000, que ‘Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato’.

Lo primero que exige el precepto para que entren en juego sus previsiones es que se pida la reparación de daños causados como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, es decir, por los actos de ejecución material desarrollados en cumplimiento del contrato en cuanto su realización causa una lesión en los derechos de terceros no comprometidos en la negociación. En este caso, la propia parte recurrente reconoce, tanto en la reclamación inicial como en la demanda, que no se puede decir que los daños acusados sean consecuencia directa de las operaciones requeridas por la ejecución del contrato. No obstante, mantiene la aplicación del precepto al considerar que los perjuicios invocados ‘sí son efectos directos del contrato’, planteamiento que no puede compartirse, ya que no deben confundirse los efectos propios del contrato que derivan de la condición de parte o de tercero, con los perjuicios desencadenados con ocasión de su ejecución y al margen de ta-

“El problema se plantea de forma harto frecuente en el ámbito municipal, en los casos de que un servicio público de competencia del Municipio, se conceda, vía contrato de gestión de servicios públicos, a un tercero.”

les efectos contractuales, que son fruto de concretas operaciones de ejecución material que inciden sobre intereses de terceros ajenos al contrato, siendo que en este caso los perjuicios invocados por las recurrentes son consecuencia de la no adjudicación del contrato y no de actos de ejecución del mismo.(...)

La no imputabilidad de los perjuicios invocados por las recurrentes a operaciones de ejecución del contrato, determina que no resulte viable el título de reparación establecido en el art. 97.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, lo que por sí solo conduce a la desestimación del recurso (...)

Avala esta interpretación restrictiva del artículo 198 de la LCSP (y antiguo artículo 97 de la LCAP), la propia dicción literal del precepto, que al hablar de “operaciones que requiera la ejecución”, no está queriendo apuntar a cualesquiera acciones u omisiones imputables al contratista –cual sería, en el ejemplo anterior del contrato de gestión del servicio público municipal de conservación del pavimento de las vías públicas urbanas, la omisión del deber de vigilancia de las aceras–, lo que sería encuadrable dentro de la expresión más genérica de “efectos del contrato”. El legislador está aludiendo, sin duda, a acciones positivas de ejecución material.

Abona esta tesis la interpretación teleológica de la norma (del griego “telos”, fin), que bucea en el fin pretendido por la misma. Si se suscribiese la tesis favorable a considerar imputables al contratista cualesquiera daños que se produzcan a un tercero usuario de un servicio público concedido, o de una infraestructura material de titularidad de la Administración, cuya conservación y mantenimiento se hubiese encomendado a un contratista en virtud de un contrato de gestión de servicio público, ello equivaldría a afirmar la práctica exención de responsabilidad de la Administración en los supuestos de servicios concedidos, lo que sin duda no ha sido el fin querido por el legislador.

En conclusión, lo más ajustado es pensar que, fuera de los casos de es-

tricta ejecución material de un contrato en que se causen daños a terceros, en los demás supuestos, responderá la Administración, no por la vía del artículo comentado de la LCAP o de la LCSP, sino por el instituto general de la responsabilidad patrimonial, recogido en el artículo 106.2 de la Constitución Española, según el cual: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Dicho precepto es reproducido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), añadiendo el matiz de que la lesión puede ser consecuencia del funcionamiento “normal o anormal” de tales servicios públicos.

Ninguna restricción realiza el legislador constituyente acerca de si los servicios cuyo funcionamiento (normal o anormal) ha dado ocasión a los daños producidos a los terceros, hayan sido concedidos o no a un contratista. La decisión de encomendárselos a un empresario particular, a través de un contrato de gestión de servicio público, forma parte de la discrecionalidad de la Administración, y obedece a razones de oportunidad, política presupuestaria, eficiencia y eficacia en la utilización de los recursos públicos, etc. pero nunca dicha decisión puede afectar a la esfera de garantías de los administrados. Así lo ha entendido también nuestro Alto Tribunal en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª), Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, de 25 de febrero de 1998, en la cual se razona en los siguientes términos:

“El anterior criterio se completa con la consideración fundamental de que la finalidad del surgimiento del instituto de la responsabilidad de la Administración,

permite constatar que el título de imputación, aparte de otros que lo complementan, lo es el de la integración del servicio público en la organización administrativa, de forma que sólo cuando el agente dañoso aparezca obrando dentro de la propia estructura organizativa administrativa, podrá ser posible atribuir a aquélla el resultado dañoso y en consecuencia, hay que considerar como idea rectora en esta materia la de que en toda clase de daños producidos por servicios y obras públicas en sentido estricto, cualquiera que sea la modalidad de la prestación (directamente, o a través de entes filiales sometidos al derecho privado o por contratistas o concesionarios), la posición del sujeto dañado no tiene porqué ser recortado en su esfera garantizadora frente a aquellas ac-

“Lo más ajustado es pensar que, fuera de los casos de estricta ejecución material de un contrato en que se causen daños a terceros, en los demás supuestos, responderá la Administración, por el instituto general de la responsabilidad patrimonial, recogido en el artículo 106.2 de la Constitución Española.”

tuaciones de titularidad administrativa en función de cuál sea la forma en que son llevadas a cabo y sin perjuicio, naturalmente, que el contratista y el concesionario puedan resultar también sujetos imputables”.

En esta misma línea se mueve la Sentencia del Tribunal Supremo (de la misma Sala y Sección) de 22 de mayo de 2007 (Ponente: Excmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina), en la cual, al pronunciarse sobre una reclamación formulada en relación los daños y perjuicios causados por las obras de ampliación de la línea 1 del Metro de Madrid, ejecutadas por la Consejería de Transportes de la Comunidad de Madrid, y adjudicadas a una UTE, realiza también una interpretación del mentado artículo 97 de la LCAP (entonces el artículo 98 de la Ley

13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, del mismo tenor literal que aquél), en los siguientes términos:

“En el segundo motivo, formulado también al amparo del art. 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción, se denuncia la infracción del art. 98 de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, alegando que los actos dañosos han sido causados y reconocidos por la UTE, contratista de la obra, que es responsable de su reparación, concepto que no se reclamó en vía administrativa, por lo que debe operar de forma directa y sin necesidad de acción de repetición lo previsto en el referido art. 98 de la Ley 13/95.

Para resolver tal cuestión conviene reproducir el precepto invocado, art. 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, aplicable al caso por razones temporales, según el cual (...).

Se desprende del mismo que, frente a la regla general de responsabilidad del contratista por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato de obras, la responsabilidad de la Administración solo se impone cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de una orden de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, modulando así la responsabilidad de la Administración en razón de la intervención del contratista, que interfiere en la relación de causalidad de manera determinante, exonerando a la Administración, por ser atribuible el daño a la conducta y actuación directa del contratista en la ejecución del contrato bajo su responsabilidad, afectando con ello a la relación de causalidad, que sin embargo se mantiene en lo demás, en cuanto la Administración es la titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer, e incluso en los casos indicados de las operaciones de ejecución del contrato que responden a ordenes de la Administración o vicios del proyecto elaborado por la misma”.

De la lectura de esta sentencia, se desprende que el fundamento de la atribución de la responsabilidad al contratista, y la consiguiente exención de responsabilidad a la Administración, consiste en haber ejecutado aquél la obra bajo su responsabilidad, si bien, en lo demás, se mantiene la exigencia de responsabilidad en sus términos generales, al ser la Administración la titular de la obra y el fin público que se trata de satisfacer. Lo cual supone que la Administración responderá, no sólo en los casos en que la misma haya impuesto una orden de obligatoria observancia para el contratista, o de vicios del proyecto elaborado por ella, sino en todos los demás supuestos en que concurren los elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es, cuando, aparte del resto de los requisitos, la conducta del contratista no sea suficiente para romper el nexo de causalidad entre los daños producidos y el comportamiento (por acción o por omisión) de la Administración.

Interesante es también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo CA, Sección 1ª) de 15 de julio de 2004, en la que se mantiene la misma postura que venimos defendiendo. En el fundamento jurídico cuarto de dicha sentencia se lee: *“Cuando en este artículo (artículo 1.3 del RD 429/1993) se hace referencia a responsabilidad en la ejecución del contrato se refiere a la responsabilidad contraída con terceros, no a la responsabilidad derivada del propio contrato entre las partes. La responsabilidad que puede derivar entre las partes del propio contrato es la debida al incumplimiento de alguna de las partes en la ejecución o desenvolvimiento de ese contrato, por lo que la legislación aplicable es la correspondiente a la contratación de las administraciones públicas”.*

Es decir, cuando los daños se causan “en ejecución” de un contrato, las reclamaciones de los terceros se canalizarán a través del procedimiento especial previsto en el artículo 198 de la LCSP; en el

“Cuando los daños se causan ‘en ejecución’ de un contrato, las reclamaciones de los terceros se canalizarán a través del procedimiento especial previsto en el artículo 198 de la LCSP; en el resto de los casos, los daños y perjuicios se reclamarán por la vía ordinaria de la responsabilidad patrimonial.”

resto de los casos, los daños y perjuicios se reclamarán por la vía ordinaria de la responsabilidad patrimonial.

En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 21 de junio de 2005, cuyo fundamento jurídico tercero transcribo literalmente:

“TERCERO: Con arreglo a lo expuesto y como resumen, durante la ejecución del contrato el contratista asume una serie de responsabilidades: por un lado frente a la Administración en caso de incumplimiento, es decir, responde por el incumplimiento de sus obligaciones derivadas del contrato; por otro frente a terceros, debiendo indemnizar a estos por daños en la ejecución del contrato, si bien la Administración responde directamente frente a terceros, a pesar de haberse causado el daño durante la ejecución del contrato, cuando el daño causado se hubiera producido como consecuencia directa e inmediata de una orden de la Administración y cuando el daño deriva de vicios del proyecto. No puede ser irrelevante, a efectos de imputación de responsabilidad, que el contratista, a diferencia de las autoridades y personal al servicio de la Administración, goce de una autonomía de medios y organización para su desarrollo, lo que lleva a la lógica consecuencia de atribuir al mismo el resarcimiento por los daños causados, pues es él y no otro quien controla de forma directa e inmediata el proceso de ejecución y por otro lado conforme a la Orden de 31 de agosto de 1987 y art. 104.9 de la Orden de 6 de febrero de 1976, aplicables por razón de fechas, el contratista es el responsable del estricto cumplimiento de las disposiciones vigentes tanto en materia de señalización de obras, como de ejecución de las mismas y en la adopción de medidas de aseguramiento, por tanto la responsabilidad directa de los perjuicios derivados de una defectuosa actuación sólo puede predicarse respecto de la contratista y no de la Administración, razón por la que el motivo debe ser estimado, otra

cosa supone crear un nuevo supuesto de responsabilidad de la Administración. De ahí que, con plena coherencia, se excluya tal responsabilidad cuando en el proceso de ejecución interfiere la propia Administración, bien a través de una orden directa e inmediata, bien a través del vicio del proyecto elaborado por ella misma que se ejecuta. Eso es justo lo que debe probar el recurrente y ninguno de ambos supuestos ha sido debidamente acreditado, sin que sea suficiente para ello que la Administración hubiese redactado el proyecto y adjudicado las obras a la empresa EBERCO S.A. No constando en consecuencia que las lesiones se hayan producido por orden directa de la Administración ni deriven de vicios del proyecto no cabe más que desestimar la demanda”.

Son numerosísimas las sentencias –aunque este tema desbordaría con mucho el presente trabajo– acerca de la naturaleza del procedimiento especial regulado en la legislación de contratos, en el cual la Administración se erige en árbitro entre el particular reclamante y el contratista (por citar sólo algunas, las del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª– de 12 de septiembre de 2005; del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª– de 19 de enero de 2006; del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de octubre de 2005, y las que cita; o del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife –todas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª– de 20 de noviembre y 5 de diciembre de 2003, de 21 de septiembre de 2004, y de 27 de febrero de 2007). Hay que decir que todas ellas parten de la premisa de que para la invocación del precepto comentado (artículo 97 de la LCAP del 2000, y 198 de la LCSP de 2007), es preciso que los daños se hayan causado a los terceros como consecuencia de operaciones que requiera la ejecución del contrato.

En fin, la reciente Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 30 de marzo de 2009,

resume la jurisprudencia recaída en torno a la interpretación del artículo 97 de la LCAP y el artículo 134 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, dictado en desarrollo de aquél). Así, dice en su fundamento jurídico segundo: *“Interpretando aquellos preceptos, así como el artículo 121, apartado 2, de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, la jurisprudencia (sentencias de 20 de junio de 2006 [casación 1344/02, FJ 4º]; 22 de mayo de 2007 [casación 6510/03, FJ 3º]; y 23 de marzo de 2009 [casación 10236/04, FJ 5º]) ha proclamado la regla general de responsabilidad del adjudicatario por los daños y perjuicios causados a terceros como consecuencia de la ejecución de un contrato de obras, debido a que su*

“Son numerosísimas las sentencias acerca de la naturaleza del procedimiento especial regulado en la legislación de contratos, en el cual la Administración se erige en árbitro entre el particular reclamante y el contratista.”

“Para que la Administración pueda declinar su responsabilidad por los daños causados a los terceros, imputándosela al contratista, es preciso que aquellos daños surjan o se hayan producido como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, y que no sean debidos a ‘una orden directa e inmediata’ suya.”

intervención rompe el nexo causal, exonerando a la Administración. Ahora bien, por excepción, teniendo en cuenta la titularidad administrativa de la operación y el fin público que trata de satisfacer, responde la Administración contratante cuando los daños deriven de manera inmediata y directa de sus órdenes o de los vicios del proyecto. En la noción de «órdenes» se ha de integrar el proyecto mismo, si los perjuicios causados son consecuencia de su naturaleza y alcance, y no de su forma de ejecución o de los defectos en su puesta en práctica [véanse las sentencias de 9 de mayo de 1995 (casación 527/93, FJ 5º); 11 de julio de 1995 (casación 303/93, FJ 5º); y 8 de julio de 2000 (casación 2731/96, FJ 4º)].”

En definitiva, para que la Administración pueda declinar su responsabilidad por los daños causados a los terceros, imputándosela al contratista, es preciso que aquellos daños surjan o se hayan producido “como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato”, y que no sean debidos a “una orden directa e inmediata” suya, o a vicios del proyecto elaborado por la propia Administración, en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.

Por otra parte, lo que resulta indiscutible es que la Administración, si se le plantea una reclamación por la vía de los artículos 106.2 de la CE y 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, tiene obligatoriamente que pronunciarse sobre a quién corresponde la responsabilidad, pues, en caso de que dé la callada por respuesta, hurtándole a los particulares lesionados la posibilidad de acudir a la vía correspondiente para obtener el resarcimiento de los perjuicios, la jurisprudencia

considera que está asumiendo tácitamente su propia responsabilidad (vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009, citada supra, y las que cita: “Estas exigencias (de pronunciarse sobre a quién corresponde la responsabilidad) resultan aún más intensas cuando, incumpliendo su deber de resolver (artículo 42 de la repetida Ley), la Administración da la callada por respuesta. Tal pasividad, que hurta al ciudadano la contestación a la que tiene derecho, permite interpretar que la Administración ha considerado inexistente la responsabilidad del contratista, al que no ha estimado pertinente oír y sobre cuya conducta ha omitido todo juicio, debiendo entenderse que, al propio tiempo, juzga inexistentes los requisitos exigidos por el legislador para que se haga efectiva la suya propia. En esta tesitura, el ulterior debate jurisdiccional debe centrarse en este último aspecto, sin que sea admisible que ante los tribunales la Administración cambie de estrategia y defienda que el daño, cuya existencia nadie discute, debe imputarse a la empresa adjudicataria del contrato de obras en cuya ejecución se causó, pues iría contra su anterior voluntad, tácitamente expresada”.

En fin, por todo lo anterior, se considera que la interpretación más acorde al citado artículo 198.1 de la LCSP debe ser la de que, salvo en los limitados casos en que los daños causados a los terceros se hayan producido durante las operaciones materiales de ejecución de un contrato, en el resto de los supuestos, debe responder la Administración, siempre que concurren el resto de los elementos de la responsabilidad patrimonial, recogidos en el Capítulo I del Título X de la Ley 30/1992. ■

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

Ante la futura reforma de la Ley de Extranjería

Alfonso Ortega Giménez

Profesor de Derecho Internacional Privado
de la Universidad Miguel Hernández de Elche

“La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social supuso en su momento un importante cambio en la política de extranjería, al establecer un marco regulador de carácter global y coherente e incluir de forma expresa un catálogo de derechos y libertades de los extranjeros.”

**I. PLANTEAMIENTO:
EL ANTEPROYECTO DE LEY
DE REFORMA DE LA LEY
ORGÁNICA 4/2000 DE DERECHOS
Y LIBERTADES DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA
Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL**

El pasado 19 de diciembre de 2008, el Consejo de Ministros recibió un Informe de los Ministros de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Interior y Trabajo e Inmigración sobre el Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, tras lo cual fue remitido a diferentes órganos del Estado (Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Consejo Superior de Políticas Migratorias, Foro Social para las Migraciones, Comisión Laboral Tripartita, etc.) para que emitieran informe sobre el mismo. Posteriormente, el texto fue remitido, el pasado 20 de mayo de 2009, al Consejo de Estado, para que emita, a su vez, el informe correspondiente. El texto definitivo debería, en breve, remitirse a Las Cortes como proyecto de Ley Orgánica, para su debate parlamentario y, en su caso, su correspondiente aprobación.

El objeto del presente trabajo no es otro sino analizar las causas y objetivos de la futura reforma de la Ley de Extranjería, sin entrar a realizar una valoración del **Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social**, pues hasta que se cuente con un texto definitivo, la experiencia nos ha demostrado que el texto resultante puede sufrir numerosas modificaciones, por lo que la realización de un estudio en profundidad de la futura Ley deberá realizarse, por tanto, en un momento posterior.

**II. EL MARCO NORMATIVO VIGENTE
Y LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN
LA MODIFICACIÓN DE LA LEY
DE EXTRANJERÍA**

La **Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero**, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –que vino a sustituir a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio– supuso en su momento un importante cambio en la política de extranjería, al establecer un marco regulador de carácter global y coherente e incluir de forma expresa un catálogo de derechos y libertades de los extranjeros. La citada Ley **ha sido reformada en tres ocasiones:**

^{1ª} La primera reforma se produjo a través de la **Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre**. Esta reforma fue de gran calado y afectó prácticamente a todo el articulado, si bien tuvo especial relevancia la modificación relativa a determinados derechos fundamentales, en concreto, a los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. El cambio que se introdujo en tales derechos fundamentales consistió en distinguir entre la titularidad y el ejercicio de los mismos, limitando su ejercicio exclusivamente a aquellos extranjeros que residieran legalmente en España. Con ello, la reforma restringía la posibilidad de ejercicio de tales derechos a los extranjeros, en igualdad de condiciones con los españoles, suponiendo una quiebra del principio de igualdad entre nacionales y no nacionales, que proclama la Constitución, respecto de la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga.

Por este motivo, se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley Orgánica, que fueron resueltos por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265

del año 2007. En estas Sentencias, el Tribunal viene a declarar la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley Orgánica reguladores de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, en la medida en que se condicionaba su ejercicio a los trabajadores extranjeros que hubieran obtenido la correspondiente autorización de residencia.

2ª) La segunda reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se lleva a cabo por la **Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre**. Esta reforma se orientaba principalmente a adaptar la legislación penal y de extranjería a la nueva realidad delictiva que aparecía asociada al fenómeno de la inmigración, por lo que se introdujeron reformas en el Código Penal, orientadas a dar una respuesta penal adecuada a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometieran delitos, así como a las nuevas formas de delincuencia relacionadas con la inmigración.

Además, las reformas introducidas iban encaminadas a mejorar la regulación en materia de expulsión, con el fin de lograr una mejor adecuación entre los procedimientos penal y administrativo, cuando la expulsión fuera concurrente con la comisión de un delito.

3ª) La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se efectúa por la **Ley 14/2003, de 20 de noviembre**, que viene a incidir básicamente en los siguientes aspectos:

- Simplificación de los trámites administrativos y del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España.
- Reforzamiento y mejora de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley Orgánica 4/2000.
- Incorporación de las últimas Directivas aprobadas por la Unión Europea.

- Incorporación al texto de la Ley Orgánica de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en relación con determinadas previsiones contenidas en el Reglamento de la Ley, que habían sido anuladas por problemas de legalidad.

En relación al Anteproyecto de reforma de la Ley de Extranjería, son tres los motivos que justifican la reforma que se pretende introducir en la vigente Ley Orgánica 4/2000:

a) En primer lugar, se pretende adaptar la Ley Orgánica 4/2000 a la **jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional** en las sentencias antes citadas, **respecto de la regulación de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga**. Debe tenerse presente, que el Tribunal declara en sus Sentencias que, a pesar de la inconstitucionalidad de tales preceptos legales, no se procede a declarar la nulidad de los mismos, ya que ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues produciría la denegación de tales derechos a todos los extranjeros, con independencia de su situación. Por ello, se procede ahora, mediante el instrumento de la propia Ley Orgánica a introducir los cambios requeridos, con el fin de corregir la tacha de inconstitucionalidad declarada por el Alto Tribunal y adaptar su regulación a la doctrina sentada en la jurisprudencia constitucional, dando nueva redacción a los preceptos reguladores de los citados derechos.

b) En segundo lugar, la reforma tiene por objeto la **adaptación de la legislación española en materia de extranjería, a las normas aprobadas por la Unión Europea en materia de inmigración** con posterioridad a la última reforma efectuada en la Ley Orgánica, procedien-

“La reforma tiene por objeto la adaptación de la legislación española en materia de extranjería, a las normas aprobadas por la Unión Europea en materia de inmigración con posterioridad a la última reforma efectuada en la Ley Orgánica.”

“La reforma persigue introducir determinadas modificaciones en la actual Ley Orgánica, con el fin de adaptar su regulación a los nuevos requerimientos que plantea el fenómeno migratorio en España.”

do para ello a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las **Directivas europeas que se encuentran pendientes de transposición**, respecto de todas las cuales, ya se han agotado prácticamente el plazo de transposición. Estas Directivas son las siguientes:

- Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.
- Directiva 2203/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.
- Directiva 2004/811/, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.
- Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.
- Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.
- Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.
- Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de

16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal.

c) En tercer lugar, la reforma persigue introducir determinadas modificaciones en la actual Ley Orgánica, con el fin de **adaptar su regulación a los nuevos requerimientos que plantea el fenómeno migratorio en España**. En este sentido, las reformas introducidas se dirigen al cumplimiento de los siguientes objetivos:

- Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar la vinculación de la inmigración a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo.
- Aumentar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el destino o la permanencia de la inmigración ilegal en nuestro país, agravando el régimen sancionador y reforzando los procedimientos de devolución de extranjeros que han accedido ilegalmente al territorio español.
- Favorecer la integración de los inmigrantes, asumiendo para ello los principios del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, recientemente aprobado.
- Adaptar la normativa a las competencias de ejecución de la legislación laboral, previstas en los nuevos Estatutos de Autonomía, que inciden en el régimen de la autorización inicial de trabajo, así como potenciar la coordinación entre las Administraciones Públicas con competencia sobre inmigración y reforzar la cooperación

y desarrollo de la política migratoria, así como potenciar el diálogo y la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración.

- Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales, así como con las organizaciones de inmigrantes en la definición y desarrollo de la política migratoria.

III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA REFORMA

El Anteproyecto consta de una **Exposición de Motivos, un artículo único, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.**

La **Exposición de Motivos** detalla las razones que justifican la reforma y explicita el contenido de la misma. El artículo único, que es el más extenso, recoge las modificaciones que introducen en el texto articulado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual.

En el **Título I** se perfila el marco de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros, junto con las correspondientes obligaciones. Junto al reconocimiento de los derechos fundamentales, se incluye un sistema progresivo de acceso a otros derechos, basado en el refuerzo del status jurídico, a medida que aumenta el período de residencia legal. En este sentido, se introduce una nueva regulación de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, que podrán ejercerse sin ningún tipo de restricción y se efectúa una nueva regulación de los derechos de educación, que se reconoce plenamente hasta los 18 años, así como del derecho a la asistencia jurídica gratuita, incorporando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las recomendaciones

del Defensor del Pueblo en esta materia. De lo dispuesto en este Título, destaca la nueva regulación del derecho a la reagrupación familiar, que se acomoda a las previsiones de la mayoría de los países de nuestro entorno, en el sentido de que los beneficiarios se acotan básicamente a los que integran lo que se conoce como familia nuclear; dentro de este concepto y, como novedad, se incluye dentro de la categoría de familiares a la pareja que tenga con el reagrupante análoga relación de afectividad que el cónyuge en el matrimonio, y a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. La reforma implica también que la reagrupación de los ascendentes se limite a los mayores de 65 años.

El **Título II** incorpora un conjunto de modificaciones que, en su mayoría, son consecuencia de la transposición de las Directivas europeas. Se incorporan nuevas situaciones de los extranjeros, entre ellas, las orientadas a perfeccionar el estatuto de los residentes de larga duración, y las que se dirigen a aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, mediante la creación de un registro dirigido a controlar las entradas y salidas. Se introducen también modificaciones para perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de flujos migratorios, contemplando, entre otras medidas, un mayor nivel de concreción en la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y limitando las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial.

El **Título III**, en el marco del objetivo de reforzamiento de la lucha contra la inmigración irregular, prevé nuevas infracciones con el fin de evitar actuaciones fraudulentas, tales como los matrimonios de conveniencia, la reagrupación

“En el Título I se perfila el marco de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros, junto con las correspondientes obligaciones. Junto al reconocimiento de los derechos fundamentales, se incluye un sistema progresivo de acceso a otros derechos, basado en el refuerzo del status jurídico, a medida que aumenta el período de residencia legal.”

“En lo que respecta a las Disposiciones Adicionales, la disposición adicional primera limita su contenido a la sustitución del término ‘residencia permanente’ por el de ‘residencia de larga duración’; la segunda remite a la regulación reglamentaria el establecimiento de condiciones especiales, respecto a las previstas en la propia Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles; y, la tercera viene referida al futuro reglamento sobre el internamiento de extranjeros.”

familiar al margen de los cauces legalmente previstos o el falseamiento de los datos del empadronamiento. Con la misma finalidad se contempla el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones, y se introducen determinadas modificaciones con el fin de dotar de mayor eficacia a las medidas de suspensión y devolución. Se contempla la ampliación del plazo de internamiento hasta los 60 días, desde los 40 que se aplican actualmente, así como la mejora de la seguridad jurídica de los afectados por estas medidas, con la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión.

Las modificaciones introducidas en el **Título IV** tienen como objetivo reforzar la coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas en materia de inmigración e institucionalizar la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Entre las modificaciones introducidas, destaca la incorporación a la Ley de la Conferencia Sectorial de Inmigración, como cauce de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, así como la exigencia de una actuación coordinada de ambas Administraciones Públicas, cuando la Comunidad Autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo. Otra novedad destacable es la institucionalización de la Comisión Laboral Tripartita, como cauce institucional de diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en materia de inmigración.

En lo que respecta a las **Disposiciones Adicionales**: la disposición adicional primera limita su contenido a la sustitución del término “residencia permanente” por el de “residencia de larga duración”, de conformidad con las

prescripciones del derecho comunitario europeo; la disposición adicional segunda, remite a la regulación reglamentaria el establecimiento de condiciones especiales, respecto a las previstas en la propia Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles; y, la disposición adicional tercera viene referida al futuro reglamento sobre el internamiento de extranjeros.

La **Disposición derogatoria** afecta todas las normas de igual o inferior rango, en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Finalmente, el Anteproyecto incorpora **tres Disposiciones finales**: la primera atribuye carácter orgánico al artículo único, en cuanto afecte a preceptos previamente calificados como tales en la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2000 y determina que los preceptos que no tengan carácter orgánico, se entenderán dictados al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1^a y 2^a de la Constitución; la segunda contiene un mandato al Gobierno para el desarrollo reglamentario, en el plazo de seis meses; y la tercera dispone que la norma entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

IV. MODIFICACIONES MÁS IMPORTANTES

El Anteproyecto de Ley tiene como destinatarios directos los inmigrantes que residen legalmente en España, aunque cabe recordar que estarían excluidos los extranjeros que residen en España con régimen comunitario, que no estarían sujetos a la reforma por tener la misma libertad para entrar y residir en España de la que gozamos los españoles en los demás Estados de la Unión Europea.

La Ley también afecta a los extranjeros en situación irregular, a los que se

garantiza el acceso a los derechos fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo, sin que ello sea obstáculo para ejercer la capacidad del Estado en la imposición de límites a la permanencia de los extranjeros cuando ésta no se sustenta en una residencia legal.

En cuanto a las modificaciones más importantes podemos señalar:

En el **Título Preliminar** se introduce un nuevo artículo en el que se define la política migratoria, así como los principios y actuaciones en materia de integración de los inmigrantes.

En el **Título I** se recoge, en primer término, el contenido de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. Destaca la nueva regulación de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga que podrán ejercerse sin ningún tipo de restricción. Sin embargo, a nuestro juicio en la nueva regulación que se hace del **derecho a la educación**, así como el de asistencia jurídica gratuita (**postulación procesal**), se advierten posibles dudas de inconstitucionalidad.

También destaca en este Título la nueva regulación que se da al derecho de **reagrupación familiar**; se incluye dentro del apartado de beneficiarios de la reagrupación a la pareja de análoga relación de afectividad y se facilita el acceso inmediato al trabajo a los familiares reagrupados.

Por contra, la reforma limita la reagrupación de los ascendientes mayores de 65 años y solo en el caso de residentes permanentes.

En el **Título II** se introducen también importantes modificaciones, la mayoría de ellas consecuencia de la **transposición de las Directivas europeas**, destacando las que incorporan nuevas situaciones de los extranjeros, las que

están orientadas a perfeccionar el estatus de los residentes de larga duración, y se establece la creación de un registro para controlar las entradas y salidas. El texto del proyecto consolida una política de inmigración que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades casi exclusivas del mercado de trabajo con el riesgo de desarrollar un “política de inmigración cero”, reclamada desde los sectores europeos más regresivos.

En el **Título III** se contempla un importante **endurecimiento del régimen de infracciones y sanciones** regulando nuevas infracciones tales como las que afectan a los denominados matrimonios de conveniencia, la reagrupación familiar al margen de los cauces legalmente previstos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento, así como el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones.

Asimismo, se introducen determinadas modificaciones con el fin de dotar de mayor eficacia a las medidas de expulsión y devolución. Entre ellas destaca la ampliación del **plazo de internamiento** que pasaría a los 60 días frente a los 40 que se aplican actualmente.

La concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión no parece suficiente para dar por transpuesto el contenido de la Directiva de Retorno, que contempla dos momentos bien diferenciados en el procedimiento de repatriación de manera que solo se iniciará el estricto procedimiento de expulsión tras el incumplimiento del plazo u orden de “retorno voluntario”.

Toda la regulación procedimental queda de esta manera en entredicho en técnica jurídica y provocará su reforma en el plazo de dos años con la entrada en vigor de la citada Directiva de Retorno.

En el **Título IV** se introducen determinadas modificaciones con el fin de refor-

“El Anteproyecto de Ley tiene como destinatarios directos los inmigrantes que residen legalmente en España, aunque cabe recordar que estarían excluidos los extranjeros que residen en España con régimen comunitario, que no estarían sujetos a la reforma por tener la misma libertad para entrar y residir en España de la que gozamos los españoles en los demás Estados de la Unión Europea.”

zar la coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas en materia de inmigración y de institucionalizar en esta materia la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

V. REFLEXIÓN FINAL

Se trata de una reforma que pone el acento en los mecanismos de control de la entrada de extranjeros: se refuerzan los mecanismos de lucha contra las entradas fraudulentas o ilegales, se limitan las entradas no laborales, vía reagrupación familiar, y se crean nuevas infracciones y sanciones. Respecto de los extranjeros ya presentes en España, la política a seguir es más bien otra: la protección e integración del extranjero regular. Se amplía “por obligación cons-

titucional” el catálogo de derechos fundamentales, se refuerza “por obligación de la UE” la igualdad de los residentes de larga duración con los nacionales, se refuerzan los mecanismos de retorno de los extranjeros irregulares, ampliando a 60 días el internamiento, incluyendo nuevos supuestos de expulsión.

Ahora bien, a pesar de que se modifican numerosos artículos de la Ley de Extranjería, no puede considerarse como una reforma de gran calado, sino más bien una “**reforma de mínimos**”, al menos en comparación con las reformas anteriores. Que la reforma tenga un alcance material limitado y no se ambicione cambiar las bases del actual modelo de política migratoria, más bien se limita a realizar una serie de ajustes “por imperativo legal” al mismo. ■

“A pesar de que se modifican numerosos artículos de la Ley de Extranjería, no puede considerarse como una reforma de gran calado, sino más bien una ‘reforma de mínimos’, al menos en comparación con las reformas anteriores.”

ABOGADOS DEL ESTADO • CUADERNILLO JURÍDICO

El 'exit tax' en el derecho español: una perspectiva comunitaria

Jorge De Juan Casadevall

Abogado del Estado

“La jurisprudencia comunitaria sobre el ejercicio de la libertad de establecimiento de personas físicas frente al Estado de residencia (home country) se refiere básicamente a la problemática que suscita el llamado impuesto de salida (exit tax), que se configura técnicamente como una restricción fiscal de salida que obstruye o dificulta el libre movimiento de factores productivos.”

1. Introducción

Recientemente se hizo pública la Decisión de la Comisión Europea, –de la que por cierto apenas se hizo eco la prensa especializada–, de demandar al Reino de España a propósito de su legislación fiscal relativa a lo que podríamos llamar el impuesto de salida, es decir, el devengo anticipado de plusvalías latentes por cambio de residencia fiscal del sujeto pasivo¹. Según el Ejecutivo comunitario, en este ámbito nuestra normativa tributaria interna, –que, por cierto, se acomoda escrupulosamente a las exigencias del Modelo de Convenio de Doble imposición de la OCDE–, infringe los art. 18, 39 y 43 del Tratado de Roma. Es la crónica de un *infringement* anunciado, y que, según la información parcial de que disponemos al no poder tener acceso a los autos, parece referirse exclusivamente a las personas físicas. En efecto, los precedentes hasta ahora existentes, *Lasteyrie du Saillant y N*, esmaltaban el camino hacia un nuevo caso de armonización jurisprudencial, provocando un nuevo desajuste entre el *soft law* de la OCDE, y nuestro Derecho interno, por un lado, y el Derecho comunitario por otro.

En este breve estudio nos proponemos analizar el efecto potencial de la jurisprudencia comunitaria sobre el *exit tax* en nuestro sistema tributario, y no sólo sobre la imposición de personas físicas, sino también sobre la tributación societaria. Para ello, debemos arrancar de la doctrina consolidada del Tribunal de Luxemburgo.

2. La jurisprudencia comunitaria sobre el ‘exit tax’

La jurisprudencia comunitaria sobre el ejercicio de la libertad de establecimiento de personas físicas frente al Estado de residencia (*home country*) se refiere básicamente a la problemática que suscita el llamado impuesto de salida (*exit tax*), que se configura técnicamente como una restricción fiscal de salida que obstruye o dificulta el libre movimiento de factores productivos.

El primer pronunciamiento interesante en este ámbito es *Lasteyrie du Saillant* (STJCE de 11 de marzo de 2004, *asunto C-9/02*). El Sr Lasteyrie, al abandonar Francia para instalarse en Bélgica, debía satisfacer el impuesto de salida por las plusvalías latentes de las acciones que poseía en una sociedad francesa². El impuesto de salida, con la finalidad de prevenir el riesgo de evasión fiscal de las plusvalías generadas en Francia, sometía a tributación las plusvalías latentes de las acciones o participaciones en sociedades francesas cuando el contribuyente que cambiara de domicilio fiscal hubiera residido al menos seis de los últimos diez años en territorio francés, y siempre que tuviera derecho a participar en al menos el 25% de los beneficios de la entidad. El *Conseil d’État* planteó la posible incompatibilidad del impuesto con la libertad de establecimiento consagrada en art. 43 TCE, y la Corte de Luxemburgo concluyó que la normativa fiscal cuestionada infringía este precepto convencional.

El TJCE infiere el efecto restrictivo a la libertad de establecimiento de una doble circunstancia: la exacción del impuesto que se anuda al simple cambio de residencia, y la exigencia de garantías para aplazar su pago. Según el Tribunal de Justicia:

“(…) Estas garantías producen, por sí solas, un efecto restrictivo en la medida en que privan al contribuyente del disfrute del patrimonio ofrecido en garantía.

De las consideraciones anteriores resulta que la medida controvertida en el litigio principal puede restringir la libertad de establecimiento.”

Recordando su doctrina *X e Y II*, rechazó que concurriera alguna exigencia imperativa de interés general, como la prevención del fraude fiscal, y consideró que la medida era desproporcionada en relación al objetivo perseguido. Según el Alto Tribunal, la medida fiscal:

“(…) no tiene por objeto específico denegar la aplicación de una ventaja fiscal a los montajes puramente artificiales cuya finalidad sea eludir la normativa

tributaria francesa, sino que se aplica, de manera general, a cualquier situación en la que un contribuyente que posea un porcentaje considerable de participaciones en una sociedad sujeta al impuesto de sociedades trasladada, 'por cualquier razón' su domicilio fiscal fuera de Francia.

Pues bien, el traslado del domicilio de una persona física fuera del territorio de un Estado miembro no implica, por sí solo, una evasión fiscal. La presunción general de evasión o de fraude fiscales no puede basarse en el hecho de que una persona física haya trasladado su domicilio fiscal a otro Estado miembro, ni tampoco justificar una medida fiscal que menoscabe el ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica, C-478/98, Rec. pág. I-7587, apartado 45, y X e Y, antes citada, apartado 62).

En consecuencia, el artículo 167 bis no puede atribuir la intención de eludir la normativa tributaria francesa a todos los contribuyentes que trasladen su domicilio fuera de Francia sin exceder considerablemente lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo que persigue.

En cuanto a esa falta de proporcionalidad de la medida fiscal controvertida señalaba que:

"Por otra parte, el objetivo previsto, que es evitar que el deudor del impuesto traslade temporalmente su domicilio fiscal antes de transmitir títulos mobiliarios con el único fin de eludir el pago del impuesto de las plusvalías devengado en Francia puede alcanzarse con medidas menos coercitivas o menos restrictivas de la libertad de establecimiento, que contemplen específicamente el riesgo de dicho traslado temporal. Como ha señalado el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones, las autoridades francesas podrían, en particular, someter a gravamen al contribuyente que, tras un período relativamente breve en otro Estado miembro, vuelva a Francia una vez realizadas sus plusvalías, lo

que evitaría que resultase afectada la situación de los contribuyentes cuyo único propósito sea ejercitar de buena fe su libertad de establecimiento en otro Estado miembro".

Y en cuanto a la pérdida de ingresos fiscales como causa imperativa de interés general afirma:

*"A este respecto, basta recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, la disminución de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental (sentencias ICI, antes citada, apartado 28, y de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros, asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98, Rec. pág. I-1727, apartado 59). En consecuencia, la mera pérdida de ingresos sufrida por un Estado miembro a causa del traslado del domicilio fiscal de un contribuyente a otro Estado miembro en el que la normativa tributaria es distinta, y más beneficiosa para el contribuyente, no puede, por sí misma, justificar una restricción al derecho de establecimiento"*³.

También sobre la misma materia, la compatibilidad de la imposición de salida con la libertad de establecimiento, se pronunció la Corte de Luxemburgo en el caso N (STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-470/04), aunque en esta ocasión el sentido del fallo fue diferente, bien porque el enfoque del impuesto de salida enjuiciado era distinto, bien porque simplemente se produce un repliegue, por el ineluctable movimiento pendular que en ocasiones aqueja a la jurisprudencia comunitaria, de la doctrina *Lasteyrie*. En efecto, y a diferencia de *Lasteyrie*, el TJCE viene a admitir la compatibilidad del impuesto de salida con el Derecho Comunitario, si bien condiciona su legalidad comunitaria al cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones. A diferencia de *Lasteyrie*, la Sala admite que la restricción fiscal denunciada obedece a un objetivo de interés general que, según el Tribunal de Arnhem era garantizar el principio de te-

"El Conseil d'État planteó la posible incompatibilidad del impuesto con la libertad de establecimiento consagrada en art. 43 TCE, y la Corte de Luxemburgo concluyó que la normativa fiscal cuestionada infringía este precepto convencional."

ritorialidad en la distribución de la potestad impositiva sobre las plusvalías de los derechos sociales, o según el gobierno holandés, evitar la doble imposición. Otra cosa es que ese objetivo de interés general, —o “*exigencia imperativa de interés general*”, en la terminología comunitaria—, sea manifiestamente desproporcionada. En efecto, la medida fiscal holandesa no resiste el test de proporcionalidad, porque “*va más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el funcionamiento y la eficacia de tal régimen tributario basado en el principio de territorialidad fiscal*” (Par. 48 a 53).

El relato fáctico es el siguiente: el Sr. N, residente holandés y socio único de tres sociedades de responsabilidad limitada, traslada su domicilio al Reino Unido, por lo que quedaba sometido al *exit tax* neerlandés por las plusvalías latentes derivadas de la tenencia de una participación sustancial en una socie-

“En un escenario de falta de armonización, es razonable que los Estados miembros, de forma unilateral o bilateral, coordinen su poder tributario para evitar la doble imposición.”

dad (más del 5%), que se devengaba en caso de traslado de domicilio fiscal a otro Estado miembro. Al igual que en el impuesto de salida francés, su eventual aplazamiento se condicionaba a la constitución de garantías, que en este caso concreto fueron liberadas *ex post* por la autoridades fiscales holandesas al conocerse la sentencia *Lasteyrie*. El Sr. N alegó que el impuesto holandés, y la exigencia de constitución de garantía para la obtención de un aplazamiento, conculcaban su libertad de establecimiento.

El TJCE consideró que el impuesto holandés tenía un efecto restrictivo de la libertad de establecimiento, porque establecía un trato desfavorable respecto a los contribuyentes que seguían residiendo en Países Bajos, sometía a gravamen una plusvalía no realizada por el mero traslado de domicilio, sin considerar las posibles minusvalías reales en el momento de su efectiva enajenación, y porque, la exigencia de garantías produce de suyo un efecto restrictivo. Sentada esta premisa mayor, el TJCE examina la posible concurrencia de un objetivo de interés general que justifique la exacción de un *exit tax*, para concluir que esta medida restrictiva se ampara en la necesaria coordinación del poder tributario, y es adecuada al fin objetivo de la territorialidad fiscal. El reparto del poder tributario entre los Estados se considera un objetivo legítimo, reconocido a nivel comunitario (*Marks & Spencer*). En un escenario de falta de armonización, es razonable que los Estados miembros, de forma unilateral o bilateral, coordinen su poder tributario para evitar la doble imposición y, en particular, se acomoden a la práctica internacional, o al *soft law* internacional, representado aquí por el art. 13.5 del Modelo de Convenio de la OCDE para eliminar la doble imposición, que atribuye al Estado de residencia la competencia sobre imposición de plusvalías generadas en su propia jurisdicción fiscal. De esta forma, el TJCE subraya el principio de territorialidad fiscal al someter a gravamen las plusvalías de las participaciones sociales, cuyo perío-

do de generación se ha producido en Países Bajos hasta que el contribuyente cambia su residencia fiscal. Según el TJCE:

“Procede recordar, por una parte, que la preservación del reparto de la potestad impositiva entre los Estados miembros es un objetivo legítimo reconocido por el Tribunal de Justicia (véase, en este sentido, la sentencia Marks & Spencer, antes citada, apartado 45). Por otra parte, con arreglo al artículo 293, los Estados miembros entablarán, en tanto sea necesario, negociaciones entre sí, a fin de asegurar a favor de sus nacionales la supresión de la doble imposición dentro de la Comunidad.

No obstante, abstracción hecha del convenio 90/436/CEE, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas (DO 1990, L 225, pág. 10), no se ha adoptado ninguna medida de unificación ni de armonización a escala comunitaria encaminada a suprimir la doble imposición ni los Estados miembros han firmado, en virtud del artículo 293 CE, ningún convenio multilateral para ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de mayo de 1998, Gilly, C-336/96, Rec. pág. I-2793, apartado 23, y D., antes citada, apartado 50).

En este contexto es en el que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, al no existir medidas de unificación o de armonización comunitaria, los Estados miembros siguen siendo competentes para fijar, mediante convenio o de forma unilateral, los criterios de reparto de su poder tributario con el fin, en particular, de suprimir la doble imposición (sentencias Gilly, antes citada, apartados 24 y 30; de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, C-307/97, Rec. pág. I-6161, apartado 57; de 12 de diciembre de 2002, De Groot, C-385/00, Rec. pg. I-11819, apartado 93, y de 23 de febrero de 2006, van Hilten-van der Heijden, C-513/03, Rec. pág. I-0000, apartados 47 y 48).

En consecuencia, con arreglo al artículo 13, apartado 5, del convenio modelo

sobre la tributación de los rendimientos de capital de la OCDE, concretamente, en su versión de 2005, las ganancias obtenidas con motivo de la cesión de bienes tributan en el Estado contratante en el que reside el cedente. Pues bien, como señaló la Abogado General en los puntos 96 y 97 de sus conclusiones, de conformidad con dicho principio de territorialidad fiscal, asociado a un componente temporal, a saber, la residencia en el territorio nacional durante el período en el que se ha generado la plusvalía sujeta al impuesto, las disposiciones nacionales controvertidas prevén la recaudación del impuesto sobre las plusvalías originadas en los Países Bajos, cuya cuota se haya fijado en el momento de la emigración del contribuyente interesado y cuyo pago se haya suspendido hasta la cesión efectiva de los títulos”.

En conclusión, el TJCE, apartándose del precedente *Lasteyrie*, falló la legitimidad comunitaria del impuesto de salida neerlandés, salvo en la preceptiva exigencia de constitución de garantías para obtener el aplazamiento, o en el aspecto concreto de no admitir la consideración de eventuales minusvalías posteriores al traslado de residencia fiscal del contribuyente. El razonamiento extractado de la sentencia es el siguiente:

“En cambio, en relación con la obligación de constituir garantías, necesaria para la concesión de un aplazamiento de pago del impuesto que se adeude normalmente, aunque facilita, sin duda alguna, la percepción de dicho impuesto de un residente extranjero, va más allá de lo estrictamente necesario para garantizar el funcionamiento y la eficacia de tal régimen tributario basado en el principio de territorialidad fiscal. En efecto, existen algunos motivos menos restrictivos en lo que a las libertades fundamentales se refiere.

(...)

En definitiva, sólo podría considerarse proporcionado, en este contexto, con respecto al objetivo perseguido, un sistema de recaudación del impuesto sobre la renta de los títulos mobiliarios

que tuviera íntegramente en cuenta las minusvalías susceptibles de producirse con posterioridad al traslado del domicilio del contribuyente interesado, excepto si ya se hubieran tenido en cuenta tales minusvalías en el Estado miembro de acogida.

(...)

Por consiguiente, procede responder a las cuestiones tercera y quinta que el artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro establezca un régimen de tributación de las plusvalías en caso de traslado del domicilio de un contribuyente fuera de ese Estado miembro, como el controvertido en el asunto principal, que sujete la concesión del aplazamiento de pago de dicho impuesto a la condición de que se presten garantías y que no tenga totalmente en cuenta las minusvalías que puedan producirse con posterioridad al traslado de domicilio del interesado y que el Estado miembro de acogida no hubiera tenido en cuenta”.

La preceptiva constitución de garantías para aplazar el pago se consideró contraria a la libertad de establecimiento, al existir medidas menos restrictivas, que consistirían básicamente en la aplicación de los mecanismos de cooperación inter-administrativa, previstos en las Directivas de asistencia administrativa mutua en materia de intercambio de información y recaudación tributaria (Directivas 77/799/CEE y 76/308/CEE).

En definitiva, desde la perspectiva del principio de territorialidad de las ganancias patrimoniales, impuesta por los Estados con carácter unilateral o bilateral en el ejercicio de su competencia de distribución de la potestad tributaria, no es incompatible con el ordenamiento comunitario primario el gravamen de las plusvalías latentes no realizadas. Por el contrario, no es admisible dicho gravamen cuando somete a tributación plusvalías ficticias, por ejemplo, porque no se consideran las posibles minusvalías, o cuando el eventual aplazamiento de su exacción se condiciona a la prestación de garantías.

Por último, la Corte entiende que la liberación con carácter retroactivo de las garantías de aplazamiento previamente exigidas, acordadas en el supuesto enjuiciado, no excluye la responsabilidad patrimonial, que habrá de dirimirse por el cauce procesal preestablecido en el ordenamiento interno, siempre que concurren los requisitos exigidos por una reiterada jurisprudencia comunitaria, que sintetiza en los siguientes términos:

“Por lo que respecta a los requisitos para que un Estado miembro esté obligado a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que son tres, a saber, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares, que la violación esté suficientemente caracterizada y que exista una relación de causalidad directa entre el incumplimiento de la obligación que

“Desde la perspectiva del principio de territorialidad de las ganancias patrimoniales no es incompatible con el ordenamiento comunitario primario el gravamen de las plusvalías latentes no realizadas.”

incumbe al Estado y el daño sufrido por quienes hayan sido lesionados. La apreciación de estos requisitos varía en función de cada tipo de situación (sentencias de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, Rec. pág. I-1029, apartado 51; de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer* y otros, C-178/94, C-179/94 y C-188/94 a C-190/94, Rec. pág. I-4845, apartado 21, y de 4 de julio de 2000, *Haim*, C-424/97, Rec. pág. I-5123, apartado 36)".

Toda esta jurisprudencia sobre impuestos de salida dio lugar a la adopción de una norma de *soft law*, la Comunicación sobre *Exit taxation and the need for coordination of Member States' tax policies*, COM (2006) 825 de 19 de diciembre de 2006, que resume

la posición de la Comisión en relación a *Lasteyrie* y *N*⁴, y que puede sintetizarse en tres reglas básicas:

– La imposición inmediata de las plusvalías latentes por migración de residencia fiscal es constitutivo de una restricción fiscal contraria a la libertad de establecimiento.

– Reconocimiento al Estado de la residencia de origen de la potestad de liquidación de la deuda tributaria devengada, y de medidas de aseguramiento de la misma, siempre que no supongan la exacción inmediata.

– Obligación del Estado de la residencia de origen de conceder un aplazamiento incondicional de la deuda tributaria en tanto que no se produzca la efectiva realización de la plusvalía.

3. La imposición de salida en nuestro sistema tributario

Esta jurisprudencia comunitaria, iluminada por la citada Comunicación de la Comisión, puede desplegar su función armonizadora en nuestro Derecho fiscal interno, en el que existen diversas figuras impositivas, tanto en lo relativo a personas físicas como jurídicas, en las que puede impactar esta doctrina restrictiva de los impuestos de salida.

3.1. Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En la imposición sobre la renta de las personas físicas no se contempla con carácter general la tributación de plusvalías latentes no realizadas por cambio de residencia fiscal, pero sí que se regulan situaciones concomitantes a las que sería de aplicación *Lasteyrie* y *N*⁵. La primera de ellas es la que se contenía en el art. 14.3 de la Ley 35/2006 del IRPF⁶, que consiste en la anticipación del devengo del impuesto por cambio de residencia fiscal. En rigor, no estamos ante un impuesto de salida, no se establece la exacción inmediata del impuesto, sino una regla especial de imputación que difiere de las reglas generales contenidas en el propio art. 14 LIRPF, aunque sus efectos prácticos son muy similares⁷.

La segunda de estas situaciones fronterizas con el *exit tax* podría ser la *extended unlimited tax liability* del art. 8.2 de la Ley 35/2006 del IRPF⁸ que, como norma antievasión, penaliza los cambios de residencia fiscal a países calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. Sin embargo, no podemos obviar que en la lista española de paraísos fiscales incorporada al RD 1080/1991, se incluyen Estados miembros (Chipre), o Estados parte del Acuerdo del Espacio Económico Europeo (Liechtenstein). La norma, desconociendo la jurisprudencia comunitaria comentada, sienta una presunción absoluta de evasión fiscal, que se aplicaría no sólo a montajes abusivos o artificiales, sino también a aquellos traslados que obedezcan a motivos económicos válidos.

Por último, el art. 88.3 del TRLIS⁹ regula la integración en la base imponible del socio que pierde la residencia en territorio español, de la diferencia entre el valor de las acciones o participaciones recibidas en una operación de reestructuración empresarial, y el valor que tengan a efectos fiscales corregido con el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducidas. El precepto excepciona la regla general de diferimiento de tributación de las plusvalías obtenidas por el socio persona física, afloradas en una operación de reestructuración empresarial (fusión, absorción y escisión) protegida por el régimen especial del Capítulo VIII del Título VII del TRLIS¹⁰. De acuerdo con la doctrina *Lasteyrie* y *N*, ni la pérdida de ingresos fiscales, ni el control fiscal o el riesgo de evasión fiscal, pueden justificar esta anticipación no ya de la renta diferida, sino también de la generada con posterioridad a la reestructuración, en caso de migración del socio persona física en territorio comunitario.

3.2. Impuesto sobre Sociedades

En cuanto a las personas jurídicas, la legislación española de imposición sobre sociedades, regula claramente los impuestos de salida. En primer lugar, el art.

“Existen diversas figuras impositivas diseminadas en nuestro ordenamiento tributario que, pese a presentar una singularidad propia, no totalmente asimilable al exit tax que conoce el Derecho comparado, suscitan dudas de legalidad comunitaria.”

26.2 TRLIS prevé la extinción del período impositivo de las sociedades residentes¹¹ que trasladen su residencia fiscal al extranjero, y el art. 17.1 a) TRLIS¹² obliga a integrar en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado y el valor contable de los elementos patrimoniales de la entidad residente que traslada su domicilio fiscal, salvo cuando estos queden afectos a un establecimiento permanente situado en territorio español. Por tanto, en nuestro ordenamiento interno hay una penalización fiscal a la migración de sociedades por territorio comunitario, y el traslado de la sede social o estatutaria a otro Estado miembro determina el gravamen de la plusvalía ficticia, de una forma incompatible con la doctrina *Lasterye* y *N*¹³.

Una variante que habría que considerar es la de la entidad constituida en España que tenga la sede de dirección efectiva en territorio español, cuyo traslado fuera del territorio español determinaría el cierre del período impositivo y el devengo de las plusvalías latentes no realizadas. En realidad, en este caso se podría producir incluso una imposición de "entrada", en la medida en que al no producirse una revalorización fiscal de activos en ese momento, podría aflorar una plusvalía generada con anterioridad al traslado de la dirección efectiva a la jurisdicción fiscal española, que se sometería a tributación con el cierre del período impositivo que el art. 17.1.a TRLIS anudaría al nuevo traslado de la sede de dirección efectiva a otro Estado miembro¹⁴.

En segundo lugar, la aplicación singular de la regla general del art. 17.1 a TRLIS en el ámbito de las operaciones de reestructuración empresarial, con específica previsión de decaimiento de la neutralidad fiscal que hasta el momento habían disfrutado, se produce con los art. 88.3 y 87.4 TRLIS, que suscitan no sólo un problema de compatibilidad con la libertad de establecimiento del art. 43 TCE, sino también una anómala excepción al régimen de neutralidad fiscal diseñado por la Directiva de Fusiones.

En efecto, debe considerarse también junto al supuesto ya apuntado del art. 88.3 TRLIS, el art. 87.4 TRLIS¹⁵ que prevé que, a efectos del IS, y para las operaciones de reestructuración empresarial protegidas para el Capítulo VIII del Título VII del TRLIS, la pérdida de la condición de residente fiscal determinará la preceptiva integración en la base imponible del correspondiente período impositivo, de la diferencia entre el valor de mercado de las acciones y participaciones y el valor contable, salvo aplazamiento de la plusvalía de salida devengada hasta la efectiva transmisión de los valores, con la debida prestación de garantías.

4. Conclusión

Existen diversas figuras impositivas diseminadas en nuestro ordenamiento tributario que, pese a presentar una singularidad propia, no totalmente asimilable al *exit tax* que conoce el Derecho comparado, suscitan dudas de legalidad comunitaria.

En todos estos casos, se detecta una fricción jurídica entre nuestro Derecho interno y la jurisprudencia comunitaria, por las siguientes razones: I) se gravan plusvalías ficticias, sin considerar las posibles pérdidas producidas con posterioridad a la desconexión con la jurisdicción fiscal española (doctrina *N*); incluso, en algunos casos, tributa no sólo la renta diferida sino también la generada con posterioridad, o aflora la generada con anterioridad a la entrada en España (traslado de dirección efectiva a España que posteriormente migra a otro Estado miembro); II) se condiciona el aplazamiento de la deuda tributaria devengada a la constitución de garantías (*Lasterye* y *N*). La jurisprudencia comunitaria, y la Comunicación de la Comisión, y los procedimientos de infracción ya incoados, pueden contribuir a extirpar de nuestro sistema fiscal la exacción anticipada de plusvalías latentes por mudanza de domicilio fiscal, integrando un nuevo caso de lo que se ha dado en llamar la *armonización negativa*. ■

NOTAS

(1) Nuestra única referencia informativa a este procedimiento, muy precaria y parcial, es la nota de prensa encontrada en internet (*Press releases rapid*) bajo el título "Direct taxation: the European Commission refers Spain to the European Court of Justice over restrictive tax provisions for individuals".

(2) IGLESIAS CASAS: "No Discriminación Fiscal y Derecho de Establecimiento en la Unión Europea". Thomson Aranzadi. Pamplona. 2007, pág. 217, se plantea si cabía invocar formalmente la libertad de establecimiento, en relación a la penalización fiscal por la simple migración de residencia fiscal de la persona física, cuando todavía se desconoce si va a desarrollar una futura actividad económica, y por tanto, si nos hallamos ante un ejercicio de la libertad de establecimiento del art. 43 TCE, o ante la más genérica libertad de circulación del art. 18 TCE. El autor llega a una conclusión positiva, porque de lo contrario "quedaría prácticamente excluida la posibilidad de invocar la libertad de establecimiento frente a las medidas restrictivas impuestas en caso de traslado". Y la Abogada General Kokott, en *N*, advertirá que "la libertad de establecimiento garantizada en el artículo 43 TCE no es aplicable por el mero hecho de que una persona física, socio único de una sociedad de capital, traslade su domicilio particular de un Estado miembro a otro. Sin embargo, un nacional de un Estado miembro puede invocar el art. 43 TCE frente a su Estado miembro de origen si abandona dicho Estado, y en el momento en que invoca esta libertad fundamental, existen elementos concretos que indiquen que empezará a ejercer una actividad económica por cuenta propia en otro Estado miembro".

(3) Como han señalado CALDERÓN CARRERO, J. M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.: "La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación en relación con las libertades básicas comunitarias", en la obra colectiva dirigida por CORDÓN EZQUERRO, T., Manual de Fiscalidad Internacional, IEF, 3ª edición, Madrid, 2007, pág. 1943, se consagraba así, como ya se había insinuado en *X e Y*, "un auténtico derecho del contribuyente a la planificación fiscal mediante el ejercicio de los derechos que el ordenamiento comunitario le confiere a través de las cuatro libertades consagradas en el Tratado CE".

(4) Se trata de una manifestación del *soft law* comunitario atípico que, en puridad no pretende la armonización, sino la coordinación de los sistemas fiscales nacionales para evitar fricciones entre sí y con el Derecho Comunitario. La propia Comunicación reconoce que “se marca como objetivo coordinar y mejorar el funcionamiento de los sistemas nacionales de imposición directa no armonizado. El objetivo de la coordinación no es reemplazar los sistemas fiscales nacionales en vigor por un régimen comunitario uniforme, sino asegurar que estos sistemas nacionales puedan operar conjuntamente sin fricciones.”

(5) Sobre los efectos jurídicos de la doctrina *Las-teyrie y N* en nuestro Derecho fiscal interno véase MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO: “Los impuestos de salida y el Derecho comunitario europeo a la luz de la legislación española”. Crónica Tributaria. Núm. 125/2007. Pág. 49 y ss.

(6) El art. 14.3 LIRPF establece una regla especial de imputación del siguiente tenor literal: “En el supuesto de que el contribuyente pierda su condición por cambio de residencia, todas las rentas pendientes de imputación deberán integrarse en la base imponible correspondiente al último período impositivo que deba declararse por este impuesto, en las condiciones que se fijen reglamentariamente, practicándose, en su caso, autoliquidación complementaria, sin sanción ni intereses de demora ni recargo alguno”.

(7) El efecto típico del *exit tax* es la anticipación de la imposición a un momento anterior a la realización de la plusvalía. El art. 14.3 LIRPF supone la integración de rentas pendientes de imputación temporal de acuerdo con los criterios del art. 14.1 y 2 LIRPF, la presentación de la correspondiente autoliquidación ordinaria o complementaria en el plazo de tres meses desde el cambio de residencia (art. 63 del RIRPF), y pago de la deuda tributaria resultante de la imputación de las rentas pendientes de imputación. Sobre el particular, véase SANZ CLAVIJO: “¿Constituye el art. 14.3 LIRPF (y concordantes) una medida de imposición de salida? A propósito del procedimiento de infracción de la Comisión Europea”. Impuestos 9/2009. Pág. 11 y ss.

(8) El art. 8.2 LIRPF prevé que: “No perderán la condición de contribuyentes por este impuesto las personas físicas de nacionalidad española que acrediten su nueva residencia fiscal en un país o territorio considerado como paraíso fiscal. Esta regla se aplicará en el período impositivo en que se efectúe el cambio de residencia y durante los cuatro períodos impositi-

vos siguientes”. Como advierten MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO: “Los impuestos de salida...”, pág. 53, si bien no estamos técnicamente ante un *exit tax* que determine el devengo de un tributo sobre el incremento de valor de los activos no realizados, sino ante una simple prolongación de la residencia fiscal, no es menos cierto que se configura como una norma antiabuso “susceptible de generar restricciones al ejercicio de libertades fundamentales del TCE (v. gr., libertad de establecimiento, libre circulación de trabajadores y libre prestación de servicios) y su compatibilidad con la jurisprudencia del TJCE en materia de medidas nacionales antievasión fiscal es más que dudosa” en la medida en que se aplique a traslados de residencia al territorio de Estados miembros, de Estados parte del Acuerdo de Espacio Económico Europeo, calificadas como paraíso fiscal.

(9) Según el art. 88.3 TRLIS: “En caso de que el socio pierda la cualidad de residente en el territorio español, se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este impuesto del período impositivo en que se produzca esta circunstancia, la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido fiscalmente deducibles”.

(10) Puntualizan MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO: “Los impuestos de salida...”, pág. 55 y ss., que en este caso no sólo tributa la renta diferida, sino también la generada con posterioridad a la reestructuración empresarial, lo cual no encaja exactamente con lo previsto en el art. 14.3 LIRPF. Precisamente por ello, y por la circunstancia no menor de que estamos ante una reestructuración empresarial amparada en la existencia de motivos económicos válidos, impide, según estos autores, buscar su justificación en la cláusula antiabuso del art. 11 de la Directiva de Fusiones.

(11) En el Derecho comparado existen dos grandes modelos para la determinación del domicilio social, habiéndose discutido la filiación jurídica de nuestro propio sistema societario, toda vez que mientras los art. 28 Cc y el art. 15 Cco parecen inclinarse por la teoría de la constitución o incorporación, los art. 5.1 LSA y 6.1 LSRL siguen la teoría de la sede real. El art. 8.1 TRLIS, de una forma abierta y flexible, conjuga todos los posibles puntos de conexión, y considera residentes en el territorio español a las entidades que se hubieran constituido con arreglo a las leyes españolas, o tengan su domicilio social

o la sede de dirección efectiva en territorio español. Por tanto, el traslado de domicilio social o estatutario no implica necesariamente pérdida de la residencia fiscal si la sede de dirección efectiva de la empresa permanece en territorio español.

(12) El art. 17.1.a TRLIS dispone que “Se integrará en la base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado y el valor contable de los siguientes elementos patrimoniales: a) Los que sean propiedad de una entidad residente en territorio español que traslada su residencia fuera de éste, excepto que dichos elementos patrimoniales queden afectados a un establecimiento permanente situado en territorio español de la mencionada entidad...”.

(13) Según MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO: “Los impuestos de salida...”, pág. 68, la única excepción se produce cuando con el nuevo Estado de residencia efectiva existe un CDI, que acoge para resolver el conflicto de doble residencia, la regla del art. 4.3 MC OCDE, en cuyo caso la entidad se considerará residente en el territorio donde tenga su residencia efectiva. En cuanto al significado de la locución “sede de dirección efectiva”, a efectos domésticos, la Dirección General de Tributos, siguiendo los Comentarios al MC OCDE, la identifica como toma efectiva de decisiones en el territorio español (Resolución de la DGT de 6 de junio de 2001, V0043-01; y de 23 de septiembre de 2004, V0128-04).

(14) Como advierten MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CABRERO: “Los impuestos de salida...”, pág. 70, “la ausencia de set-up o revalorización en España podría plantear problemas de Derecho comunitario, en la medida en que restringiría el traslado de la residencia a España de sociedades de otros Estados miembros o el posterior traslado de residencia desde España a otro Estado miembro y no se estaría eliminando la doble imposición”. Estamos ante una barrera fiscal a la migración de empresas en territorio comunitario que puede funcionar como un impuesto de “entrada”.

(15) El art. 87.4 TRLIS establece que: “En el caso de que el socio pierda la cualidad de residente en territorio español, se integrará en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o de este impuesto del período impositivo en que se produzca esta circunstancia, la diferencia entre el valor normal de mercado de las acciones o participaciones y el valor a que se refiere el apartado anterior, corregido, en su caso, en el importe de las pérdidas de valor que hayan sido físicamente deducibles”.

**Jurisprudencia sobre
Contratos Públicos posterior
a la sentencia CODITEL
BRABANT**

de 13 de noviembre de 2008

(complemento del trabajo publicado en
el nº 24 de la Revista sobre El Medio Propio
en la Jurisprudencia Comunitaria sobre
Contratos Públicos)

Ignacio del Cuvillo Contreras

Abogado del Estado

En el cuadernillo jurídico del número 24 de esta Revista, se publicó el trabajo titulado “*El Medio Propio en la Jurisprudencia Comunitaria sobre Contratos Públicos. Análisis de la sentencia del TJCE, Coditel, de 13 de noviembre de 2008 y Reflexiones desde una Perspectiva Española*”.

La sentencia *Coditel* confirmó los criterios establecidos en las sentencias *Teckal*, *Asemfo* y otras, en el sentido de que un contrato estaría excluido de la aplicación de las Directivas comunitarias en el supuesto de que la entidad pública concedente ejerciera sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios y la entidad realizara la parte esencial de su actividad con la autoridad o autoridades de que dependía.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) declaró, además, en esta sentencia que, cuando varias autoridades públicas controlaran una entidad concesionaria, el requisito relativo a *lo esencial de la actividad* de ésta podía considerarse satisfecho teniendo en cuenta la actividad que dicha entidad realizase con las mencionadas autoridades en conjunto y que, por tanto, era coherente con este razonamiento entender que el requisito del control podía cumplirse también teniendo en cuenta el *control ejercido conjuntamente* sobre la entidad concesionaria por las autoridades públicas. Era esencial que el control ejercido fuera efectivo, pero no era indispensable que fuese individual.

Antes, en la sentencia *Asemfo*, de 19 de abril de 2007 el TJCE había reconocido que, en determinadas circunstancias, el requisito del control ejercido por la autoridad pública podía cumplirse en el caso de que la misma no poseyera más que un porcentaje muy reducido del capital de una empresa pública (en el asunto *Asemfo* era del 0,25%).

Durante el año 2009, el TJCE ha dictado dos sentencias que confirman los criterios *Teckal / Asemfo / Coditel* y aportan alguna doctrina adicional de interés para interpretar las condiciones de

actuación legal de las sociedades *medio propio*, reconocidas en los artículos 4.1.n) y 24.6 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP).

PRIMERA. Sentencia de 9 de junio de 2009, Comisión contra la República Federal de Alemania, asunto C-480/06

Con motivo de la contratación directa por cuatro *Landkreise* de la Baja Sajonia con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo de la eliminación de sus residuos, la Comisión europea planteó un recurso de incumplimiento contra Alemania por no haber seguido el procedimiento de licitación establecido en la Directiva 92/50. El recurso fue desestimado. La sentencia reitera la posibilidad de la utilización por las autoridades o entidades públicas de sus propios medios para cumplir los servicios públicos.

El TJCE recuerda en el apartado 45 que “una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y que puede hacerlo también en colaboración con otras autoridades públicas”, como había declarado en la sentencia *Stadt Halle* y en la *Coditel Brabant*.

En el apartado 47, indica, frente al criterio de la Comisión de que las autoridades públicas debían haber constituido en común un organismo público para realizar la misión de eliminación de los residuos, que “el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar conjuntamente sus misiones de servicio público”.

SEGUNDA. Sentencia de 10 de septiembre de 2009, SEA Srl, asunto C-480/06

El asunto C-573/07 tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, en el procedimiento seguido entre *Sea Srl* y el *Comune di Ponte Nossa*, en el que participó *Servizi*

“El Derecho comunitario no impone (...) a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar conjuntamente sus misiones de servicio público.”

Tecnologici Comuni (Setco), derivado de la adjudicación, sin licitación pública, de un contrato de servicios de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos a una sociedad cuyo capital social pertenecía totalmente a entidades públicas pero cuyos estatutos preveían la posibilidad de la participación de capital privado. La sentencia aborda varias cuestiones de importancia:

1. Concurrencia del control según las situaciones de propiedad del capital

El TJCE había sostenido en las sentencias *Carbotermo* y *Coditel Brabant*, apartado 31, que la circunstancia de que la entidad adjudicadora poseyera, junto con otras entidades públicas, la totalidad del capital de una sociedad adjudicataria tendía a indicar, aunque no de modo concluyente, que tal entidad ejercía sobre dicha sociedad un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios. En cambio, según las sentencias *Stadt Halle*, apartado 49 y *Coditel Brabant*, apartado 30, la participación, aunque fuera minoritaria, de una empresa privada excluía, en cualquier caso, que dicha entidad pudiera ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejercía sobre sus propios servicios (sentencia *Sea Srl*, apartados 45 y 46).

Es cierto –continúa el TJCE– que no cabe excluir que en cualquier momento se vendan a terceros participaciones de una sociedad. Sin embargo, si el capital de una sociedad es propiedad total de la entidad pública adjudicadora, sola o con otras, en el momento en que se le adjudica el contrato, la apertura del capital a inversores privados sólo podría tomarse en consideración si existiera en ese momento una perspectiva de apertura concreta y a corto plazo. No habiendo en el caso, ningún indicio de una próxima apertura del capital a accionistas privados, la mera posibilidad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública (*Sea Srl* apartados 49 a 51).

La facultad de prestar servicios a operadores privados, que permiten los

estatutos de la sociedad adjudicataria, es meramente accesoria de la actividad esencial y no impide que el objetivo principal siga siendo la gestión de servicios públicos. Por consiguiente, la existencia de tal facultad no basta para considerar que la sociedad tiene vocación de mercado. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho de que la segunda condición de la sentencia *Teckal* de que la sociedad adjudicataria deba realizar la parte esencial de su actividad con las entidades que la controlan, permite que la referida sociedad ejerza una actividad, que tenga carácter marginal, con otros operadores distintos. Esta condición carecería de objeto si la primera condición *Teckal* se interpretara en el sentido de que prohíbe cualquier actividad accesoria incluso con el sector privado (*Sea Srl*, apartados 79 y 80).

El TJCE ha hecho, como consecuencia de su análisis del ejercicio del control según las distintas situaciones de titularidad del capital y de manera lateral, alguna aportación a la definición de la condición *Teckal* menos elaborada hasta ahora, esto es la dimensión de la parte esencial de la actividad realizada por la entidad controlada con las entidades que la controlan. Al calificarse el resto de la actividad que se ejerce con operadores distintos como meramente *accesoria* de la esencial o de carácter *marginal*, obtenemos por exclusión un concepto más preciso de la actividad esencial. La apreciación de lo esencial dependerá siempre de las circunstancias de cada caso, pero, al menos, se alcanza que el resto, lo marginal y accesorio, son actividades de que la sociedad podría prescindir sin poner en riesgo su integridad y continuidad.

2. Ejercicio conjunto del control

En el caso de que la sociedad adjudicataria tenga como socios a varias autoridades públicas, no se exige que el control sea individual, sino que pueda ser ejercido por las autoridades conjuntamente. Nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de

“No habiendo (...) ningún indicio de una próxima apertura del capital a accionistas privados, la mera posibilidad no basta para concluir que no se cumple el requisito relativo al control de la autoridad pública.”

interés público mediante sus propios medios, administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajena. Esta actuación puede hacerse en colaboración con otras autoridades públicas y, de este modo, el control de las mismas sobre la sociedad se ejerce conjuntamente. Se confirma así la doctrina del uso de los propios medios por las entidades públicas, iniciada por la sentencia Stadt Halle, apartado 48, y construida como cooperación o actuación conjunta por las sentencias Asemfo, apartado 57, Coditel Brabant, apartados 44 a 50, y Comisión/Alemania, apartado 45 y Sea Srl apartados 54 a 59.

3. Ejercicio real del control

La cuestión planteada tenía por objeto, además, determinar si las estructuras establecidas en los estatutos de la adjudicataria *Setco* permitían que los municipios accionistas ejercieran realmente sobre ella un control análogo al que ejercían sobre sus propios servicios. Los socios pusieron, por encima de los órganos sociales, unas estructuras de toma de decisión destinadas a garantizar sobre *Setco* un control análogo al que ejercían sobre sus propios servicios, mediante un Comité unitario y un Comité técnico, a los que se conferían amplias facultades

de control y decisión, restringiendo la autonomía del Consejo al supeditar sus decisiones al respeto a las instrucciones que aquéllos emitieran. Habida cuenta de estas facultades y de la circunstancia de que los Comités estuvieran integrados por delegados de las entidades accionistas, el TJCE ha considerado que las disposiciones estatutarias hacen posible que las entidades accionistas ejerzan una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad y que ello permite a dichas entidades ejercer sobre la sociedad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios (*Sea Srl*, apartados 64 y 65, 74, 77, 81 a 90).

La doctrina establecida en esta sentencia supone un avance respecto a la reflejada en la sentencia antes resumida, de 9 de junio de 2009, cuyo apartado 47 decía que “el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar conjuntamente sus misiones de servicio público”. De ello podía resultar que las entidades públicas accionistas cooperadoras, ni siquiera estuvieran obligadas a promover una sociedad o entidad a fin de realizar en común la actividad de servicio público para la cual sus recursos eran insuficientes.

La sentencia *Sea Srl* atiende a que la apreciación de la existencia de control exige, no que éste sea meramente posible sino que sea efectivo. Esa realidad se hace más probable de alcanzar mediante la introducción en normas estatutarias de los mecanismos de control adecuados. Sin embargo, la proximidad de las dos sentencias aconseja prudencia en la interpretación. Puede que el TJCE se haya encontrado con una situación fáctica que le ha ayudado en su juicio positivo acerca de la situación de control real que se ejerce sobre la sociedad adjudicataria.

No obstante, si no fuera obligatorio, es muy conveniente que el control conjunto efectivo se desarrolle con el apoyo en pactos previos entre las entidades accionistas, que podrían incluso llevarse a los estatutos de la sociedad controlada. En nuestro derecho positivo, existe la vía del apartado 6 del artículo 24 de la LCSP española cuando exige que se precise en la norma que cree la entidad medio propio o en sus estatutos el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir, no limitado a expresar la obligatoriedad de las mismas para la entidad sino comprensivo, en su caso, de mecanismos concretos o formas para hacer efectivo el ejercicio del control mediante la encomienda o encargo a dicha entidad de trabajos o servicios específicos. ■

“Es muy conveniente que el control conjunto efectivo se desarrolle con el apoyo en pactos previos entre las entidades accionistas.”