

REVISTA JURÍDICA DE ASTURIAS

2004

Núm. 28



ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

ISSN: 0211-1217
Depósito Legal: O. 145-1980
Imprenta GOFER. Fuertes Acevedo, 72. OVIEDO.

CONSEJO ASESOR

José Antonio ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, César ÁLVAREZ-LINERA Y Uría, Agustín José ANTUÑA ALONSO, Alberto ARCE JANÁRIZ, Luis ARCE MONZÓN, Santos CORONAS GONZÁLEZ, Justo de DIEGO MARTÍNEZ, Justo GARCÍA SÁNCHEZ, Eduardo GOTA LOSADA, José Luis PÉREZ DE CASTRO, Plácido PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA, Leopoldo TOLIVAR ALAS.

DIRECTOR

Rafael FONSECA GONZÁLEZ

SECRETARIO

Ignacio ARIAS DÍAZ

Edita: ACADEMIA ASTURIANA DE JURISPRUDENCIA

La Academia no se identifica necesariamente con los juicios de los autores de los trabajos publicados en esta Revista.

La correspondencia con la REVISTA JURÍDICA DE ASTURIAS debe dirigirse a la Secretaría de la misma:

Academia Asturiana de Jurisprudencia
C/ San Juan, 10
33003 Oviedo

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. El original de los trabajos se enviará a Academia Asturiana de Jurisprudencia, C/ San Juan, 10, 33003 Oviedo.
2. Los trabajos deben ir mecanografiados a doble espacio y no exceder de veinticinco páginas. Si es posible, en su caso, acompañados de la versión en diskette.
3. Cada texto debe ir precedido de una página que contenga:
 - Título del trabajo
 - Nombre del autor o autores
 - Dirección completa y teléfono del autor
 - Número del NIF / CIF
4. La Revista no mantendrá correspondencia sobre los originales no solicitados que se le remitan.

Distribución y Venta:

Librería MARCIAL PONS

Agencia de Suscripciones

C/ Tamayo y Baus, 7. Telfs: (91) 3194254 - 3194195. 28004 MADRID

SUMARIO

	<u>Págs.</u>
DOCTRINA	
ANTONIO APARICIO PÉREZ: <i>El canon de saneamiento de aguas del Principado de Asturias</i>	7
JOSÉ RICARDO PARDO GATO: <i>La justicia en el Camino de Santiago</i>	35
GONZALO VILLARINO SAMALEA: <i>Las implicaciones urbanísticas de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas</i>	51
JOSÉ IGNACIO ÁLVAREZ SÁNCHEZ Y M ^a DEL PILAR MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECHO: <i>Art. 1591 del Código Civil y Ley de Ordenación de la Edificación. Especial referencia a la prescripción, la solidaridad y la llamada en garantía</i>	73
IGNACIO ARIAS DÍAZ: <i>El derecho consuetudinario asturiano: crónica de una realidad</i>	101
AMABLE CONCHA GONZÁLEZ: <i>Costumbres jurídico-públicas asturianas: la junta administrativa tradicional</i>	125
DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ VILLA: <i>Aspectos prácticos del uso y abuso de la antojana</i>	137
DOCUMENTOS	
JOSEFINA VELASCO ROZADO: <i>Las Ordenanzas del Corregidor Lorenzo Santos de San Pedro, algo más que un texto jurídico: el Principado de Asturias y su Junta General en 1659</i>	159
JUAN URÍA MAQUA: <i>Un documento del S. XVI sobre los problemas del Gobierno y Administración del Principado</i>	181

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia constitucional sobre libertades públicas: casos y reglas 189

CRÓNICAS

JOSÉ TUÑÓN BÁRZANA: *Actividad legislativa de la Junta General del Principado de Asturias en el año 2004* 247

IGNACIO ARIAS DÍAZ: *Actividad normativa del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en el año 2004* 259

CRÍTICA DE LIBROS

RAFAEL FONSECA GONZÁLEZ: *“Jueces, derecho y política”*, de David Ordóñez Solís 273

JUAN BARÓ PAZOS: *“El libro de las leyes del S. XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla”*, de Santos M. Coronas González 277

MARTA FRIERA ÁLVAREZ: *“Juristas universales”*, 283

DOCTRINA

EL CANON DE SANEAMIENTO DE AGUAS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

DR. APARICIO PÉREZ, A., DRA. GONZÁLEZ
GONZÁLEZ, A. I. y URIOL EGIDO, C.,
Profesores de Derecho Financiero y Tributario
Departamento de Derecho Público de la Universi-
dad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 137 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 establece una nueva estructura territorial del Estado, al fijar que éste se configura en tres niveles diferentes de gobierno y administración: El Estado (Administración Central), los Municipios y Provincias y las Comunidades Autónomas que se constituyan.

En consecuencia y en lógica coherencia, para que puedan llevar a cabo sus funciones se les reconoce autonomía financiera, si bien el significado y alcance de la misma es distinto según el nivel de que se trate.

Aquí nos vamos a referir únicamente al caso de las Comunidades Autónomas.

A este respecto la Constitución en el artículo 156 reconoce la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para la gestión de sus intereses de conformidad con el principio de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad con todos los españoles.

Pues bien, sobre la base de estos preceptos el Principado de Asturias se constituye en Comunidad Autónoma y aprueba su Estatuto¹ y de conformidad con ellos en el ejercicio de su capacidad normativa aprueba un canon de saneamiento de aguas, que es lo que es objeto de análisis a continuación².

La Ley 1/1994, de 21 de febrero, sobre Abastecimiento y Saneamiento de Aguas del Principado de Asturias, estableció como tributo propio de la Comunidad, el canon de saneamiento, regulado en los artículos 10 a 21 de la misma. Este canon fue desarrollado un tanto tardíamente, debido a diversos problemas, a los que más adelante aludimos, que retrasaron su efectiva aplicación, a través del De-

1 El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias se aprueba por Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre y se modifica por las Leyes Orgánicas 1/1994, de 24 de marzo y 1/1999, de 5 de junio.

2 Artículos 24.8, cuarenta y dos y cuarenta y cuatro.1. de su Estatuto de Autonomía.

creto 19/1998, de 23 de abril, de desarrollo de la Ley sobre Abastecimiento y Saneamiento de Aguas del Principado de Asturias³.

Enmarcada esta Ley, por una parte, en las competencias que el Estatuto de Autonomía atribuye al Principado en materia de proyectos, construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos, así como sobre obras públicas de interés regional, ordenación del territorio y protección del medio ambiente, y por otra, en el deber impuesto por la misma Constitución de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de defender y restaurar el medio ambiente, la creación de este canon de saneamiento responde al principio de autonomía financiera recogido en el artículo 156.1 de la Constitución, ya citado, y al principio que inspira la legislación comparada, especialmente comunitaria, de “quien contamina, paga”.

Así, y siguiendo el ejemplo de otras Comunidades que previamente habían regulado tributos de la misma naturaleza, este canon se crea con una expresa afectación a los gastos de explotación, mantenimiento y gestión de las obras e instalaciones de depuración de aguas residuales y a la financiación de gastos de inversión de las mismas. Asimismo, y en consonancia con dicha afectación, se prevé la contabilización separada de los recursos que genere, que será efectuada por la Junta de Saneamiento.

Por otro lado, también derivado de la afectación del canon, se establece su incompatibilidad con la imposición de tasas, precios públicos, contribuciones especiales o cualquier otro tributo destinado a la financiación de dichos gastos. Por el contrario, será compatible con cualquier otra exacción que pueda recaer sobre el agua, siempre que no grave el mismo hecho imponible. Quizás la duda que pueda plantear esta compatibilidad de gravámenes, común con otros cánones similares de otras Comunidades Autónomas, es la pluralidad de tributos que recaen sobre el agua, en función del propio ciclo que sigue este necesario bien en su consumo, así como derivado de las diferentes competencias por los distintos niveles de gobierno que recaen sobre el mismo⁴.

II. DESARROLLO

Señalado lo anterior, pasamos a analizar los distintos elementos de este gravamen.

3 Aunque se trata de un desarrollo parcial, ya que afecta sólo a las materias de planificación hidráulica, canon de saneamiento y Junta de Saneamiento.

4 Distribución de competencias que afecta al Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, e incluso estas competencias se ven condicionadas por la normativa de la Unión Europea, y en lo que no vamos a entrar, por exceder el objeto de estudio de este trabajo.

Su hecho imponible (artículos 11.1 de la Ley y 16 del Reglamento) está delimitado por el consumo, potencial o real, de agua, de cualquier procedencia, en razón de la contaminación que pueda producir su vertido, se efectúe éste bien directamente, bien a través de las redes de alcantarillado⁵. Quizás hubiera sido más conveniente seguir el ejemplo, a la hora de delimitar el hecho imponible, de aquellas Comunidades Autónomas que lo definen directamente por la contaminación que los vertidos causan en el agua y no inicialmente por el consumo, aun cuando después, inevitablemente, tal consumo deba ser tenido en cuenta a la hora de determinar la base imponible.

Hacemos esta precisión porque, realmente, estos cánones pretenden gravar la contaminación que se provoca por los vertidos a las redes de agua, por ser la causa de un necesario servicio que debe prestar el ente público: el saneamiento del agua. Por ello, entendemos que, con independencia de que no nos parezca la mejor opción utilizar el impuesto para financiar obras y servicios determinados, con afectación expresa de su recaudación, lo que sí sería conveniente es que la actividad objeto de gravamen no plantease ninguna duda. Y definir el hecho imponible como “el consumo, potencial o real, de agua, de cualquier procedencia”, entendemos que puede plantear ciertas dudas, aunque después se aclaren haciendo referencia a la contaminación que el vertido posterior cause. Ello porque además, como veremos, la contaminación no se toma en cuenta, con carácter general, para medir la base imponible y determinar la cuota a pagar, sino que es, nuevamente, el consumo, el parámetro que se utiliza a tales efectos.

En cualquier caso, la delimitación del hecho imponible se completa con la fijación de los siguientes supuestos de exención (artículos 11.2 de la Ley y 17 del Reglamento)⁶, que sí ayudan, en cierta medida, a fijar el verdadero objeto de gravamen:

- 1.- Suministro en alta a otros servicios públicos de distribución de agua potable.
- 2.- Utilización del agua que hagan las entidades públicas para la alimentación de fuentes públicas, bocas de riego y de extinción de incendios.

5 Más aún, tanto la Ley como el Reglamento incluyen expresamente las captaciones de agua para su uso en procesos industriales, aunque no tengan carácter consuntivo o lo tengan parcialmente.

6 Como tales deben considerarse aun cuando el texto de la Ley se refiera a supuestos de no sujeción, pues dada la definición del hecho imponible si no se estableciera expresamente su exención quedarían sujetos. Nos encontramos, una vez más, ante una deficiente técnica legislativa, demasiado corriente por desgracia, que lleva a utilizar indistintamente los supuestos de no sujeción y de exención cuando realmente su naturaleza y sus consecuencias son diversas.

La Ley 4/2000, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, trató de solucionar, en parte, esta deficiencia al contemplar los dos últimos supuestos como exenciones, frente a la redacción original que también los consideraba supuestos de no sujeción.

3.- Utilización del agua por los agricultores para regadío, en los términos que reglamentariamente se establezcan, siempre que no produzcan contaminación por abonos, pesticidas o materias orgánicas que afecten a las aguas superficiales o subterráneas.

4.- Utilización de agua consumida en la actividad ganadera, cuando se disponga de instalaciones adecuadas y no se generen vertidos a la red.

Se puede comprobar que esta Ley ha optado por establecer prácticamente todos los supuestos de exención que se encuentran, separadamente, en las distintas leyes autonómicas que regulan cánones similares, aprobados con anterioridad⁷. Así, la exención del vertido de aguas residuales realizado por las explotaciones agrícolas, ganaderas, forestales o mixtas, y la del agua destinada a los servicios públicos de extinción de incendios se establece en el Impuesto de Saneamiento de Baleares. Estos consumos de agua destinados a sofocar incendios, junto con los destinados a regar parques o jardines públicos, así como a alimentar las fuentes públicas ornamentales, son también declarados exentos por una parte, en el caso de la Comunidad valenciana, y por otra, en el caso de la Comunidad gallega. Esta última añade otros dos supuestos de exención, que también son tenidos en cuenta por la ley asturiana: el suministro en alta a servicios públicos de distribución de agua potable, así como la utilización de agua para el uso de riego agrícola, en este último caso sí no se produce contaminación por abonos, pesticidas o materia orgánica que afecte a las aguas superficiales o a las subterráneas (lo cual ya había sido declarado exento por la Ley catalana). Como vemos, la característica común de estos supuestos es la ausencia de contaminación en el uso del agua en tales actividades.

En cambio, si bien no prevé como exención el supuesto establecido como tal casi con carácter general en todos estos cánones, como es el consumo de usos domésticos en aquellos municipios o núcleos en los que la suma de la población de derecho unida en su caso a la ponderada de concentración estacional, no supere los 400 habitantes, la disposición transitoria primera prevé la implantación progresiva del canon en función del grado de desarrollo de los sistemas básicos de depuración de cada uno de ellos⁸. De acuerdo con esto, establece la exención del

7 Un estudio comparado de la regulación de los distintos cánones en materia de aguas, previos a la aprobación del canon del Principado de Asturias, puede verse en, Adame Martínez, F.D.: «Los tributos ecológicos de las Comunidades Autónomas», en Revista de Estudios Regionales, nº 37, 1993, pp. 44 y ss.

8 Desarrollando este precepto, la Disposición Transitoria Segunda del Decreto de 23 de abril de 1998 establece que el canon de saneamiento para usos domésticos se aplicará:

“a) En el 100% del importe del tipo de gravamen en los núcleos de población servidos por colectores de transporte y depuradoras en servicio.

consumo de agua para usos domésticos en aquellos municipios que no cuenten con ningún sistema de depuración de aguas residuales en servicio, en ejecución o en proyecto, así como la posibilidad de declarar también la exención del canon en los núcleos o localidades que no dispongan de red de alcantarillado, en tanto no se proceda a su puesta en funcionamiento.

De hecho, la Ley 4/2000, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, introduce una Disposición Transitoria Séptima, según la cual, "durante el ejercicio 2001, el canon de saneamiento no se aplicará a los consumos para uso doméstico cuyo vertido posterior no se realice a redes públicas de alcantarillado"⁹.

Todo ello no hace sino poner de manifiesto la relación que la implantación de esta figura tiene con la realización de obras y la prestación de servicios por parte de la Administración, relacionados con el saneamiento de aguas. Es decir, la creación del canon está claramente vinculada a la necesidad de financiar los gastos que el necesario saneamiento de aguas va a causar al Principado, y por ello, decide eximir su pago en aquellos municipios a los que no se les preste tal servicio, en tanto perdure dicha situación.

Más aún, el hecho de que la Disposición Adicional Tercera establezca la obligación de compensar a los concejos que hubieran realizado las obras de depuración de aguas residuales, cumpliendo ciertas condiciones, deja ver claramente su relación con este tipo de obras.

Esto, si no fuera por la concreta definición del hecho imponible, y cómo se calcula después la cuota, pudiera hacernos pensar que nos encontrábamos ante una contribución especial por la realización de obras de establecimiento de un servicio, o de una tasa por la prestación de un servicio, lo cual quizá fuera más adecuado al objeto real de este tributo. En este sentido, es un buen ejemplo la reciente regulación que efectúa la Comunidad de Castilla-La Mancha con la creación de dos tasas, tasa de aducción y tasa de depuración, que tienen como hecho imponible, precisamente, la prestación de estos servicios por la Administración. El inconveniente, no para el contribuyente precisamente, es que tanto la financiación de obras a través de contribuciones especiales, como la financiación de servicios a través de tasas, están vinculadas al coste de la obra o al coste que dicho servicio genera, constituyendo un límite a la cuota que el

b) En el 75% del importe del tipo de gravamen en los núcleos de población servidos por colectores de transporte y depuradoras en ejecución.

c) En el 50% del importe del tipo de gravamen en los núcleos de población servidos por colectores de transporte y depuradoras en proyecto de construcción técnicamente aprobado".

9 Las Leyes 14/2001, de 28 de diciembre, 15/2002, de 27 de diciembre y 6/2003, de 30 de diciembre, prorrogan esta exención para los años 2002, 2003 y 2004, respectivamente.

ente público puede exigir. Evidentemente, el establecimiento de un impuesto está libre de este encorsetamiento, ya que al desvincularse el hecho imponible de su relación con la obra o el servicio, también lo hace la base y la cuota, pudiendo así exigirse cantidades muy superiores a las necesarias para establecer y realizar la actividad de que se trate.

Por lo que se refiere a las exenciones previstas para las actividades agrícolas y ganaderas, el Reglamento, en su artículo 17¹⁰ exige su previa solicitud por los interesados, siendo en su caso declarada por la Junta de Saneamiento. Para ello, teniendo en cuenta los términos de la Ley que dan lugar a la misma, será preciso que los interesados acompañen, en el caso del uso para regadío, una declaración comprensiva de la situación de los terrenos a regar, cultivos a que habitualmente se dediquen y abonos y pesticidas que, en su caso, sean utilizados. Y cuando se trate de actividad ganadera, descripción de las instalaciones de que disponga para recepción y almacenamiento de las aguas residuales que se generen en la actividad.

Además, en ambos casos, cuando el agua consumida proceda de redes de suministro, será preciso que la toma se realice de forma independiente de otros consumos sujetos, para poder identificarla.

Finalmente, por lo que respecta a la realización del hecho imponible, éste se entiende producido, es decir, se devenga, en el momento en que se produce el suministro del agua a través de las redes generales, o bien en el momento de su consumo en las captaciones propias (artículo 14 de la Ley), lo cual nuevamente nos hace plantearnos ciertas dudas por el verdadero objeto de gravamen, ya que el suministro es anterior al vertido contaminante. Y aunque con carácter general la base imponible, como veremos, se fija en función del consumo, también es cierto que se prevén supuestos en que está calculada sobre la base de la contaminación efectivamente producida, lo que, en estos supuestos, origina una desconexión entre el pretendido objeto de gravamen (la contaminación causada por el vertido de aguas), la regulación del hecho imponible (el suministro y consumo de agua) y su concreta medición (la contaminación causada).

Por lo que se refiere a los sujetos pasivos cabe señalar que tendrán la consideración de sujetos contribuyentes las personas físicas o jurídicas, así como los entes a los que se refiere el artículo 33 de la Ley General Tributaria, hoy ha de entenderse esta referencia hecha al artículo 35.4 de la nueva Ley General Tributaria, Ley 58/2003, de 17 de diciembre, que utilicen o consuman agua. Y dado que lo que se pretende gravar es la contaminación que el posterior vertido pueda ocasionar, es indiferente, a estos efectos, que el abastecimiento de agua sea realiza-

10 Aunque incorrectamente se refiere a los supuestos de no sujeción.

do por una entidad gestora del servicio, o que éste se efectúe por medios propios o concesionales, por captación de agua superficial o subterránea.

También se establece la figura del sustituto del contribuyente, consideración que tendrán las entidades suministradoras de agua (artículo 15.2). De acuerdo con la redacción original de la Ley esto sólo se daría en los supuestos en que, estando obligadas a ello, estas entidades suministradoras no realizasen la facturación de acuerdo con lo previsto en la Ley y normas de desarrollo.

Sin embargo, la Ley 4/2000, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, modificó la regulación de la figura del sustituto, entendiéndose ahora que tendrán tal consideración las entidades suministradoras de cualquier naturaleza que, mediante redes o instalaciones de titularidad pública o privada, realicen un abastecimiento en baja de agua, se ampare o no esta actividad en un título de prestación de servicio, en aquellos supuestos en que resulten obligados a facturar el canon de saneamiento.

En este sentido, el artículo 20.2 del Reglamento obliga a las entidades suministradoras a:

- a) Facturar y recaudar el canon de sus abonados.
- b) Liquidar e ingresar en favor de la Junta de Saneamiento las cantidades recaudadas.
- c) Satisfacer como deuda tributaria las cantidades no facturadas a los sujetos pasivos a que se refiere el artículo anterior¹¹.
- d) Cumplir las demás formalidades que les corresponda en relación con la gestión del canon conforme a lo establecido en la Ley y en el presente Reglamento¹².

Nos encontramos, en suma, ante lo que parece un ejemplo de sustituto sin retención, de los previstos en el artículo 36.3 de la Ley General Tributaria, que constituye por tanto, un sujeto pasivo que desplaza al contribuyente en la obligación tributaria, debiendo cumplir las obligaciones tanto materiales como formales inherentes a la misma. Son, por tanto, las entidades suministradoras las que están obligadas a realizar el pago del tributo, debiendo, como señala la Ley 1/1994, resarcirse del mismo cobrando su importe al usuario (contribuyente) repercutiendo su importe en factura junto con la tasa por suministro de agua. No será necesario, sin embargo, efectuar esta repercusión en los supuestos de usuarios que resulten exentos y, a estos efectos, la Junta de Saneamiento comunicará a los

11 Lo que es propio de su condición de sustituto.

12 Por lo cual quedan sujetos al régimen de inspecciones y sanciones tributarias.

sustitutos las exenciones particulares concedidas, que tendrán efecto para las facturaciones posteriores a dicha comunicación.

La Ley 4/2000, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales estableció que el hecho de no cumplir con esta obligación de repercusión en plazo, les impediría no sólo poder beneficiarse del premio de cobranza, al que después haremos referencia, sino también poder deducir los saldos de dudoso cobro, tal como permitía el nuevo artículo 18.2 de la Ley¹³. No obstante, la Ley 14/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales ha vuelto a modificar esta redacción. Así, de acuerdo con el actual artículo 15.2, el sustituto viene obligado a cumplir las obligaciones materiales y formales que la Ley y sus normas de desarrollo establecen, pero con respecto a los importes repercutidos a los abonados y no satisfechos por éstos, los sustitutos no están obligados al cumplimiento de las obligaciones materiales. Ello mejora la situación del sustituto que frente a la situación anterior en que, en principio, venía obligado a ingresar aquellas cuantías que, habiendo sido repercutidas, no habían sido sin embargo cobradas, y esperar a un momento posterior para poder deducirlas (y así recuperarlas), ahora la Ley le exime de ingresar aquellas cuantías no cobradas (siempre que hayan sido repercutidas)¹⁴.

Por lo que respecta a la base imponible ésta vendrá determinada, con carácter general, por el volumen de agua consumido o estimado, expresado en metros cúbicos, lo que, en principio, parece razonable si tenemos en cuenta que el hecho imponible se define, por el consumo real o potencial de agua, por razón de la contaminación que pueda producir su vertido.

En principio, el volumen consumido, en casos de abastecimiento a través de redes generales, coincide con el suministro medido por el contador¹⁵. Sin embargo, en defecto de instrumentos para la medida de los consumos o de otros sistemas para la determinación de éstos, se establece un mínimo de 6 metros cúbicos, por abonado y mes (artículo 21.3 del Reglamento).

13 Entendiendo la Ley, en su artículo 18.2, que esta circunstancia queda justificada cuando el deudor se halle en situación de suspensión de pagos, quiebra u otras análogas, o cuando entre el momento de la primera gestión de cobro realizada por el sustituto y el día de inicio del período voluntario de presentación de declaración-liquidación que corresponda efectuar al sustituto haya transcurrido más de un año.

14 Porque, paralelamente, esta Ley también modifica el artículo 18.2 estableciendo que: "Las entidades suministradoras quedan obligadas al pago de las cantidades correspondientes al canon que no hayan repercutido a sus abonados o que, habiéndolo repercutido y percibido, no hayan declarado e ingresado en favor de la Junta de Saneamiento, todo ello sin perjuicio de la sanción que pudiera corresponder"

15 O cualquier otro procedimiento de medida admitido como válido por la Administración competente.

Por otra parte, la Ley 4/2000, de 30 de diciembre, introdujo la presunción "iuris tantum", en captaciones superficiales o subterráneas, de que existe uso o consumo por la mera existencia o concesión de aprovechamiento, o por la existencia de instalaciones fijas que permitan la captación, aún sin existir autorización previa.

Ahora bien, en el caso de usos industriales¹⁶ que supongan la realización de vertidos con cargas contaminantes específicas, la base imponible estará constituida por la contaminación efectivamente producida o estimada, señalándose la posibilidad de aplicar tanto la estimación directa como la estimación objetiva para su cálculo¹⁷.

En este sentido, el Reglamento, primero, y la Ley 4/2000, de 30 de diciembre, después, incorporando el artículo 16 bis a la Ley de 1994, establecen la determinación de la base imponible en estimación objetiva, diferenciando dos métodos, en función del volumen de agua consumida y en función de la carga contaminante.

En el primer caso se distinguen los siguientes supuestos:

Captaciones subterráneas para usos tanto domésticos como industriales, que no tengan en funcionamiento dispositivos de aforo directo de caudales de suministro, el consumo mensual (base imponible) será el resultado de dividir por doce el consumo total autorizado.

Captaciones subterráneas propias sin que exista un volumen total autorizado, el consumo mensual se calcula en función de la potencia nominal del grupo elevador¹⁸.

Captaciones superficiales para usos domésticos e industriales cuyo consumo no pueda ser medido por contador, el consumo mensual será el resultado de dividir por doce el volumen máximo anual autorizado¹⁹.

16 En este sentido la Ley distingue entre usos domésticos ("los consumos de agua realizados en viviendas que den lugar a aguas residuales generadas principalmente por metabolismo humano y por las actividades domésticas") y usos industriales ("los consumos de agua realizados para efectuar cualquier actividad comercial o industrial").

17 Sin duda, la determinación de esta base imponible conlleva una dificultad en cuanto a su medición efectiva. Por ello, todos los cánones, incluido éste, han optado por la determinación de una base que se calcula, con carácter general, en función del volumen de agua consumido o estimado, de mucha mayor facilidad en su medición.

18 Para ello se utiliza la siguiente fórmula: $Q = (37.500 p/h) + 20$, donde, "Q", es el consumo mensual facturable expresado en metros cúbicos, "P", es la potencia nominal del grupo o grupos de elevadores expresada en Kilowatios, "H", es la profundidad dinámica media del acuífero en la zona considerada, expresada en metros.

19 De todas formas, en estos tres supuestos, y de acuerdo con el nuevo artículo 6 bis. 6, introducido por la Ley 14/2001, de 28 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, se podrá exigir la instalación de dispositivos de aforamiento continuo del caudal, a efec-

Recogida de aguas pluviales, para usos domésticos o industriales, el consumo mensual será el resultado de dividir entre doce el volumen en m^3 correspondientes al doble del volumen de los depósitos de recogida.

Suministros mediante contrato de aforo, sin que pueda medirse el volumen de agua consumida, se estimará como volumen de agua el cociente entre el precio de agua satisfecho y el precio del agua en el concejo por m^3 .

En todo caso el artículo 23 del Reglamento establece una precisión para determinados procesos industriales, que también ha sido incorporada posteriormente al artículo 16 apartado tercero de la Ley a través de la Ley 4/2000, de 30 de diciembre. Así, en aquellos procesos en que el consumo anual sea superior a $22.000 m^3$, que impliquen la incorporación ostensible de agua a los productos fabricados o exista una evaporación importante, la base podrá ser estimada en función del volumen de agua efectivamente vertida, siempre que la diferencia entre el consumo anual y el caudal vertido sea superior al 40% del consumo anual, para lo cual se deberá efectuar la correspondiente solicitud ante la Junta de Saneamiento, quedando obligados a adecuar los desagües y a instalar y mantener dispositivos de medida del caudal vertido.

El segundo supuesto de estimación objetiva, en función de la carga contaminante, sólo resulta de aplicación para aquellos usos industriales de los que resulten vertidos con cargas contaminantes específicas. En estos casos, la base imponible consistirá en la contaminación efectivamente producida o estimada, es decir, en estimación directa o estimación objetiva.

Para la medición directa de la contaminación será preciso que los sujetos tengan un consumo de agua superior a $6.000 m^3$, o superen determinada carga contaminante, siendo efectuada por la Junta de Saneamiento de oficio o a instancia de parte, por el análisis de un muestreo.

En el caso que la estimación directa se solicite por el contribuyente, éste se obliga a adecuar los desagües con dispositivos de aforamiento continuo de caudal que posibiliten la toma de muestras y la instalación de los instrumentos precisos. A estos efectos, el Reglamento de 1998 establecía que “en general, los gastos generados por la toma de muestras y análisis correspondientes a la realización de las mediciones para la determinación de la contaminación efectivamente producida, serán por cuenta de los sujetos pasivos afectados. No obstante, en los casos en que los importes del canon resultante sean, al menos, un veinticinco por ciento infe-

tos de determinar la base imponible, sobre la base de la existencia de disparidad manifiesta entre el resultado del consumo obtenido de acuerdo con el máximo fijado en la correspondiente autorización o concesión y el que razonablemente quepa imputar al tipo de actividad desarrollada por el sujeto pasivo.

riores a los aplicados por estimación o los derivados de anteriores mediciones, serán por cuenta de la Junta de Saneamiento". Sin embargo, y no entendemos la razón del cambio, la Ley de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales del año 2000 introduce en la Ley el artículo 16 quinto, según el cual, los gastos por la toma de muestras y análisis serán a cargo de la Administración, siempre que exista diferencia positiva entre el último tipo de gravamen aplicable al sujeto pasivo y el que resulte tras la realización de los nuevos análisis.

Mientras en el Reglamento parecía incentivarse la reducción de la contaminación, ya que en tal caso los gastos correrían a cargo de la Administración, con la actual regulación legal la situación es la contraria: la Administración soporta los gastos cuando se incrementa la contaminación y, como consecuencia, obtiene una mayor recaudación. Para el contribuyente la situación es, cuando menos, paradójica: si contaminó más, se eleva la cuota, pero se reducen los gastos inherentes a la aplicación del tributo.

En cuanto a la estimación objetiva, que aparece regulada en el nuevo artículo 16 sexto, ésta se realizará atendiendo a los vertidos producidos por grupos de actividades o establecimientos similares, en función del consumo de materias primas o de la producción de fabricados de cada instalación industrial. También podrá ser determinada en función de los datos que figuren en la autorización del vertido o en los reflejados en la documentación técnica de la actividad industrial contenida en los correspondientes expedientes administrativos.

En cualquier caso, y como señalábamos al principio se establece un mínimo de consumo. Recogido en el Reglamento inicialmente, la Ley 4/2000, de 30 de diciembre, la incorpora al artículo 16 séptimo de la Ley con el siguiente contenido:

- “1. Se establece un consumo mínimo potencial de 6 metros cúbicos por abonado y mes, que será la base imponible en el devengo del canon en usos domésticos e industriales para los casos en que no hubiera instrumentos de medida de consumo o bien dicho consumo estuviera por debajo de ese mínimo.
2. A efectos de realizar el cómputo del consumo mínimo, en los supuestos en los que el suministro de agua se efectúe y facture a comunidades de propietarios u otras entidades similares formadas por una pluralidad de propietarios de diversas viviendas o establecimientos, tendrán la consideración de abonados, además de la propia comunidad, cada una de las viviendas o establecimientos que la integren.
3. En las mismas condiciones, mencionadas en los dos apartados anteriores, se establece un consumo mínimo de 6 metros cúbicos para los titulares o poseedores de captaciones de agua superficiales, pluviales o subterráneas”

El contenido de este precepto no puede, por menos, que causarnos sorpresa ya que parece contradecir la filosofía que inspira un tributo medioambiental, como parece querer presentarse, y por otra parte, no parece muy coherente con lo establecido en su artículo 12. Efectivamente, por una parte, en dicho artículo se recoge la posibilidad de establecer recargos en el caso de usos abusivos del agua, lo cual puede perfectamente ser justificable, pero no parece encajar bien con el hecho de que quien no sólo no derroche sino que ahorre agua, bien escaso y necesario, resulta que tiene que pagar como si lo hubiera consumido. El resultado de contribuir al control del agua, algo tan demandado en los últimos tiempos, es precisamente que debe pagar por ello.

Tampoco parece muy coherente, el establecimiento de este consumo potencial, con un gravamen que pretende recaer sobre el consumo de agua, por la contaminación que causa. Podría entenderse, en último extremo, que no habiendo instrumentos de medida del consumo se optara por un mínimo, como forma objetiva de cuantificar la base. Pero la Ley añade que ese mínimo se aplicará incluso cuando exista un consumo inferior correctamente medido. Y ello significa que si no ha habido consumo tampoco puede haber contaminación, lo cual aleja este impuesto de un verdadero impuesto medioambiental, cualquiera que sea su posible finalidad: desincentivar la actividad contaminante o restablecer el daño causado en virtud del principio “quien contamina, paga”, porque para el legislador asturiano, aunque no se contamine, se paga²⁰.

Por lo que se refiere al tipo de gravamen, se remite para su determinación a la correspondiente Ley de Presupuestos²¹, indicando tan sólo que se expresará en pesetas por metro cúbico o en pesetas por unidad de contaminación, en función de la base imponible de que se trate. A estos efectos, el artículo 29 del Reglamento establece que cuando la base imponible está constituida por el volumen de agua consumida, la cuota será el resultado de multiplicar el tipo de gravamen correspondiente por los metros cúbicos de agua consumida, medida o estimada.

20 A mayor abundamiento, cuando exista una pluralidad de propietarios, la ley se anticipa y entiende que se considera abonados tanto el conjunto de propietarios, por ejemplo, una comunidad de propietarios, como cada uno de los propietarios independientemente (cada una de las viviendas o establecimientos que la integren) y a todos ellos cobrará, cuando menos, el mínimo legalmente establecido.

21 En la Disposición Transitoria 2ª se fijaba, para el ejercicio en que se aprueba el canon, el siguiente tipo de gravamen:
 - Usos domésticos, 30 pts/m³, consumido o equivalente estimado.
 - Usos industriales, 36 pts/m³, consumido o equivalente estimado.

Actualmente, de acuerdo con la Ley 6/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, el tipo de gravamen, en principio, será:

“a) En los supuestos contemplados en los artículos 16, 16 bis y 16 tercero de la presente ley:

- Usos domésticos: 0,2359 €/m³

- Usos industriales: 0,2806 €/m³

En aquellos casos en que un contribuyente realice ambos tipos de consumo y no tenga instalados mecanismos de aforo en razón de los distintos usos o por las circunstancias que se den en el caso de que no sea posible su distinción, se aplicará el tipo más elevado”

Por otro lado, en el caso de que se trate de usos industriales²², la Ley, en su redacción original, establecía que para la determinación concreta del canon deberían tenerse en cuenta los siguientes criterios:

1.- La carga contaminante que se incorpore al agua utilizada.

2.- La incorporación ostensible de agua a los productos fabricados o la existencia de evaporación importante de agua durante el proceso productivo.

3.- El empleo eficaz de un sistema propio de depuración²³.

Y en estos casos, cuando la base se mide por la contaminación efectivamente producida o estimada, el artículo 30 del Reglamento señala que la cuota será el resultado de una fórmula polinómica, fórmula que ha sido actualmente incorporada al texto de la Ley ²⁴:

$$C(\text{ptas/m}^3) = a + (b \times \text{SS}) + (c \times \text{DQO}) + (d \times \text{NTK})^{25}$$

22 La ley considera usos industriales los consumos de agua realizados para efectuar cualquier actividad comercial o industrial, por contraposición al uso doméstico, que serían los realizados en viviendas.

23 Estos criterios deberán ser regulados reglamentariamente con carácter previo a la aplicación efectiva del canon (Disposición Transitoria 3ª).

24 Artículo 17.2.b, y Anexo V.

25 Siendo,

“SS”, la concentración media del vertido en sólidos en suspensión, expresada en kilos por metro cúbico,

“DQO”, la concentración media del vertido en demanda química de oxígeno, expresada en kilos por metro cúbico,

“NTK”, la concentración media del vertido en nitrógeno total kjeldahl, expresada en kilos por metro cúbico,

“a”, el coeficiente independiente de la contaminación, que indica el precio asignado exclusivamente al volumen vertido en el sistema general de saneamiento. Se expresa en pesetas por metro cúbico,

“b”, el coeficiente que indica el precio por unidad de contaminación en SS, expresado en pesetas por kilogramo,

En el caso de que el usuario industrial cuente con sistema propio de depuración de aguas residuales, la determinación de la cuota se realizará para el efluente de la instalación de depuración. Y si el vertido se realiza de manera individual al medio, no se aplicará el coeficiente “a” de la fórmula anterior.

Aspecto importante es, sin duda, todo lo relativo a la gestión, ya que si bien es cierto que la justicia en la aplicación de un tributo parte de su estructura material, no lo es menos que una aplicación incorrecta puede convertir un gravamen inicialmente correcto en realmente injusto.

En consecuencia, por lo que se refiere a la gestión del canon, ya señalamos que éste se devenga en el momento en que se produce el suministro del agua a través de las redes generales²⁶ y deberá ser pagado en los mismos plazos que corresponden a las tasas por suministro de agua, facturando y recaudando el canon las mismas entidades que prestan el suministro²⁷. Con este motivo, se prevé el establecimiento de un premio de cobranza y por confección de recibos²⁸. Estas entidades deberán, posteriormente, proceder a ingresar las cantidades percibidas por el canon en favor de la Junta de Saneamiento.

Efectivamente, el artículo 18 de la Ley, tras la redacción que dio la Ley 4/2000, de 30 de diciembre, al regular la obligación de pago señala que en el caso de abastecimiento de agua a través de entidades suministradoras, ésta coincidirá con los plazos de liquidación e ingreso que corresponda a las tasas de suministro de agua, efectuándose la facturación y recaudación del canon por dichas entidades, pudiendo éstas percibir un premio de cobranza y por confección de recibos. Es más, tal como señala este mismo artículo, “las entidades suministradoras, en la forma y cuantía que reglamentariamente se establezca y, en todo caso, con

“c”, el coeficiente que indica el precio por unidad de contaminación DQO, expresado en pesetas por kilogramo, y,

“d”, el coeficiente que indica el precio por unidad de contaminación en NTK, expresado en pesetas por kilogramo.

Los valores de estos coeficientes han sido modificados por la Ley 6/2003, de 30 de diciembre y han sido expresados en euros.

Se les han fijado los siguientes valores: para “a” 0,0701 euros / metro cúbico; para “b” 0,2869 euros / metro cúbico; para “c” 0,2550 euros / metro cúbico; y para “d” 0,7970 euros / metro cúbico.

26 Si se trata de captaciones propias, el devengo se producirá en el momento del uso o consumo del agua.

27 En los casos de abastecimiento de agua por medios propios, o cuando la base venga medida por carga contaminante, el pago se realizará mediante autoliquidación, en la forma y plazos que reglamentariamente se establezca.

28 Existe la obligación para las entidades gestoras de establecer de forma diferenciada, en los recibos, las cuantías correspondientes al canon de las establecidas por tasas de abastecimiento y, en su caso, alcantarillado.

separación de otros conceptos, podrán detraer de las autoliquidaciones que deban realizar, de acuerdo con esta Ley y con las normas que la desarrollen, los importes correspondientes en concepto de premio de cobranza y por confección de recibos, sin perjuicio de la comprobación administrativa posterior”.

En cualquier caso, como decíamos, las cantidades recaudadas deben ser ingresadas a favor de la Junta de Saneamiento, entidad encargada de la gestión, recaudación y administración del canon, según establece el artículo 24 de la Ley de 1994, al regular las funciones de la misma. Además, si analizamos los Presupuestos del Principado de Asturias, vemos que la recaudación estimada del mismo se integra entre los recursos del Organismo Autónomo “Junta de Saneamiento”. Esto se deriva de la expresa afectación que la Ley establece a los gastos del saneamiento de aguas. Sin embargo, a través de la Ley 18/1999, de 31 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales, se llevó a cabo una modificación en la Ley de 1994, facultando a la Junta de Saneamiento para delegar en la Consejería competente en materia económica y presupuestaria la gestión y recaudación del canon²⁹ con el fin de rentabilizar los mecanismos recaudatorios del Principado de Asturias.

Partiendo de esta posibilidad, se suscribió un Convenio entre el Principado de Asturias, a través de la Consejería de Hacienda, y la Junta de Saneamiento, para la delegación de la gestión tributaria del Canon de Saneamiento. En compensación por los gastos de gestión que procedan, la Junta de Saneamiento asume como coste un porcentaje de lo recaudado, en vía voluntaria. En vía ejecutiva, la compensación equivaldrá al recargo de apremio, sin perjuicio de que las costas devengadas y recaudadas como consecuencia de la ejecución del procedimiento de apremio se aplicarán a la Consejería de Hacienda.

Sin embargo, los recargos y los intereses de demora corresponderán a la Junta de Saneamiento, si bien podrán ser objeto de aplicación de las comisiones previstas para la liquidación y recaudación, incluso cuando se acumulen a la deuda en vía ejecutiva.

La Consejería de Hacienda liquidará y hará entrega a la Junta de Saneamiento en el mes siguiente a cada trimestre natural de los importes recaudados en dicho período. De la liquidación se deducirán las compensaciones que corresponda, así como las devoluciones de ingresos indebidos y reembolsos de gastos de aval. En el mes de marzo del ejercicio siguiente se efectuará la liquidación anual, resumen y ajuste de las trimestrales del ejercicio.

29 Más aún, la Ley de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales de 30 de diciembre de 2000 autoriza también la delegación de la inspección del canon.

Como decíamos, el pago debe efectuarse, en el caso de abastecimiento de agua a través de entidades suministradoras, en los plazos de liquidación e ingreso de las tasas de suministro de agua. Deben ser las entidades suministradoras las que efectúen la facturación y recaudación del canon, diferenciando claramente en el recibo el importe del canon y el de las tasas de abastecimiento y, en su caso, de alcantarillado.

De hecho, las entidades suministradoras están obligadas a ingresar, en el plazo de los sesenta días naturales siguientes a la finalización del período de pago, el importe de las cuotas recaudadas por el canon. A estos efectos, deberán efectuar un ingreso a cuenta, mediante declaración-liquidación, en el que figurará el volumen de agua suministrado, el importe del canon y las cantidades recaudadas. Posteriormente, en el mes de marzo de cada año, presentarán una declaración-liquidación resumen anual por cada concejo, en el que harán constar las cantidades facturadas, las recaudadas y las ingresadas a favor de la Junta de Saneamiento. En este resumen anual podrán efectuar regularizaciones por errores en las facturas o causas análogas.

Estas obligaciones formales propias de las entidades suministradoras no encajan en la figura del sustituto del contribuyente en que quiere convertirlas la Ley. Ello porque el sustituto debe proceder a cumplir las obligaciones materiales y formales del contribuyente, desplazando a éste y de la regulación que aquí estamos comentando no parece que sea el caso, ya que más bien se trata de obligaciones propias y específicas de estas entidades, con independencia de las propias del contribuyente.

Además, el artículo 36 del Reglamento, al regular la recaudación en vía ejecutiva establece que las entidades suministradoras estarán obligadas a remitir a la Junta de Saneamiento relación semestral de los contribuyentes que no hayan satisfecho el canon en el período voluntario, con indicación de todos los datos necesarios para la tramitación del procedimiento de apremio. Esta específica regulación vuelve a poner de manifiesto la impropia figura de sustituto que regula esta Ley.

También se prevé un posible procedimiento simplificado, para aquellas entidades suministradoras cuyo volumen anual de agua suministrada sea inferior a 50.000 m³ en el concejo respectivo. En estos casos, se limitarán a presentar, en el mes de marzo una declaración-liquidación específica, comprensiva de los volúmenes de agua suministrados en el año anterior, los importes del canon resultantes y las cantidades recaudadas, acompañando a la misma el justificante del ingreso a favor de la Junta de Saneamiento de éstas.

En cualquier caso, como decíamos, las entidades suministradoras tienen derecho a una compensación económica por la confección y cobro de los recibos en

que se incluya el canon de saneamiento, que el artículo 35 del Reglamento concreta de acuerdo con la siguiente escala:

- Un 5% de lo efectivamente recaudado en los concejos cuya población no exceda de 25.000 habitantes.
- Un 4% de lo efectivamente recaudado en los concejos cuya población esté comprendida entre 25.001 y 100.000 habitantes.
- Un 3% de lo efectivamente recaudado en los concejos cuya población exceda de 100.001 habitantes³⁰.

Y este premio de cobranza, supone realmente una compensación automática ya que, como antes adelantábamos, se descuenta de las cantidades recaudadas antes de su entrega a la Junta de Saneamiento.

En el caso de que no exista entidad suministradora, es decir en los supuestos de abastecimiento de agua por medios propios o, aún existiendo, la determinación de la base se efectúe en función de la carga contaminante, los sujetos pasivos declararán y liquidarán directamente el canon con periodicidad trimestral³¹.

En estos casos, la declaración-liquidación deberá efectuarse dentro de los treinta días naturales del mes siguiente al período a que correspondan, acompañando justificación documental de haber efectuado el ingreso del canon.

Precisamente, la imprecisa regulación de la recaudación que debe ser efectuada por las entidades suministradoras, que la Ley considera sustitutos del contribuyente, ha originado los últimos problemas en la implantación efectiva de este tributo en el Principado de Asturias, al no estar algunos Ayuntamientos muy de acuerdo con su papel recaudador de un tributo del que no son sujeto activo, efectuando un servicio a la Administración del Principado y debiendo comunicarle una serie de datos de los que ellos disponen, olvidando que la Ley quiere considerarlos sujetos pasivos del tributo y, en cualquier caso, que puede establecer una debida obligación de colaboración.

Por otra parte, también puede plantear problemas cuando la gestión de las tasas de abastecimiento de agua y alcantarillado no se lleva a cabo directamente por

30 Añade, este mismo artículo que estos porcentajes podrán ser modificados por Decreto del Consejo de Gobierno.

31 Se establece la posibilidad de que la Junta de Saneamiento autorice la presentación de declaraciones-liquidaciones semestrales, en los casos en que el consumo no sea habitualmente superior a 6.000 m³ anuales.

Más aún, el artículo 31.3 del Reglamento establece la posibilidad de que la Junta de Saneamiento pueda, en supuestos de consumo de agua para usos industriales que reúnan circunstancias excepcionales, autorizar la presentación de declaraciones-liquidaciones con distinta periodicidad.

el ente local sino que éste tiene contratado tal servicio con una empresa privada. En estos casos el servicio que prestan y cuya contraprestación debemos entender que consiste en el premio de cobranza a que antes nos referíamos, ¿obliga a repercutir Impuesto sobre el Valor Añadido a la empresa prestadora del servicio? O debemos entender, siguiendo a la Dirección General de Tributos que resulta de aplicación el artículo 88.1 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, según el cual: “En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda, en los documentos que se presenten al cobro, sin que el importe global del contrato experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido”.

Así, por ejemplo, la Resolución de la Dirección General de Tributos de 29 de enero de 1997 entiende que los servicios de recaudación prestados para un Ayuntamiento están sujetos y no exentos del Impuesto sobre el Valor Añadido, criterio confirmado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de julio de 1991³². Por lo que respecta a la cuestión concreta sobre si el impuesto debe ser repercutido sobre el importe del premio de cobranza señala: “La base imponible dependerá de las estipulaciones concretas que se contengan en el contrato celebrado entre la entidad local y el Recaudador municipal. De no haberse estipulado como contraprestación del servicio de gestión de cobro cantidad distinta que el denominado precio de cobranza, se entendería que en dicho precio está incluida la correspondiente cuota del Impuesto sobre el Valor Añadido. En este caso, la base imponible resultará de multiplicar por 100 el premio de cobranza y dividir el resultado por 100 más el tipo vigente en el momento de cada devengo (16 en la actualidad)”³³.

Por lo que respecta a los problemas de gestión, para algunos Ayuntamientos obligados a efectuar su recaudación se concretan también en la elaboración del padrón, y de la propia liquidación y notificación al contribuyente³⁴.

Pese a que la Ley de Abastecimiento y Saneamiento de Aguas fue aprobada en el Parlamento asturiano el día 4 de febrero de 1994, el canon que en ella se crea no fue aplicado de inmediato. En principio, porque se esperó para su efectiva apli-

32 Asunto 202/90, Ayuntamiento de Sevilla contra Recaudadores de las Zonas Primera y Segunda.

33 En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de 1 de agosto de 2001.

34 La Consejería de Hacienda, en aquellos municipios en los que realiza la gestión del canon utiliza el sistema de notificación por edictos.

cación a que se aprobara el reglamento al que se refiere la ley. Posteriormente, si bien el Proyecto de Presupuestos para 1996 ya contemplaba entre los ingresos una partida correspondiente al citado canon, debido a las vicisitudes políticas por la conformación del Parlamento regional³⁵.

Finalmente, a través del Decreto 19/1998, de 23 de abril, que aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley de 21 de febrero de 1994, se fijan determinados aspectos del canon, como la determinación de la base en estimación objetiva, que habían quedado pendientes según la ley para el posterior desarrollo reglamentario. Ahora bien, por lo que se refiere al tipo de gravamen, según el artículo 28 será fijado anualmente en la Ley de Presupuestos. Nuevamente la situación política asturiana determinó que se pospusiera su aplicación, dado que los presupuestos para 1999, en cuyo proyecto aparecían recogidos los ingresos derivados de este canon, no pudieron ser aprobados en la Junta General del Principado. El nuevo clima político, tras las elecciones autonómicas de 1999 puso en marcha la implantación definitiva del canon.

Es a partir de esa fecha cuando podemos analizar la recaudación que el mismo ha supuesto y compararla, aunque sólo sea aproximadamente con lo que esta misma figura supone con otras Comunidades Autónomas. Los siguientes cuadros muestran, en primer lugar, la recaudación hasta el año 1999, último año del que disponemos de cifras oficiales de recaudación autonómica, de los distintos cánones de saneamiento aprobados en el resto de las Comunidades Autónomas de régimen común. El cuadro nº 2 nos muestra, a su vez, la recaudación prevista del canon en los presupuestos del Principado de Asturias.

35 Por otro lado, se preveía que en tanto no se dilucidase la situación política a nivel nacional, frente a unas elecciones generales, no se iba a aplicar efectivamente el canon por las consecuencias políticas que cualquier incremento de tributos conlleva para cualquier gobernante.

CUADRO Nº 1

C. Saneamiento Miles ptas.	Cataluña	Baleares	Valencia	Canarias	Galicia	La Rioja
1992	6.705.666,3 ³⁶	1.948.262,5				
1993	24.358.644,3	2.811.159,2	3.487.117,0			
1994³⁷	18.804.789,0 ^{**}	3.126.000,0	8.425.767,1			
1995	25.015.823,0	3.680.000,0	9.110.000,0	25.948,0		
1996	25.272.163,0	4.169.000,0	9.775.000,0		109.393,0	
1997	25.481.519,0	4.355.407,0	11.273.933,0		384.329,0	2.352,0
1998	26.712.735	5.013.992	12.541.637		415.331	232.732
1999	27.296.539	5.227.232	15.265.134		884.006	199.647 ³⁸

FUENTE: MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Informes sobre la financiación de las Comunidades Autónomas años 1992 a 1999*. Elaboración propia.

CUADRO Nº 2

Canon de saneamiento Principado de Asturias	Miles ptas.	Euros
2000	2.822.413	
2001	3.013.003	
2002		18.752.762
2003		18.800.000

FUENTE: PRESUPUESTOS DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS, ejercicios 2000 a 2003. Elaboración propia.

36 Se refiere al canon de infraestructuras hidráulicas.

37 A partir de este año, incluye el canon de infraestructuras hidráulicas y el canon e incremento de tarifa de saneamiento.

38 Cifra estimada por la Comunidad Autónoma.

Si comparamos la recaudación del canon con otros tributos medioambientales, o incluso con la recaudación de un impuesto autonómico que no parece presentar dudas sobre su prioritaria finalidad recaudatoria como es el Impuesto que recae sobre el Juego del Bingo, veremos que, en general, la recaudación derivada del canon de saneamiento es superior a la de la mayoría de los denominados impuestos "ambientales" de las Comunidades Autónomas. Y, en particular, en Asturias es superior a las cifras de la recaudación obtenida por el Impuesto sobre el Bingo, como se puede comprobar si observamos los siguientes cuadros:

CUADRO Nº 3

Miles ptas.	I. Cont. Galicia	C. Vertidos Andalucía	C. Vertido mar Murcia	I. Inst. MA Baleares	I. Inst.MA Extremadura	I. Aprov. Cinegéticos	Gravamen prot. civil Cataluña
1991						249.448,9	
1992						294.594,6	
1993						262.692,6	
1994						271.967,3	
1995						331.457	
1996	2.153.893						
1997	2.191.577	85.095	426	1.090.048		298.120	
1998	2.470.766	136.236	6.794	1.974.599	2.621.362	458.455	
1999	2.520.958	342.130	20.597	3.584.206 ³⁹	2.689.222	485.999	155.291

FUENTE: MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Informes sobre la financiación de las Comunidades Autónomas años 1996 a 1999*. Elaboración propia.

39 Cifra estimada por la Comunidad Autónoma.

CUADRO N° 4

I. Bingo (miles ptas)	Cataluña	Murcia	Valencia	Cantabria	C.Mancha	Galicia	Baleares	Asturias	Madrid
1986	5.889.000	351.746,3	1.700.980						
1987	7.273.068	445.645	2.449.177						
1988	8.436.772	499.288,1	2.774.600						
1989	9.439.000	516.224,8	2.997.600	1.100					
1990	10.096.000	578.725	3.201102,4	20.578,6	235.696,4				
1991	10.683.019	592.799,1	3.270.000	165.067,8	675.402,1	436.677,5	781.700		
1992	10.929.205,5	601.475,3	3.331.797,2	215.585,7	845.042,5	916.894	1.242.004,9		
1993	10.129.517,8	597.766,4	3.220.847,8	217.311	600.181,2	852.167,4	1.035.215,7 ⁴⁰	493.307,9	
1994	8.936.259	556.839,8	3.307.005,3	251.747	594.812,6	782.648,6	1.078.000	683.321,9	
1995	9.805.451	487.590	3.206.134	217.316	28.886	762.212	1.124.000	660.980	3.734926
1996	890.800	408.190	3.160.310	191.139	562.467	756.322	1.147.000	692.439	3.402.341
1997	9.564.073	407.191	3.141.488	218.322	559.961	760.513	1.251.312	713.758	5.361.025
1998	9.505.700	397.340	3.180.133	204.958	607.586	762.66	1.285.194	755.733	5.323.982
1999	4.915.531	418.590	3.298.317	171.895	617.108	789.315	1.336.091	730.331	5.303.138

FUENTE: MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA, *Informes sobre la financiación de las Comunidades Autónomas años 1986 a 1999*. Elaboración propia.

40 Incluye, a partir de este ejercicio, el recargo de la tasa sobre el juego.

De los datos expuestos parece claro que se trata de un tributo que tiene una clara finalidad recaudatoria y no tanto una finalidad ambiental como el legislador quiere hacernos ver, ya que no parece responder a ninguno de los esquemas que los tributos ambientales presentan.

Como es sabido, dentro de los impuestos medioambientales se pueden distinguir entre aquellos cuya finalidad es la mera desincentivación de la actividad contaminante⁴¹, y aquellos con finalidad recaudatoria para obtener ingresos destinados a financiar los gastos necesarios para la reducción o eliminación de la contaminación que determinadas actividades provocan. En definitiva, como señala Borrero Moro: "El tributo ambiental se concreta, básicamente, en la imposición de una carga tributaria sobre aquellos actos, hechos o actividades, económicos o realizados desde elementos patrimoniales, que degradan el medio y en función de la degradación ambiental provocada"⁴².

Pues bien, creemos que el canon asturiano no encaja en ninguna de las dos posibilidades ya que ni busca desincentivar la conducta contaminante (al contrario, en cierta medida la va a favorecer al gravar básicamente el consumo de agua), ni resulta un tributo que se cobre por la contaminación causada para reparar el daño que conlleva, ya que, insistimos, lo que realmente se grava es el consumo de agua, e incluso aunque éste no se haya realizado, como puede darse cuando sea de aplicación el mínimo establecido en la Ley. Y el hecho de que se afecte la recaudación obtenida a fines medioambientales, afectación que empieza a ser común denominador de los tributos que quieren calificarse como ambientales, no nos puede hacer pensar que, sin más, el tributo adquiera tal naturaleza. En nuestra opinión, la afectación o no de la recaudación no determina que un tributo sea medioambiental ya que, llevado a su extremo, cualquier tributo por esta vía podría obtener una calificación de "ambiental".

Lo que realmente quiere el legislador es obtener más recursos para poder ofrecer un servicio que considera necesario, lo cual nos lleva nuevamente a plantearnos si la figura elegida es la más adecuada para el objetivo que se quiere alcanzar. Lo cierto es que en general, la regulación que se ha efectuado de este canon presenta imprecisiones y dificultades para definir el hecho imponible y calcular la base y el tipo de gravamen, problemas que se solucionarían si se hubiese elegido otra figura tributaria. Ello porque se quiere gravar una contaminación, producida por un vertido, de difícil medición en algunos casos, para financiar obras y servicios. Como lo más sencillo es determinar el consumo, éste acaba

41 Se incluirían claramente dentro de los tributos con finalidad extrafiscal.

42 Borrero Moro, C.J.: "La proyección del principio de capacidad económica en el marco de los tributos ambientales", en *CIVITAS*, Revista Española de Derecho Financiero, n.º 102, 1999, p. 236.

convirtiéndose en la forma de calcular la base imponible, pero presenta problemas de conexión con el hecho imponible o nos acerca a supuestos de doble imposición, sino jurídica sí claramente económica.

III. CONCLUSIONES

Primera: De la regulación concreta del canon establecido en la Comunidad Autónoma del Principado se puede deducir que su naturaleza jurídica es la de un impuesto⁴³, si bien cabe precisar que con su aprobación se pretende englobar tanto el establecimiento de tasas como de contribuciones especiales, e incluso precios públicos, que pudieran proceder por los servicios de depuración y saneamiento de aguas. Sostenemos que se trata de un impuesto⁴⁴, al igual que ocurre con la mayor parte de los cánones de mismo tipo creados por otras Comunidades Autónomas, porque la determinación del hecho imponible se desvincula de cualquier actividad realizada por la Administración en obras o servicios de saneamiento, con independencia de que posteriormente, los recursos obtenidos sí estén afectos a tales obras.

Segunda: El establecimiento o mejora de un servicio de depuración de aguas, en cuanto supone un gasto de inversión, puede dar lugar a la aprobación de contribuciones especiales, mientras que la explotación, mantenimiento y gestión de las obras e instalaciones de depuración, dan lugar al establecimiento de otra figura tributaria como es la tasa. Del contenido de la ley que estamos analizando se desprende que este canon va a venir a sustituir ambas figuras, sean autonómicas o locales, ya que se señala su incompatibilidad con la imposición de tasas, precios públicos o contribuciones especiales, o cualquier otro tributo, tanto autonómico como local que esté destinado a financiar los mismos gastos que este canon⁴⁵. En cambio, sí podrán establecerse exacciones que recaigan sobre el agua siempre que no graven el mismo hecho imponible, por prohibirlo expresamente el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

43 Aun cuando el artículo 12 del Reglamento sólo señale que constituye un tributo propio de la Hacienda del Principado.

44 Aunque el legislador asturiano no parecía estar muy seguro de ello ya que en los ejercicios 2000 y 2001 en los Presupuestos del Principado de Asturias, el canon figuraba en el capítulo 3, tasas y otros ingresos. Es a partir del año 2002 cuando el canon aparece en el capítulo 2, impuestos indirectos.

45 A estos efectos, la Disposición Adicional Primera prevé que: «A los concejos y demás entidades públicas que presten el servicio de depuración de aguas residuales en la forma y bajo las condiciones que reglamentariamente apruebe el Consejo de Gobierno, se les pagará por los costes de explotación, mantenimiento y conservación que soporten, y por los de inversiones en los casos a que hace referencia el art. 10.3».

Asimismo, la Disposición Transitoria Tercera señala: «Las tarifas de cualesquiera tributos establecidos genéricamente por las entidades locales radicadas en el territorio del Principado de As-

Tercera: Mientras los cánones de algunas Comunidades Autónomas prevén diversas bonificaciones y primas por depuración para quienes traten de incorporar mecanismos que disminuyan los efectos perjudiciales que sus instalaciones puedan causar al medio ambiente, por lo que se pueden incluir entre los tributos que más que una finalidad recaudatoria tienen una finalidad desincentivadora de las actuaciones sobre las que recaen, la técnica adoptada por la ley asturiana ha sido la contraria. No pretende primar a aquellos sujetos que traten de que sus actividades contaminen menos, lo cual se refiere a usos industriales del agua a través de bonificaciones, sino que esta circunstancia la tiene en cuenta a la hora de determinar el tipo de gravamen aplicable. Pero además establece, en su artículo 12, un recargo en los casos de usos domésticos abusivos y desproporcionados de agua, con lo que parece además tratar de controlar un posible derroche de agua, en cuanto se trata de un bien escaso⁴⁶. Esta medida pretende, como se señala en el Preámbulo de la Ley, «velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente». El legislador asturiano considera que este mandato constitucional cobra especial importancia en relación con el agua, por su carácter de recurso escaso y por tratarse de un bien que se puede considerar indispensable, por lo que es preciso adecuar su utilización a los principios de economía y de eficacia.

Como ya hemos indicado este mismo artículo 12, recoge la posibilidad de establecer medidas compensatorias en supuestos de necesidad económica, si bien se nos escapa cuándo se entiende que tales casos se dan como cuáles puedan ser las medidas al efecto⁴⁷.

turias sobre los servicios de saneamiento, deberán ser revisadas a la fecha de aplicación del canon para suprimir, en su caso, la incidencia que sobre las mismas pudiera tener la prestación del servicio de depuración, cuya compensación será efectuada en la forma determinada en la disposición adicional primera de la presente Ley».

46 También se prevé el posible establecimiento de medidas compensatorias en situación de necesidad económica.

47 Pudiera ser que el legislador asturiano se hubiera planteado hasta qué punto el consumo de agua, bien de primera necesidad cuando se trata de consumo directo, representa un índice de capacidad económica que deba ser gravado y más aún, añadiríamos, cuando lo que se grava no es sólo el consumo real sino también el potencial (vid. , sobre esta cuestión, García Novoa, C., "El canon de saneamiento de la Comunidad Autónoma gallega", Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 241, 1996, págs. 609 y ss.)

Ahora bien, en su caso las medidas compensatorias, dado que el artículo 12 no señala nada al respecto, pudieran serlo tanto en el caso de usos domésticos como industriales. Quizás hubiera sido más acertado incluir alguna medida como, por ejemplo, ocurre en Baleares, donde se establece una bonificación del 75% de la cuota fija a viviendas cuando el contribuyente no disponga de ingresos anuales atribuibles a la unidad familiar superiores al salario mínimo interprofesional multiplicado por el coeficiente 1,25.

Cuarta: Al ser un impuesto que se basa en el consumo de agua no puede tener en cuenta la capacidad económica de los sujetos llamados a satisfacerle por lo que se incumple este principio constitucional.

Mas aún, como ya señalamos, al establecerse una tributación mínima aunque no se haya alcanzado tal consumo, no sólo no se tiene en cuenta la capacidad económica sino también tampoco encuentra correcto encaje, con el otro principio, al que quieren atender gran parte de los pretendidos impuestos medioambientales, aunque no esté plasmado legalmente en nuestro ordenamiento, el principio tan en boga últimamente de que “quien contamina, paga”.

Por otra parte, tanto el establecimiento de recargos por usos abusivos como la búsqueda de medidas compensatorias en supuestos de necesidad económica parecen medidas incoherentes con el hecho de que se establezca una tributación mínima, por la que se habrá de tributar incluso cuando el consumo haya sido menor. Mas aún, en los casos en los que el consumo fuese cero, se exigiría en todo caso el impuesto, dándose la paradoja que ni tan siquiera se ha realizado el hecho imponible, salvo que se considere que éste lo constituya incluso el no consumo, lo que resultaría sorprendente.

Ítem más, como ya señalamos anteriormente, no parece coherente que se intente, por una parte, evitar usos abusivos del agua y, por otra, se desincentive su control estableciendo un mínimo por el que se debe tributar en todo caso. Y la existencia de ese mínimo también parece poco acorde con la hipotética adopción de medidas en supuestos de necesidad económica cuando, por otra parte, el hecho de querer gravar el consumo, incluso potencial, no es la mejor medida, como ya hemos dicho, de gravar la capacidad económica.

Quinta: No nos parece adecuado que la mayor parte de los cánones de saneamiento, y entre ellos el establecido en Asturias, se configuren como impuestos finalistas, ya que este carácter hace perder su verdadero significado a los impuestos al adscribirles a satisfacer necesidades comunes específicas y lleva consigo con ello, además, perder el sentido de solidaridad que debe impregnar a los impuestos.

Sexta: Resulta, a nuestro juicio, en todo caso improcedente, el establecimiento de premios por recaudación a las entidades encargadas del suministro de aguas o de su gestión, pues ello conducirá a situaciones de prevalencia e incluso puede conducir a abusos y por ser este sistema más propio de administraciones anticuadas y sin medios suficientes.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Adame Martínez, F. D.: “Los tributos ecológicos de las Comunidades Autónomas”, en Revista de Estudios Regionales, nº 37, 1993.

Borrero Moro ,C. J.: “La proyección del principio de capacidad económica en el marco de los tributos ambientales”, Civitas, Revista Española de Derecho Financiero, nº 102, 1999.

García Novoa, C.: “El canon de saneamiento de la Comunidad Autónoma Gallega”, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 241, 1996.

LA JUSTICIA EN EL CAMINO DE SANTIAGO

JOSÉ RICARDO PARDO GATO

Abogado.

Investigador del Archivo Catedralicio de Santiago de Compostela.

Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de A Coruña.

*En honor al Camino de Santiago y a sus peregrinos.
(Premio Príncipe de Asturias de la Concordia 2004)*

I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA ASTURIANA EN EL CAMINO

Iniciado el siglo XXI, el hombre no ha dejado de sentir la imperiosa necesidad de mirar hacia el pasado para no perder su propia identidad y aquellos valores que refuerzan las creencias. En un mundo marcado por la globalización y por la creciente uniformidad de costumbres e inquietudes, se hace cada vez más acuciante la búsqueda de aquellos elementos y simbolismos que han configurado a lo largo del tiempo el carácter y la idiosincrasia de los pueblos, y cuya necesidad de perdurabilidad deviene incuestionable.

La grandeza que supone la tradición jacobea resulta por ello sumamente importante a los efectos de la fusión de los lazos socioculturales de los más diversos países, y de gentes de todas las edades, pues el Camino de Santiago, como espacio cultural cuya notoriedad y relevancia es compartida por los distintos pueblos que conforman Europa, del que todos somos protagonistas desde su origen, no deja de ser, como su propia denominación indica, una vía de comunicación abierta, que a lo largo de los siglos, y ante muy diversas vicisitudes, ha tenido y conserva una extraordinaria trascendencia a todos los niveles, que se va engrandeciendo día a día y con el transcurso de cada año jubilar.

Como gran ruta histórica, ha incidido de manera primordial en la configuración del ámbito geográfico que atraviesa a lo largo y ancho de su recorrido, configurando finalmente un modo específico de asentamiento humano en su desarrollo, una tipología característica de las poblaciones que jalonan su ruta, e incluso manifestaciones artísticas y arquitectónicas dotadas de un peculiar carácter, hasta

el extremo de poder afirmar que ni el románico ni el gótico medievales habrían podido alcanzar todo su apogeo de no haberse estimulado su difusión por las sendas recorridas a través de tan reconocida tierra hollada de tránsito.

Esta tradición secular concita cada vez más reconocimientos y apoyos, no sólo de la ciudadanía, que valora el legado de Santiago a la cultura occidental, sino también de las más altas instancias internacionales. No es de extrañar, por ello, que en el primer Año Santo Compostelano de este tercer milenio de la era cristiana el Camino de Santiago haya recibido, entre otras treinta y ocho candidaturas de veinte países diferentes, el Premio Príncipe de Asturias de la Concordia¹, destacando el jurado su inmenso valor como símbolo de fraternidad, vertebrador de una conciencia europea².

No puede ser casual, por tanto, la importancia que ha tenido Asturias en la configuración de la peregrinación jacobea, dado que el sentido nacional, neogodo, que percibimos en las crónicas mozárabes de la monarquía asturiana, precisaba mitos con los que robustecerse, sobre todo si nos atenemos a que, ya desde su nacimiento, Asturias había marcado claramente las diferencias con el islam. Ante el conflicto religioso del adopcionismo³, Asturias quería ser romana, pero fundamentalmente cristiana, y si los moros tenían como referente a Mahoma, los cristianos tendrían a Santiago⁴, siguiendo la necesidad de mostrar que un hombre puede alcanzar la condición casi divina de héroe⁵.

Podemos afirmar, así, que Asturias encontró en las tierras recién integradas a su poder con motivo de dicho conflicto, en Galicia, al héroe que precisaba en su esfuerzo de supervivencia, con un proyecto en el que vagamente se vislumbraba lo que hoy denominaríamos como un programa político de sentido nacional.

- 1 El jurado del Premio Príncipe de Asturias de la Concordia, formado por treinta miembros, además del presidente y del secretario, siendo todos ellos integrantes del Patronato de la Fundación Príncipe de Asturias, falló el 7 de septiembre de 2004 el galardón, que recayó en la candidatura del Camino de Santiago.
- 2 Manifestaciones realizadas por el presidente del Jurado y jefe del Ejecutivo asturiano, Vicente Álvarez Areces, que justificó esta concesión al Camino por ser un lugar de peregrinación y encuentro entre personas y siglos.
- 3 El adopcionismo fue el conflicto religioso de los siglos VIII y IX que señalaba un intento de síntesis entre el islam y el cristianismo, y de su solución dependía en gran parte el futuro cultural de la península. En este sentido, los asturianos, alentados por los obispos de la Galia, no transigieron con el intento de mitigar la diferencia fundamental entre el cristianismo y el islam: la naturaleza divina de Cristo.
- 4 Aunque probablemente más leyenda que realidad, se cuenta que Santiago tomó la espada y el caballo por primera vez el 23 de mayo del año 844, para ayudar a Ramiro I de Asturias en la batalla de Clavijo, contra Abderramán II.
- 5 La misma idea habían tenido los griegos, quienes a través de ella dignificaron su concepción humanista del mundo.

Junto al más que merecido premio asturiano de calado internacional recibido, ya anteriormente, el Consejo de Europa significara con el título de Gran Itinerario Cultural Europeo⁶ el elevado valor artístico-cultural de la ruta espacial y espiritual que comienza más allá de los Pirineos, que tiene en la península ramificaciones que imprimen especial peculiaridad al peregrinaje y que culmina en el milagro pétreo de la capital de Galicia, ciudad que nació para recibir y acoger las miles de peregrinaciones que tenían como horizonte la tumba del apóstol.

II. DIFERENTES ENFOQUES DEL FENÓMENO JACOBEO

Muchas de las aseveraciones que sobre el Camino de Santiago se pueden efectuar las podemos realizar a partir de los datos y fuentes recogidos en los numerosos trabajos de investigación vertidos en torno al hecho jacobeo, estudios que han alcanzado un muy elevado nivel en las últimas dos décadas y que han tenido, en muchos casos, obligada cita en los congresos hasta el momento realizados⁷.

Los benéficos efectos de esta labor científica se han dejado sentir palpablemente en el *Xacobeo 2004*. Y es que la afluencia de peregrinos y de visitantes a Compostela sigue en línea ascendente, lo que ha sido fruto, entre otros posibles motivos, de la seria y sólida comprobación científica de datos históricos que hasta hace poco circulaban como hipótesis un tanto legendarias.

A sabiendas de que la gran mayoría de esos estudios han tenido un carácter eminentemente histórico, no por ello han faltado trabajos de cariz cultural, económico o religioso, siendo quizás el sector menos atendido hasta hoy el que hace referencia al ámbito jurídico.

Dado que un espacio de tal calado y relevancia universal no debe quedar al margen del Derecho, la labor del jurista al respecto no ha de sustituir legítimamente al especialista en cada uno de los distintos aspectos susceptibles de análisis, lo que no debe llevarle a ignorar la realidad –principalmente histórica– que ha de ser objeto de tratamiento desde su propia perspectiva temática.

Pero aún dentro del campo jurídico caben, como es obvio, diferentes enfoques desde los que abordar el fenómeno jacobeo, tanto dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia y sus títulos competenciales incidentes sobre el tema, como en el seno del contexto español, europeo e internacional.

6 Distinguido por la UNESCO como Patrimonio Cultural de la Humanidad, a la construcción de Europa y a la creación de la conciencia europea durante siglos.

7 En particular, los Congresos Internacionales de Estudios Jacobeos. El último, el VII Congreso Internacional de Estudios Jacobeos “*Visitandum est... santos y cultos en el Codex Calixtinus*”, tuvo lugar en Santiago de Compostela, del 16 al 19 de septiembre de 2004.

Desde el prisma autonómico, con la Ley gallega de Protección de los Caminos de Santiago de 1996 y la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia, que antecede a aquella en un año, se completó el marco jurídico de este bien cuyo germen se remonta al Decreto 2224/1962, de 5 de septiembre, que lo declara conjunto histórico-artístico; regulación que encuentra acomodo en el diseño competencial establecido por la Constitución española y en el artículo 27.18 del Estatuto de Autonomía de Galicia⁸, y que ha sido objeto de estudio monográfico, entre otros, por MEILÁN GIL, RODRÍGUEZ-ARANA o ALONSO GARCÍA⁹.

También el Camino de Santiago ha sido tratado, si bien someramente, desde el ámbito del Derecho urbanístico, haciendo referencia a su delimitación geográfica, en especial la del camino francés, por RAPOSO ARCEO y MUIÑO FIDALGO¹⁰, que ya se hacían eco de la carencia casi absoluta de estudios jurídicos sobre la cuestión en general. En este sentido, el urbanismo ha de entenderse a los efectos como medio de protección y de rehabilitación del Camino de Santiago, que a través de sus diferentes instrumentos normativos, y dado su carácter de legislación básica para el logro de tales objetivos dentro del ordenamiento jurídico español, persigue entre las finalidades de la acción urbanística la de procurar que el suelo por donde transcurre se utilice en congruencia con la utilidad pública y la función social de la propiedad, además de orientar la composición arquitectónica de las edificaciones y regular, en los casos que fuera necesario, sus características estéticas.

III. LA PERSPECTIVA HISTÓRICO-JURÍDICA DEL CAMINO DE SANTIAGO

Pero, salvo contadas excepciones, como las aquí reseñadas, lo cierto es que la perspectiva jurídica que se desprende del Camino no ha recibido hasta la fecha

8 El artículo 27.18 del Estatuto de Autonomía de Galicia otorga a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de patrimonio histórico, artístico, arquitectónico y arqueológico de interés de Galicia.

9 Por lo que se refiere estrictamente al ámbito competencial autonómico: MEILÁN GIL, J.L., "La regulación jurídica del "Camino de Santiago" desde la perspectiva del Estado Autonómico", y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "El Camino de Santiago: una aproximación competencial"; ambos trabajos incluidos en la obra colectiva *Estudios jurídicos sobre el Camino de Santiago*, Fundación Instituto Gallego de Estudios Autonómicos y Comunitarios, Santiago de Compostela, 1994. Sin perder de vista el abanico competencial gallego al respecto, pero incidiendo sobre la Ley de Protección de los Caminos de Santiago y sobre la Ley de Patrimonio Cultural de Galicia: ALONSO GARCÍA, J., *La protección jurídica del Camino de Santiago en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2000.

10 RAPOSO ARCEO, J. y MUIÑO FIDALGO, L., "La protección jurídica del Camino de Santiago", *Estudios jurídicos sobre el Camino...*, ob. cit., pp. 29 a 48.

la atención que su interés merece, o, por lo menos, la que desde mi punto de vista debería prestársele, que no es otra que la vertiente histórico-jurídica, la cual nos servirá para revalorizar su significación actual.

Y ello a pesar de que, hace casi justamente medio siglo, y como una de las actuaciones conmemorativas del “XIX centenario del martirio del apóstol Santiago”, el Instituto de España convocó un certamen para galardonar un estudio profundo sobre las peregrinaciones jacobeanas. Aunque no obtuvo entonces el asenso mayoritario de un jurado obligatoriamente heterogéneo, el trabajo presentado por VÁZQUEZ DE PARGA, LACARRA y URÍA RÍUS, bajo el lema *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela*, mereció en 1945 la máxima distinción por parte del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que además se hizo cargo de su inmediata edición¹¹. Se encuentra así al alcance de todos los interesados, y no sólo de los medievalistas, una de las más prestigiosas y notables producciones de la historiografía científica española del pasado siglo y que constituye todavía un instrumento de consulta imprescindible sobre el tema y sus directas connotaciones, no sólo históricas sino también jurídicas, sobre todo al dedicar LACARRA, dentro del contexto de la obra, un capítulo monográfico a la protección jurídica del peregrino¹².

Con posterioridad, el elemento histórico-jurídico fue también objeto de análisis por nuestro excelso VALIÑA SAMPEDRO, el que fuera cura del Cebreiro y doctor en Derecho canónico, que tanto y bueno desarrolló en su vida en favor de la ruta jacobea y de los peregrinos que por su parroquia transitaron. El estudio de su obra al respecto, merecedora de grandes elogios académicos, debe ser puesta en valor día a día, pues de los datos por él recopilados y revisados en su libro *El Camino de Santiago: estudio histórico-jurídico*¹³ deben servirnos de fuente y guía para un análisis riguroso de la cuestión.

Sin perjuicio de la contrastada calidad del resto de trabajos, el enfoque aportado por LACARRA y ELÍAS VALIÑA despierta en mí especial interés, en tanto que su estudio ahonda sobre la variopinta aplicación del Derecho y su utilidad en manos de las distintas personas que, de una manera u otra, se vieron implicadas durante siglos en el hecho de la peregrinación jacobea.

11 VÁZQUEZ DE PARGA, L., LACARRA, J.M.^a y URÍA RÍUS, J., *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela*, tomos I y II, edición facsímil de la realizada en 1948 por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Gobierno de Navarra, Departamento de Educación y Cultura, Pamplona, 1998.

12 LACARRA, J.M.^a., “Protección jurídica del peregrino”, *Las peregrinaciones a Santiago...*, ob. cit., tomo I, parte segunda, capítulo IV, pp. 255 a 279.

13 El libro de VALIÑA SAMPEDRO, E., *El Camino de Santiago: estudio histórico-jurídico*, que fue galardonado con el Premio “Antonio de Nebrija” 1967, cuenta con tres ediciones: una primera que data de 1971, una segunda de 1990 y una tercera del año 2000, todas ellas editadas por el Servicio de Publicaciones de la Diputación Provincial de Lugo.

A nadie le puede pasar inadvertido que el flujo y reflujo de tantísimos peregrinos a Compostela desde el siglo IX no pudo quedar limitado a sembrar de caminos el territorio de Europa, fundamentalmente el de Hispania, pues resulta evidente que entre tan numerosos viandantes debieron existir inevitables conflictos o, al menos, ciertas situaciones que, a buen seguro, necesitaron de determinada connotación jurídica, expresa o tácita, sobre todo si nos atenemos al hecho de que muchos de ellos procedían de pueblos diferentes y enemigos entre sí, y que su comunicación tenía lugar por medio de distintas lenguas.

Si es cierto que cada tramo de la vía guarda algo de quienes han vivido a la vera de sus orillas y de quienes han transitado sobre sus piedras, podemos también apostillar la efectiva existencia de determinados vestigios sobre las interrelaciones habidas entre ellos, algunas de las cuales propiciaron, en su caso, la necesidad de formalización escrita, lo que se constata a través del hallazgo de contratos de compra-venta, de porteo y puenteo, así como de otorgamiento de testamentos –no olvidemos que muchos peregrinos enfermaban durante el viaje y algunos de ellos fallecían lejos de su país de origen¹⁴–.

Asimismo, la necesidad de unas, siquiera elementales, normas de seguridad personal, de alimento, de cobijo, o de atención y cuidados médicos, dieron lugar, en determinadas ocasiones, a igual constatación jurídica, en aras a revestir de mayor oficialidad tales garantías; contratos que datan, al menos, del año 1085¹⁵ y que se convierten en fieles reflejos de las relaciones jurídicas surgidas.

IV. SEMBLANZA JURÍDICA DE LA PRIMIGENIA ÉPOCA DEL PEREGRINAJE

IV.1. Motivos de peregrinación

Aunque casi siempre el peregrinar respondía a la satisfacción de un acto individual de devoción nacido desde el descubrimiento del sepulcro del apóstol Santiago en el siglo IX, muchos fueron los romeros que durante la Edad Media emprendieron el viaje compelidos por una penitencia canónica o por una sentencia civil, y cuando se admitió el principio de la sustitución, no faltaron peregrinos a sueldo y por manda testamentaria. En esa época no puede decirse que estuvie-

14 Ejemplos de fallecimientos durante el caminar se recogen en LOSADA, B. y VICENTE, M.G. (*O Camiño de Santiago*, Ir Indo Edicións, S.A., 1992, p. 57), "...Sant Alaume, que en Castilla llaman San Lesmes, fundador de una ermita en Burgos, y allí murió. Le tengo mucha ley al obispo Sifried de Maguncia, que llegó "causa orationis" en 1072. O aquel, sin nombre, que venía con treinta de Lotaringia y murió de camino...".

15 Así se señala en LOSADA, B. y VICENTE, M.G., *O Camiño de Santiago...*, ob. cit., p. 55.

ra muy definida la división entre lo religioso y lo secular, el pecado suponía delito y el delito era pecado.

De entre las peregrinaciones a cualquiera de los numerosos santuarios del mundo cristiano¹⁶, Santiago de Compostela fue, desde siempre, el destino significativamente preferido como meta impuesta a los sancionados por la iglesia o la autoridad civil, lo que refleja su clara preeminencia en la devoción cristiana, hasta el punto de que Dante llegó a sostener que no se considera peregrino sino a quien va a la casa de Santiago, ya que esta santa sepultura se halla más lejos de su patria que la de cualquier otro apóstol¹⁷.

Pese a lo difícil de precisar el momento en que se introduce la peregrinación como pena civil, ni cuáles fueron las comarcas europeas en las que estuvo en uso, cierto es que el caminar a Compostela se impuso como castigo en muy variados casos: en la *Paix d'Angleur* de 1312 se estipula a beneficio de la comuna, para determinada clase de golpes; los *Estatutos de la Ciudad de Lieja* de 1328, en una disposición que recoge la *Paix de Saint Jacques* de 1487, condena a un viaje a Santiago al raptor de la mujer o de la hija de otro con sus bienes; a partir de los *Estatutos de Jean d'Arckel*, en 1366, aparece en casi todos los monumentos referidos al derecho de la ciudad de Lieja la pena de peregrinación a Compostela para el juez o escabino culpable de indelicadeza; igual castigo se dispone en los *Estatutos de Maestrich* de 1380 para aquel que asignase ante el juez eclesiástico a alguien por un asunto que sólo comportase pena de multa; en 1499 una ordenanza de los señores y la magistratura de Saint-Trond condena al mismo peregrinaje al que dé alojamiento a personas que vivan públicamente en adulterio; mientras que en el artículo 27 de la *Charte de Tongres* se castiga con dos viajes a Santiago, uno en beneficio del señor y otro para la ciudad, al que desenfundara espada o cuchillo contra el prójimo.

Esta tradición de perdonar determinados delitos siempre que el sujeto infractor se comprometiera a realizar el Camino de Santiago tuvo, por tanto, su mayor desarrollo en Francia y Bélgica. Contemplada esta peregrinación durante el siglo XVI por la autoridad civil en los Países Bajos en cumplimiento de una sentencia dictada por el juez, dicha práctica sigue manteniendo en Bélgica su vigencia en nuestros días, donde los jóvenes condenados por delitos menores ganan el

16 Al respecto, *vid.* AA.VV., *El mundo de las peregrinaciones. Roma, Santiago, Jerusalén*, edición a cargo de CAUCCI VON SAUKEN, P., Lunweg Editores, Barcelona-Madrid, 1999.

17 En concreto, en cuanto a la terminología a emplear, Dante estableció el siguiente catálogo: "Se llama *palmero* al que viene de Ultramar, porque de allí vienen los más con una palma. Se llaman *peregrinos* los que van a la Casa de Galicia, pues el sepulcro de Santiago está más lejos de su patria que ningún otro de los sepulcros de los Apóstoles. Se llaman *romeros* los que van a Roma".

jubileo para evitar tener que ir a la cárcel, en lo que se conoce como proyecto *Oikoten*¹⁸.

IV.2. Protección de partida y de regreso

Sea cual fuere la motivación de la peregrinación, ya antes de ponerse en marcha el peregrino tenía que procurar la bendición de su persona, del cayado y del zurrón, pues pocos eran los que se atrevían a emprender un viaje sin compañía ante la inseguridad de la época y las guerras que assolaban Europa por aquel entonces.

Junto al conocido distintivo de la concha jacobea, cosida o adherida a la ropa del peregrino¹⁹, y a las más que aconsejables cartas de recomendación y documentos de identificación personal, para toda garantía, convenía aportar, de ida, carta del párroco o del obispo, ya que es verdad que, para evitar un decrecimiento en la peregrinación, y a instancia del clero compostelano, Juan II había dirigido un llamamiento desde Medina del Campo a los habitantes de los reinos de Italia, Francia, Alemania, Hungría, Suecia, Noruega o de cualquier otra nación, para que con su salvoconducto y bajo su guardia, custodia y amparo pudieran ir, por tierra o mar, de noche o de día, a visitar la iglesia de Santiago²⁰. También los Reyes Católicos, encontrándose en Guadalupe, en fecha 16 de enero de 1479, dirigieron una carta de seguro a todos los fieles cristianos que tuviesen intención de venir en romería a Santiago, participándoles que los recibirían bajo su protección²¹.

18 El proyecto *Oikoten* utiliza la histórica ruta con esta finalidad desde la década de los ochenta. El éxito de la iniciativa en Bélgica (alrededor de un sesenta por ciento de los jóvenes que se acogen a ella consiguen la libertad) ha llevado a algunos jueces y abogados españoles a defender que el Camino de Santiago se convierta también en España en una alternativa a la privación de libertad de jóvenes delincuentes (en prensa: *La Voz de Galicia*, 20 de septiembre de 2004).

19 La función legal de la concha jacobea, que otorgaba cierta seguridad jurídica al peregrino, fue puesta de manifiesto por PLÖTZ, R., en su ponencia "*Signum peregrinationis: recuerdo santo y protección divina*", presentada durante el VII Congreso Internacional de Estudios Jacobeos "*Visitandum est... Santos y cultos en el Codex Calixtinus*", celebrado en Santiago de Compostela, del 16 al 19 de septiembre de 2004. Durante su exposición, Robert Plötz resaltó que, de entre los restos arqueológicos encontrados en Alemania, y que datan del siglo XII, se puede acreditar que las conchas no tenían como mera utilidad la de facilitar la absorción de líquido (beber), pues las mismas se hallaban sujetas a la ropa, infiriéndose con ello que su finalidad era más bien la de verificar la condición de peregrino, dotándolo de una especial protección, pese a que no se pudiera asemejar a la mayor garantía jurídica dispensada a través del conveniente certificado emitido al efecto.

20 Se trataba de un amplio salvoconducto para que los habitantes de tales reinos pudieran, durante todo el año que entraba y hasta el 31 de diciembre, venir, estar y volver seguros a visitar la Catedral santiaguesa, siendo recibidos por Juan II bajo su guarda y amparo (LÓPEZ FERREIRO, A., *Historia de la S. A. M. iglesia de Santiago de Compostela*, vol. VII, apénd. XV.).

21 LÓPEZ FERREIRO, A., *Historia...*, ob. cit., vol. VII, p. 403, nota 3.

Para la vuelta, al igual que sucedía en el viaje de ida, convenía disponer de la *compostelana*, documento que, alejado de la significación que recibe hoy en día y bajo una connotación muy diferente, sirvió al peregrino, durante largo tiempo, a modo de salvoconducto de regreso, para acreditar con su porteo que había culminado su pío viaje a Compostela.

IV.3. Fuentes normativas

Toda la normativa que hoy en día protege nuestro insistente caminar hacia la tumba de Santiago el Mayor tuvo sus antecedentes en una profusión de leyes, costumbres y decisiones episcopales o pontificias que ya de aquella favorecían a los romeros, pues de la *Gran Perdonanza* de 1434, año en el que un número extraordinario de peregrinos acudieron a Compostela con objeto de ganar el jubileo, se desprendió todo un cuerpo legal, no siempre encumbrado de la suficiente claridad.

El Fuero de Estella dictaminó en 1090 sobre los habituales casos de robo a los peregrinos, sobre los derechos de alojamiento, sobre la compra de animales para el camino, siempre con testigos, garantía de que no habían sido robados; en el año 1164, el mismo fuero resolvió que si alguien compraba bestia de romero o comerciante y no podía presentar *auctor*, *bastábale* presentar testigos que jurasen que la compró de peregrino que llevaba esportilla y bordón (*cum spera et baculo*). En las Partidas de Alfonso X, en la ley 2, se habla propiamente de salvoconductos, de la obligación de prestar a los romeros hospedaje a cubierto. El Libro de los Fueros de Castilla, que también recoge el supuesto del Fuero de Estella de 1164 y lo hace extensivo al caso de venta de ropa o planta²², se refiere expresamente a las testamentarías, del remate de los bienes del peregrino muerto, que quedaban para la familia, o para sus compañeros, y, cuando éstos le faltaban, para el posadero que le prestó auxilio en sus últimos momentos de vida o lo acompañó en su agonía²³.

IV.4. Las transacciones comerciales en el Camino

De conclusas peregrinaciones he tenido igualmente constancia de la existencia de privilegios y exenciones que la legislación civil de los distintos reinos españoles a los peregrinos otorgaba, al no tener que pagar portazgo, peaje, ni dere-

22 Fuero de Estella, año 1164, artículo 34.

23 Sobre el testamento del peregrino, tanto para el caso de fallecimiento sin haber hecho testamento, como para el supuesto de su formalización antes de la muerte, *vid.* VALIÑA SAMPEDRO, E., *El Camino de Santiago...*, *ob. cit.*, pp. 58 a 64, donde también hace referencia a la casuística de la muerte acaecida en la posada.

cho alguno por los animales o bienes que trajeren consigo por razón de su destino²⁴. Este privilegio lo extendió en el año 1390 Juan I, en Cortes de Guadalajara, a que pudieran sacar o meter libremente en el reino “*palafrenes, trotones y jacas*”, siempre que se tratara de peregrinos extranjeros y que constara claramente que aquellas cabalgaduras no nacieron en el reino²⁵.

Debemos recordar igualmente la reglamentación medieval de la fianza y de la prenda, en tanto que quien deseaba hacer efectivo un crédito prendaba al deudor sus muebles y los guardaba en su poder, hasta que aquél pagaba o presentaba un fiador idóneo. Esta medida era definitiva si el deudor no discutía los fundamentos de la demanda; en otro caso, dependía su eficacia del resultado del litigio entre acreedor y deudor. Aunque primitivamente esta prenda se hacía sin autorización judicial, fue en el siglo XI, y para determinadas excepciones, cuando por primera vez se requirió autorización previa del juez para proceder a prender²⁶. Por otro lado, el gobernador de Galicia, el conde Ramón de Borgoña, decretó en el año 1095 que ningún mercader de Compostela ni de sus cercanías pudiese ser prendado ni embargado por nadie si antes no presentaba su demanda de prenda en Santiago ante el obispo y el concejo, con testigos idóneos.

Abundaban mercaderes cuya protección y salvaguarda era equiparada a la de los peregrinos, ya que ambos, en general, venían de tierras lejanas, no siendo fácil conocer el fuero o legislación personal por el que se regían. Aunque los comerciantes, para sus transacciones mercantiles, necesitaban de una garantía y protección especial, y para los peregrinos, por el fin espiritual de su viaje, era más obligada la hospitalidad y caridad (la cual era exigida, entre la distinta legislación canónica y civil²⁷, por la *Guía* del siglo XII²⁸), unos y otros, en su transitar, fomentaron el comercio y la riqueza. Por eso es habitual encontrar disposiciones legales que establecían un parangón entre el peregrino y el mercader, viniendo en

24 Partida I, tít. 24, ley 3.

25 Recogida por Juan II en Cortes de Burgos, por las Ordenanzas Reales de Castilla, libro I, tít. II, ley 2, y por la *Novísima Recopilación*, libro I, tít. 30, ley 4. En vez de “trotones y hacas”, la *Novísima Recopilación* habla de “trotones y vacas”, variación que se debió, sin duda, a un error de transcripción (LACARRA, J.Mª., “Protección jurídica...”, cit., p. 259, nota 17).

26 HINOJOSA, *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915, p. 81; y ORLANDIS, J., *La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval*, 1943, pp. 81 a 183.

27 Vid., por ejemplo, el canon XIV del Concilio de los obispos de Castilla reunido en Valladolid en 1322.

28 Como recuerda la *Guía* del siglo XII, los peregrinos de Santiago, sean ricos o pobres, tienen derecho a la hospitalidad y deben ser atendidos diligentemente (Libro V del *Liber Sancti Jacobi*, cap. XI; cuya traducción del latín al castellano la encontramos en FEO GARCÍA, J., MORALEJO, A. y TORRES RODRÍGUEZ, C., *Liber Sancti Jacobi: Codex Calixtinus*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1ª ed., 1998).

ocasiones equiparados legalmente, si bien, como rezan las Partidas, los peregrinos que van con “*entencion de servir a Dios, e ganar perdon de sus pecados e paraíso*”, deben ser siempre aún mejor recibidos que los comerciantes que van “*con entencion de ganar algo*”²⁹.

Como ejemplos de esta variopinta legislación, los peregrinos, al igual que los mercaderes, según dispone el canon IV del Concilio de León de 1114, ratificado ese mismo año en Compostela, podían circular libremente por los reinos españoles, sin que nadie pudiera poner mano en sus personas y bienes. El Fuero Real incide sobre este derecho del peregrino a circular por todo el reino “*ellos e sus compañías con sus cosas*”, mientras que Alfonso el Sabio, por decreto de 1254, les autoriza “*ut per singula regna nostra et provincias nostre dicción subiectas, tam ipsi quam eorum familiares secure veniant, redeant et morentur*”³⁰. Las Partidas advierten que deben los del país “*quando passaren los romeros por sus logares honrarlos e guardarlos*”, ya que es justo, añaden, “*que los omnes que salen de su tierra con buena voluntad para servir a Dios, que los otros los reciban en la suya e se guarden de fazerles mal*”³¹.

También en el Requerimiento realizado en 1440 por el canónigo de Santiago, Fernán Rodríguez de Betanzos, a los vecinos de A Coruña para que soltasen una nave inglesa que habían apresado y que era conducida por peregrinos, encontramos vestigios legales al respecto, cuando les recuerda que “*los romeus eran et son et deuen seer seguros segund dereito et leys deste Regno et priuilegios otorgados por lo dicto señor Rei et constituyções dos sanctos padres...*”³².

IV.5. La seguridad jurídica frente a la picaresca

Sin desconocer toda estas medidas legales adoptadas, la principal protección jurídica perseguida desde siempre por el peregrino se orientaba contra las innumerables violencias a que se exponía el que de tierras extrañas se aventuraba a trasladarse a los confines de Galicia, sin contar con los recursos necesarios para defenderse por sí mismo de tales peligros.

Muchos eran, en efecto, los males que acechaban al peregrino, de los que no era el menor la facilidad con que podía resultar engañado durante su estancia en alberguerías y hospedajes –algunos de importante calado, como las grandes hos-

29 Partida I, tít. 8, ley 27.

30 Archivo de la Catedral de Santiago de Compostela, *Tumbillo de Tablas*, folios 108 v.º y 109 v.º. De acuerdo con LACARRA, J.M^a. (“Protección jurídica...”, cit., p. 256, nota 6), este texto probablemente sea inédito.

31 Partida I, tít. 24, ley 2.

32 Texto recogido en LÓPEZ FERREIRO, A., *Historia...*, ob. cit., vol. VII, Apéndice núm. XXI.

pederías, bien llevadas, de Somport, Roncesvalles, el Hospital del Rey en Burgos, en León, junto a San Marcos,...-; engañados en el valor y precio de las cosas por los que se dedicaban a alquilar caballerías o por los encargados de percibir los peajes y demás arbitrios e impuestos de tránsito, normalmente debido a su desconocimiento de las costumbres y leyes propias de la tierra.

No es difícil pensar que la mentira y las informaciones interesadas debían ser habituales, y a juzgar por lo que se lee en el famoso sermón *Veneranda dies*³³, los posaderos y mercaderes santiagueses habían logrado alcanzar en el dominio de estas artes una perfección casi inigualable, siendo frecuentes, por ejemplo, sus argucias de ofrecer vino con medidas de fondo falso o mezclarle agua sin el menor escrúpulo, lo que era severamente castigado conforme al referido sermón.

Para evitar esta picaresca, recordaba en 1226 Alfonso IX a todos sus vasallos del camino francés, desde Mansilla a Santiago, la obligación que les correspondía, tanto a los posaderos como a los demás vecinos, de librar de cualquier molestia a los peregrinos de Compostela. Si invitaban a los romeros a alojarse en sus posadas, deberían hacerlo sin violencia, y evitar, tanto el patrón como los criados, todo tipo de injurias o insidias contra su persona.

Asimismo, en las Ordenanzas de Oviedo de 1274 se dispone que “*desde que entrar el romío enna casa para facer el mercado aquellos –los mancebos de albergar– non fagan rogido nin estorou*”, y se adoptan, además, otras precauciones para evitar el robo en el interior de la posada: en primer lugar, los posaderos deben poner buenos candados en sus puertas; después debe el huésped preguntarles si les faltó algo de lo que traían, para que si así fuera lo puedan recobrar y entregar parte a la justicia; y si el huésped no adoptaba estas aconsejables precauciones, respondía finalmente de la cosa perdida³⁴.

También los arzobispos de Santiago y los reyes de León adoptaron distintas medidas para evitar la subida de precios, para asegurar la paz y la concordia en el camino y para que en todo momento se dispensara una acogida cómoda y grata a los romeros.

Por su parte, como salida a tales males, los monjes de Cluny optaron por una solución diferente y se decidieron por alzar monasterios y hospitales de peregrinos al final de cada etapa, lo que favoreció el surgimiento de ciudades como Estella y el desarrollo urbanístico de la época.

33 Sobre este sermón, vid. CAUCCI VON SAUCKEN, J., *El sermón “Veneranda Dies” del “Liber Sancti Jacobi”*. Sentido y valor del peregrinaje compostelano, 1ª ed., Consellería de Cultura, Comunicación Social y Turismo de la Xunta de Galicia, Dirección General para la Promoción del Camino de Santiago, 2003.

34 VIGIL, C.M., *Asturias Monumental*, p. 67.

V. LA RUTA JACOBEOA COMO CAMINO DE EUROPA

La enorme relevancia que el camino santiagués tuvo en la formación de la Europa urbana, cuyas ciudades hoy cruzamos, en la apertura de mercados y en el nacimiento de una burguesía inicial queda así fuera de cualquier hipótesis distintamente fundada.

Se hace difícil pensar que los turistas que hoy recorren las viejas rutas de los peregrinos puedan llegar a entender realmente lo que el Camino en el fondo significó: “una síntesis prodigiosa de vida y fe, calle mayor de España, cordón umbilical que mantuvo a la península vinculada a Europa, y por la que a Europa llegó la savia nutricia de los saberes antiguos...”³⁵.

Y es que no cabe duda de que el fenómeno de la peregrinación jacobea ha servido de cauce idóneo y de imprescindible aportación a la configuración de la idea de europeísmo, pues mucho antes de que Europa soñase con ser una, lo era ya para los fieles y las poblaciones a él ligadas en su trayecto, el cual hunde sus raíces en profundas convicciones sin las cuales la historia actual no sería del todo comprensible.

Se podría incluso llegar a sostener que el Camino de Santiago supuso la génesis de un *ius gentium*, pues con él nació una especie de Derecho internacional o, más concretamente, un incipiente Derecho internacional privado europeo protector del peregrino, en el que con extraña unanimidad coincidieron todas las legislaciones y que sólo empezó a diluirse con la pérdida del verdadero espíritu de religiosidad y penitencia característico de las romerías.

Como ya advirtiera Américo Castro, el verdadero milagro es que aquel hecho, aparentemente irrelevante, ocurrido en un extremo del mundo apenas cristianizado y con una romanización epidérmica, acabase por transformar la historia de Europa, por mover multitudes, por dinamizar la cultura occidental, crear instituciones, posibilitar la eclosión urbana del siglo XIII, favorecer un intercambio de técnicas y de ideas del que, realmente, emergió Europa, con un evidente deseo final de unidad y esperanza que persiste y se revitaliza en cada peregrinación.

La continua reafirmación del Camino, así como su promoción y protección, ensambla, pues, a la perfección con algunos de los postulados superiores que dan sentido a nuestra propia razón de ser, como son la justicia o la libertad entendida como libre desarrollo de la personalidad, venerables valores que tienen mucho que ver, precisamente, con la idea de Europa y la dimensión humana de la sociedad en su esencia perseguida³⁶.

35 LOSADA, B. y VICENTE, M.G., *O Camiño de Santiago...*, ob. cit., p. 43.

36 Lo ha señalado solemnemente el Consejo de Europa en su célebre Declaración de octubre de 1987.

VI. UN PROYECTO DE FUTURO

Todas estas afirmaciones, inquietudes y comentarios vertidos en torno al fenómeno de la peregrinación a Santiago son las que me han llevado a emprender una labor decidida de investigación jurídica en tal sentido, para lo cual, en calidad de investigador del Archivo Catedralicio Compostelano, dispongo de una gran oportunidad de poder acceder a dicho archivo y a su excelente biblioteca, con el anhelo de poder encontrar entre sus fondos documentales aquellos contratos o documentos que reúnan especial interés a efectos de reseña y estudio, así como de poder revisar, en su caso, toda la legislación antes referida, detallista y no siempre cumplida, que en determinados aspectos podríamos decir que vaticina o adelanta temas de Derecho internacional propios de nuestro tiempo, como el de libre circulación, las exenciones por razón de origen, lo que cabría exigir a los peregrinos en caso de conflicto bélico, el derecho que le asistía a los peregrinos de países en guerra con Castilla a realizar con libertad el Camino, etc.

En el fondo, el ambicioso deseo final que se esconde detrás de este empeño inicial a desarrollar es poder llegar a demostrar científicamente, si resulta factible, que el Camino de Santiago, y el fenómeno jacobeo en su conjunto, supuso justamente la génesis del referido *ius gentium*, así como del Derecho mercantil y cambiario actual; la prueba de la íntima conexión e influencia decisiva que la peregrinación a Compostela desempeñó en la extensión y definitiva consolidación del *ius commune*, a partir de la influencia del Derecho germánico y del Derecho romano; y, en particular, que a través de ella se llegó a configurar, o modificar al menos, distintas disposiciones propias del Derecho civil; todo ello, obviamente, sin dejar a un lado la contrastada presencia del Derecho canónico y su enorme influencia al respecto.

Con independencia de los frutos que puedan desprenderse de esta investigación en curso, resulta incuestionable que el Camino de Santiago constituye un marco inigualable para la actividad jurídica, sobre todo para los que pensamos que el Derecho debe estar al servicio del hombre, el mismo Derecho, o parecido, que bajo diferentes formas y matices se utilizó desde las longevas peregrinaciones iniciales al sepulcro del apóstol Santiago el Mayor, y cuyo estudio y análisis debe acercarnos cada vez más, si cabe, a la propia esencia del fenómeno jacobeo, en este caso desde su proyección legal, como contraste con la realidad actual pero también como complemento enriquecedor y a tener en cuenta para las medidas a adoptar en un futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AA.VV.: *El mundo de las peregrinaciones. Roma, Santiago, Jerusalén*, edición a cargo de CAUCCI VON SAUKEN, P., Lunweg Editores, Barcelona-Madrid, 1999.
- ALONSO GARCÍA, J.: *La protección jurídica del Camino de Santiago en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2000.
- CAUCCI VON SAUKEN, J.: *El sermón "Veneranda Dies" del "Liber Sancti Jacobi". Sentido y valor del peregrinaje compostelano*, 1ª edición, Consellería de Cultura, Comunicación Social y Turismo de la Xunta de Galicia, Dirección General para la Promoción del Camino de Santiago, 2003.
- FEO GARCÍA, J., MORALEJO, A. y TORRES RODRÍGUEZ, C.: *Liber Sancti Jacobi: Codex Calixtinus*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1ª edición, 1998.
- HINOJOSA: *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915.
- LACARRA, J.Mª.: "Protección jurídica del peregrino", *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela*, tomo I, parte segunda, capítulo IV, Gobierno de Navarra, Departamento de Educación y Cultura, Pamplona, 1998, pp. 255 a 279.
- LÓPEZ FERREIRO, A.: *Historia de la S.A.M. iglesia de Santiago de Compostela*, vol. VII, apénd. XV.
- LOSADA, B. y VICENTE, M.G.: *O Camiño de Santiago*, Ir Indo Edicións, S.A., 1992.
- MEILÁN GIL, J.L.: "La regulación jurídica del "Camino de Santiago" desde la perspectiva del Estado Autonómico", *Estudios jurídicos sobre el Camino de Santiago*, Fundación Instituto Gallego de Estudios Autonómicos y Comunitarios, Santiago de Compostela, 1994, pp. 9 a 28.
- ORLANDIS, J.: *La prenda como procedimiento coactivo en nuestro Derecho medieval*, 1943.
- PLÖTZ, R.: "Signum peregrinationis: recuerdo santo y protección divina", ponencia presentada al VII Congreso Internacional de Estudios Jacobeos "Visitandum est... Santos y cultos en el Codex Calixtinus", celebrado en Santiago de Compostela, del 16 al 19 de septiembre de 2004.
- RAPOSO ARCEO, J. y MUIÑO FIDALGO, L.: "La protección jurídica del Camino de Santiago", *Estudios jurídicos sobre el Camino...*, ob. cit., pp. 29 a 48.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "El Camino de Santiago: una aproximación competencial", *Estudios jurídicos sobre el Camino...*, ob. cit., pp. 61 a 96.
- VALIÑA SAMPEDRO, E.: *El Camino de Santiago: estudio histórico-jurídico*, 3ª edición, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Servicio de Publicaciones de la Diputación Provincial de Lugo, Lugo, 2000.

VÁZQUEZ DE PARGA, L., LACARRA, J.M^a. y URÍA RÍUS, J.: *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela*, tomos I y II, edición facsímil de la realizada en 1948 por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Gobierno de Navarra, Departamento de Educación y Cultura, Pamplona, 1998.

VIGIL, C.M.: *Asturias Monumental*, p. 67.

LAS IMPLICACIONES URBANÍSTICAS DE LA LEY 13/2003, DE 23 DE MAYO, REGULADORA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS

GONZALO VILLARINO SAMALEA
Profesor Doctor de Derecho Administrativo.
Universidad de Oviedo
Técnico Urbanista. Especialista en Contra-
tación Administrativa

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL PORQUÉ DE LA LEY. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO CONTRATO TÍPICO. EL CARÁCTER BÁSICO DE LA LEY. 2. EL OBJETO DE LA LEY. DELIMITACIÓN Y DIFERENCIACIÓN RESPECTO DE OTROS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 3. LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN LA LEY 13/2003. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA: EL PROBLEMA DEL URBANISMO. 4. EL CONTENIDO DEL CONTRATO Y LAS ZONAS COMPLEMENTARIAS DE EXPLOTACIÓN. ASPECTOS URBANÍSTICOS, NUEVAMENTE.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL: EL PORQUÉ DE LA LEY. EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA COMO CONTRATO TÍPICO. EL CARÁCTER BÁSICO DE LA LEY.

La elaboración de la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas responde a un compromiso electoral del Gobierno de la Nación, que se ratificó en el Debate del Estado de la Nación de 2001, en el que se aprobó una Resolución 14.3 por la cual:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar un Proyecto de Ley en el que se regule de forma unitaria y completa el régimen de concesión y explotación de las obras públicas, los mecanismos de financiación con participación pública y privada y las garantías y prerrogativas de la Administración para asegurar los intereses públicos”

El Proyecto de Ley fue objeto de un amplio debate en el que han participado todos los agentes sociales y económicos interesados y todos los Ministerios, de forma especial los de Medio Ambiente, Hacienda, Economía, Justicia y Administraciones Públicas. El texto ha sido informado por el Consejo General del

Poder Judicial, la Comisión Nacional de Administración Local, la Federación Española de Municipios y Provincias, todas las Comunidades y Ciudades Autónomas, así como el Consejo Económico y Social y el Consejo de Estado¹.

Una vez tramitado parlamentariamente, el Proyecto se convierte en la Ley 13/2003, que regula la concesión con los siguientes contenidos:

a) El objeto del contrato puede ser la construcción y la explotación de la obra pública o sólo la explotación de ésta

b) Se consideran obras públicas objeto del contrato de concesión las susceptibles de ser explotadas económicamente, diferenciándose la obra pública en cuanto tal del servicio público o actividad económica a los que sirve de soporte. En consecuencia, se excluyen los sectores de telecomunicaciones y energía (electricidad, gas e hidrocarburos), que se rigen por su legislación específica.

c) El riesgo de la construcción, conservación y explotación de la obra corre por cuenta del concesionario.

Merece la pena destacar, en este momento, y siquiera someramente, las principales novedades de la Ley:

a) *Impulso a la iniciativa privada.* Se abre claramente la posibilidad de que el sector privado participe no sólo en la financiación y gestión de las obras públicas, sino incluso en la propuesta de nuevas concesiones a las que deberá acompañarse el correspondiente estudio de viabilidad. En el caso de no ser ganadores de la licitación, los proponentes tendrán el derecho a ser indemnizados por el ganador.

b) *Se introducen criterios de mercado en todo el proceso inversor.* Dichos criterios se utilizan desde la selección de los proyectos hasta el diseño de la obra, su construcción y la fase de explotación, complementando la actuación de la Administración Pública y optimizando la utilización de los recursos.

1 El Consejo de Estado, a través de su Comisión Permanente, en sesión celebrada el 5 de diciembre de 2001, emite el Dictamen 3375/2001, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora de la Concesión de Obras Públicas, en donde denuncia la inobservancia de las prescripciones normativas que para las disposiciones de carácter general (aplicables también al procedimiento de formación de normas legislativas) establecen los artículos 22.2 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Concretamente, se advierte que: no consta que hubiesen sido oídas, ni que siquiera se hubiere concedido audiencia, a las numerosas organizaciones y asociaciones representativas de los sectores afectados por la norma en preparación y cuyos fines guardan relación directa con el objeto de la disposición; tampoco consta que en el procedimiento de elaboración del Anteproyecto hubieren sido consultados formalmente los Ministerios de Economía, Hacienda y de Administraciones Públicas; no consta que se hubiere recabado el informe del Consejo Económico y Social; falta también el informe del Ministerio de Justicia, que es ineluctable y cuya falta resulta inexcusable por regular el Anteproyecto elaborado la ejecución de la hipoteca.

c) *Zonas complementarias de explotación comercial.* Con el fin de ampliar las posibilidades de retribución del concesionario se prevé la posibilidad de que éste explote zonas comerciales complementarias de la obra, en las que se desarrollen actividades comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de la obra principal, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos o locales comerciales. Los importantes ingresos que pueden obtenerse en estas zonas comerciales (especialmente las de aeropuertos, estaciones de ferrocarril o áreas de servicio en autopistas) contribuirán a hacer viables determinadas obras públicas en régimen de concesión sin que supongan una carga para los presupuestos públicos ni para los usuarios.

d) *Nueva concepción del equilibrio económico-financiero concesional.* El equilibrio económico-financiero debe mantenerse en los términos que fueron propuestos en la oferta y considerados en la adjudicación del contrato, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario. Por tanto, cuando el equilibrio inicial se altere en las circunstancias previstas en el proyecto, su restablecimiento deberá realizarse en beneficio de la parte que corresponda. Esto permite obtener el máximo rendimiento a la participación del sector privado en la financiación y gestión de las infraestructuras, al vincular el resultado empresarial a la buena marcha del proyecto concesional.

e) *Se introduce el peaje en la sombra para todas las obras públicas.* Se formula, no obstante, de forma que se eviten efectos negativos indeseables sobre el déficit.

f) *Se introducen dos supuestos innovadores para la financiación de las obras públicas: las obras conexas y las concesiones de dominio público.* Por una parte, se prevé la posibilidad de que el concesionario deba asumir, como obligación adicional a las convencionales del contrato de concesión, la de construir una obra u obras distintas a las que son objeto de concesión, pero con la que guardan una determinada relación funcional con incidencia en su explotación. Por otra parte, la Ley regula el supuesto en que una obra pública, cuya naturaleza no la hace apta para ser objeto de explotación económica, sea construida y conservada, o bien sólo conservada, mediante un contrato de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento de la obra. La novedad estriba en que la contraprestación por parte de la Administración se concretará en una concesión de dominio público en la zona de servicio o en el área de influencia en que se integra la obra.

g) *Cláusula de progreso.* Otra innovación, de especial importancia para el usuario de la infraestructura, es la llamada cláusula de progreso, que obligará al concesionario a mantener la obra pública de conformidad con lo que, en cada momento, y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica que re-

sulte de aplicación. Es decir, el concesionario queda obligado a realizar las inversiones que correspondan para adaptar la infraestructura a los estándares técnicos vigentes en cada momento, lo que garantizará la calidad del servicio ofrecido a los usuarios.

h) Indicadores de calidad. La Ley impulsa la introducción en los pliegos de concesiones de mecanismos para la medición y valoración de la calidad del servicio ofrecido por el concesionario a los usuarios de la infraestructura. Los parámetros de calidad que se establezcan podrán servir de base para la aplicación de ventajas o penalizaciones económicas al concesionario, según lo dispuesto en cada caso por el pliego de condiciones, lo que incidirá además favorablemente en la conservación de las infraestructuras.

i) Financiación bancaria y del sistema financiero. La Ley dedica un capítulo a la financiación del concesionario, en consonancia con el objetivo de atraer a los inversores privados a los proyectos de obras públicas. Se recoge así una amplia diversidad de fuentes de financiación, como la emisión de obligaciones y otros títulos por parte del concesionario, la hipoteca de la concesión, los créditos participativos y la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario.

La Ley 13/2003 tiene la pretensión de erigirse como básica. Así se desprende de su Disposición Final primera. De conformidad con la mencionada Disposición resulta que la Ley 3/2003 es de aplicación general a la Administración General del Estado y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ella. En cuanto al resto de las Administraciones Públicas, la aplicación de la Ley y su alcance difieren según los preceptos, siendo la propia Ley la que determina el alcance pleno, básico, o no básico, de los mismos. Este modo de proceder constituye una opción de técnica legislativa acertada. La otra opción posible habría sido la de ceñir la Ley a la regulación de lo básico, como texto común a unas y otras Administraciones Públicas, dejando para otro texto, ora legislativo, ora reglamentario, según las relaciones entre Ley y Reglamento, la regulación de lo no básico. Entendemos que la opción ha sido un acierto pues aunque resultara jurídicamente viable esta última posibilidad, es la primera la comúnmente seguida en los demás cuerpos legales, siendo además el criterio inspirador de la norma el reunir en un mismo texto, lo básico y lo no básico, para ofrecer un régimen singularizado y propio del contrato de concesión. No debe olvidarse que es además esta técnica legislativa la utilizada por el Texto Refundido 2/2000, en cuyo cuerpo se inserta la actual Ley.

El Estado utiliza como títulos habilitantes para dotar de eficacia básica a gran parte de su articulado los preceptos 149.1.18ª y 149.1.13ª CE. De otro lado, se esgrimen otros artículos constitucionales que determinan el carácter exclusivo de

otra serie de artículos de la Ley 13/2003, a saber: 149.1.4ª, 6ª, 8ª, 14ª y 24ª. Veámos ambos grupos por separado.

El artículo 149.1.18ª atribuye al Estado la competencia para dictar la “legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas”. Al respecto, el Consejo de Estado ya tuvo la oportunidad de señalar, en los dictámenes 51.924 de 24 de noviembre de 1988 y 1270, de 2 de diciembre de 1993, ambos emitidos en relación con consultas relativas a sendos Anteproyectos de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que “el texto del artículo 149.1.18ª es inequívoco en el sentido de que respecto de todas las Administraciones Públicas se pretende un sistema común de contratación, sin que el dato diferencial subjetivo lleve a sistemas distintos de contratación”. Y ello resulta aplicable tanto para la formación del contrato como para la selección del contratista, potestades administrativas, ineficacia del contrato y sus consecuencias, y ejecución del contrato. Pues bien, la instrumentación de este sistema común de contratación es predicable igualmente respecto de las concesiones administrativas, debiendo esto formularse mediante norma con rango de Ley, sin perjuicio de la colaboración del reglamento (Sentencias del Tribunal Constitucional 1/1982, de 28 de enero; 13/1989, de 26 de enero y 141/1993, de 22 de abril).

Por mor del artículo 149.1.13ª CE se declaran legislación básica la disposición adicional segunda (apartado 1, segundo párrafo) y la disposición adicional novena. El art. 149.1.13ª atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Pues bien, la Ley 13/2003 parece respetar escrupulosamente la distribución constitucional de competencias. Se excluye expresamente el carácter básico de todos aquellos preceptos relativos a las peculiaridades propias de las organizaciones autonómicas, así como el de aquéllos otros referidos a la competencia y el plazo para resolver las solicitudes de autorización administrativa, e igualmente el de aquellas prescripciones que afectan a competencias propias de las Comunidades Autónomas. Es más, incluso en el Anteproyecto se recogían menos preceptos básicos de los que, a juicio del Consejo de Estado, deberían serlo, recomendación que ha sido tenida en cuenta durante la tramitación parlamentaria de la norma.

2. EL OBJETO DE LA LEY. DELIMITACIÓN Y DIFERENCIACIÓN RESPECTO DE OTROS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La Ley 13/2003 pretende recuperar los rasgos definidores de la concesión de obras públicas –contribución de los recursos privados a la creación de infraestructuras y equitativa retribución del esfuerzo empresarial–, a la que se le considera figura insustituible en el actuar de los poderes públicos. Con todo, ello trata de hacerse –en palabras de la Exposición de Motivos de la propia Ley– ajustan-

do aquellos rasgos “al modelo administrativo y social de nuestros días, es decir, haciendo útil de nuevo la institución, en función de sus características esenciales en todos los campos en que está llamada a operar”. De otro lado, se persigue la consecución de un régimen jurídico singularizado para la concesión, a cuyo fin se opta por incluirlo sistemáticamente a continuación de los restantes contratos típicos. Se crea, a tales efectos, el Título V (Del contrato de concesión de obra pública) del Libro II, convirtiéndose ahora ya, por tanto, el contrato de concesión en otro contrato administrativo típico. Según el art. 5. 2 a) de la Ley de Contratos, tras la modificación operada por la Ley 13/2003, tienen carácter administrativo los contratos celebrados por la Administración cuyo “objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de concesión de obras públicas, los de consultoría y asistencia o de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos”.

Se ha seguido, mediante la inclusión sistemática de un nuevo título, la recomendación por el Consejo de Estado vertida en su Dictamen al Anteproyecto de la Ley, donde se denunciaba el difícil encaje que supondría la aprobación de una Ley singular, diferenciada del propio Texto Refundido de la Ley de Contratos².

2 En palabras del Consejo de Estado: “La primera observación que suscita una valoración global del Anteproyecto sometido a consulta es la relativa a la oportunidad o conveniencia de encauzar la iniciativa legislativa propuesta a través de una ley especial reguladora de la concesión de obras públicas, y o a través de su integración, previa modificación, en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (...) El Anteproyecto consultado opta por articular en torno a sí un texto normativo con vocación de ley especial, frente a la ley de carácter general que representa la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Sin embargo, la Ley proyectada, que pretende ser el marco regulador básico de la concesión de obras públicas no contempla una regulación general, unitaria y cohesionada de esta figura jurídica, sino marcada y notoriamente parcial y fragmentaria. (...) El Consejo de Estado considera que la formulación propuesta no es la única posible, ni siquiera la más adecuada de ellas, desde la perspectiva de una correcta sistemática, por cuanto, además de propiciar la coexistencia de diversos textos legales, referidos a una misma materia, crea una ambigüedad e imprecisión no deseada. Más cuando, como en el caso presente, no se verifica de manera cuidadosa y depurada la relación entre la norma general (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y la especial (Anteproyecto consultado), de tal suerte que se producen dificultades para hacer compadecer adecuadamente las regulaciones y principios rectores de una y otra. Hubiere sido preferible, en opinión del Consejo de Estado, afrontar la regulación proyectada de un modo sistemático, sin la necesidad de recurrir a la elaboración de un texto normativo específico sobre ordenación del régimen jurídico básico de la concesión de obras públicas, pues en definitiva la figura de la concesión de obras públicas se inscribe indefectiblemente en el marco de la contratación de las Administraciones Públicas, como se deriva de su inclusión en el ámbito objetivo de aplicación de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”.

Así las cosas, resultaba imprescindible dibujar los perfiles de la nueva figura (contrato de concesión de obra pública) para diferenciarlo de las figuras ya existentes. Cuatro son los elementos que, según el cuerpo legal, caracterizan e identifican la nueva figura contractual que ahora ve la luz: “obra pública”, “riesgo concesional”, “equilibrio económico de la concesión” y “diversificación de la financiación”. Ahora bien, tales elementos ¿permiten distinguir nítidamente el contrato de concesión de infraestructuras del contrato de obras públicas y de la concesión de dominio público? La existencia de tres contratos muy similares entre sí nos obliga a analizar separadamente la esencia de unos y otros, ejercicio imprescindible para poder aplicar las normas contenidas en uno u otro Título de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pues de conformidad con el nuevo art. 7 LCAP:

“1. Los contratos administrativos, con la salvedad establecida en el apartado siguiente, se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por esta ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2 párrafo b), se regirán por sus propias normas con carácter preferente.

2. El contrato de concesión de obras públicas se regirá, con carácter preferente a lo dispuesto en el apartado anterior, por las disposiciones contenidas en el Título V del Libro II de esta Ley, sus disposiciones de desarrollo y por la legislación sectorial específica en cuanto no se oponga a dicho título, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 125 y 133 a 135 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

3. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en los contratos administrativos”

Se entiende por contrato de obras, a los efectos de la LCAP, el celebrado entre la Administración y un empresario cuyo objeto sea la construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, presas, edificios, fortificaciones, aeropuertos, bases navales, defensa del litoral y señalización marítima, monumentos, instalaciones varias, así como cualquier otra análoga de ingeniería civil. Igualmente, tendrán la consideración de contratos de obra la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o del subsuelo, como dragados, sondeos, prospecciones, inyecciones, corrección del impacto medioambiental, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otros análogos; así como la reforma, reparación, conservación o demolición de los definidos en las letras anteriores (art. 120 LCAP).

La Sección segunda de la LCAP, con anterioridad a su reforma operada por la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, llevaba por rúbrica “Del contrato de concesión de obras públicas”. Tras la reforma, la sección pasa a denominarse “Financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público”. Esto es, ahora la concesión de dominio público parece no constituir un contrato en sí mismo, sino un mero modo, una forma para permitir la financiación de un empresario concesionario. El primer dato curioso asoma por el hecho de que la referida concesión de dominio público, inserta como sección segunda de un título primero consagrado al contrato de obras, ya no predica respecto del contrato de obras sino respecto del contrato de concesión de obras públicas. Así lo afirma rotundamente la nueva redacción del artículo 130:

“Lo dispuesto en esta sección resultará exclusivamente aplicable a los supuestos en que una obra pública, por su naturaleza y sus características, no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto del contrato de concesión de obras públicas regulado en el Título V del presente Libro”

La concesión de dominio público se configura como un mero mecanismo de financiación, como mecanismo de financiación de una obra pública construida al amparo de una concesión de obra pública. Como se ve, aparecen al tiempo los tres conceptos, lo que permite intuir ya las dificultades que resultarán en la práctica. Lo que sí resulta claro es que el legislador ha querido utilizar el dominio público natural como medio de pago al empresario encargado de realizar ciertas obras que por sus características y naturaleza no admitan una explotación económica por sí mismas. Así lo expresa el art. 131:

“En los supuestos a que se refiere el artículo precedente, la construcción y conservación de la obra pública, o bien sólo su conservación, podrá ser objeto del correspondiente contrato de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento, de obra pública, pudiendo otorgar como contraprestación la Administración competente por razón de la materia, conforme a la legislación demanial específica de la misma, una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra”

El mejor y más directo camino para aproximarse al concepto del contrato que ahora se crea no es otro que acudir al artículo que lo define. Pues bien, de conformidad con el art. 220:

“1. Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquéllas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de ser-

vicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título”

El objeto es la obra pública, conforme lo prevenido en el artículo 120 LCAP. No obstante, el objeto del contrato de concesión de obras públicas se ve alargado por cuanto que –mediante una fórmula genérica– se incluyen en el mismo aquellas otras obras que siendo susceptibles de explotación sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general. De este modo, poniendo en relación este artículo 220 con el antes citado artículo 130, llegamos a la siguiente conclusión: el artículo 220 afirma que la concesión puede recaer tanto sobre las obras del art. 120 (obras públicas) como sobre otras obras susceptibles de explotación. Se admite, por tanto, la concesión de obras públicas susceptibles de explotación económica. Por el contrario, el artículo 130 parece estar sentando el requisito de la imposible explotación económica para que una obra pueda ser objeto de concesión de dominio público. Esta es la conclusión que parece desprenderse de la locución “por tanto” incluida en la dicción del artículo 130: “... a los supuestos en que una obra pública ... no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto del contrato de concesión de obras públicas regulado en el título V del presente libro”.

En definitiva, dada la íntima relación entre el contrato de obras y el contrato de concesión de obras públicas que, no olvidemos, recaen sobre un mismo e idéntico objeto, entendemos que quedará en manos de la discrecionalidad administrativa el calificar un contrato de uno u otro modo, atendiendo al criterio de la “explotación económica”, según el cual se habilita a la Administración para celebrar contrato de concesión de obra pública cuando es factible la explotación económica de la misma. No obstante, la discrecionalidad administrativa se encorseta para ciertos sectores toda vez que la propia Ley 13/2003 contiene una serie de disposiciones adicionales en donde se concretan una serie de regímenes particulares. Así, la disposición adicional undécima (obras públicas hidráulicas) dispone un conjunto de peculiaridades que el contrato de concesión de obras hidráulicas ha de respetar en todo caso³. La disposición adicional duodé-

3 La Ley 13/2003 opera una modificación del capítulo III del título VIII del Real Decreto Legislativo 1/2001, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Su redacción queda, tras la reforma, como sigue. Art. 133: “El régimen jurídico del contrato de concesión de obras hidráulicas será el establecido en el título V del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de las peculiaridades que se establecen en los artículos siguientes”. Art. 134:

cima (infraestructuras del sector energético) determina que las obras e instalaciones relacionadas con el sistema de transporte y distribución de energía eléctrica, las telecomunicaciones, el gas y los hidrocarburos se regirán por su legislación específica, por lo que parecen excluirse del ámbito objetivo de aplicación de la Ley 13/2003.

Es importante resaltar que el régimen del contrato de concesión de obras públicas contenido en el nuevo título V de la Ley deviene aplicable a todas las entidades de derecho público sea cual sea su denominación y régimen jurídico de contratación. Esta situación parece acorde con las exigencias del derecho comunitario cuya Jurisprudencia, como es sabido, se sustenta sobre el concepto de “poder adjudicador”. Al respecto, hemos de señalar que la antigua Ley de Contratos del Estado no contemplaba la modalidad de la concesión de obras públicas y que las primeras Directivas europeas la excluían de su ámbito de aplicación. Así, el art. 3.1 de la Directiva 71/305/CEE establecía que “las disposiciones de la presente Directiva no se aplicarán al contrato llamado de concesión, en el caso de que los poderes adjudicadores celebren un contrato que presente las mismas características dictaminadas en la letra a) del artículo 1, con la excepción de que la contraprestación de las obras a efectuar consista únicamente en el derecho de explotación de la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. En todos los demás casos es obligatorio el recurso a los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos”⁴.

“No serán de aplicación los plazos fijados en el artículo 263 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, estableciéndose los siguientes: a) el plazo de la concesión para la construcción y explotación o solamente la explotación de las obras hidráulicas será el previsto en cada pliego de cláusulas administrativas particulares para lo que se tendrá en cuenta la naturaleza de las obras y de la inversión a realizar, sin que pueda exceder en ningún caso de 75 años; b) los plazos fijados en el pliego podrán ser prorrogados hasta el límite establecido en el apartado anterior y reducidos de acuerdo con lo previsto en el título V del libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Art. 135: “La administración concedente podrá incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los aspectos previstos en el artículo 230 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los siguientes: a) la obligación al licitador seleccionado de incorporar a la sociedad o entidad que al afecto se constituya las comunidades de usuarios del agua relacionadas con la obra objeto de la concesión; b) la determinación de los mecanismos adecuados para la recuperación de las aportaciones que, en su caso, haya realizado”.

- 4 Ahora bien, la propia Directiva matizaba esa exclusión estableciendo que en el caso de que el propio concesionario sea uno de los adjudicadores está obligado a recurrir a los procedimientos nacionales de adjudicación de los contratos públicos adaptados a la propia Directiva para las obras a ejecutar por terceros países (art. 3.2). Si por el contrario, el concesionario seleccionado es una persona de derecho privado “las actas de concesión estipularán que el citado concesionario deberá respetar el principio de no discriminación a causa de la nacionalidad en las obras que trate con terceros (art. 3.3). Vid. A. MORENO MOLINA, *Nuevo Régimen de contratación administrativa. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Madrid. 2000.

Esta situación fue paulatinamente corrigiéndose para evitar, en gran medida, el fraude que suponía al principio de libre circulación y concurrencia la práctica adoptada por Italia y Francia, fundamentalmente, consistente en la utilización de la fórmula concesional para la construcción de sus grandes infraestructuras. De este modo, se llega a las Directivas 89/440/CEE y 93/37/CEE cuyo contenido ya fuera traspuesto a derecho interno por la LCAP, y ahora más acabadamente por la Ley 13/2003. Ahora bien, hay que tener en cuenta que los contratos administrativos típicos sólo pueden ser celebrados, en principio, por organismos que tengan la condición de Administración Pública o estén sometidos a la LCAP, conforme a lo dispuesto en su artículo 1.3. Todo esto enlaza con los problemas de aplicación subjetiva de la Ley, extremo que no vamos a desarrollar aquí pero sí advertir de que la LCAP no es aplicable a las sociedades mercantiles de capital público mayoritario (disposición adicional sexta) a las que se les encomienda la construcción de obras públicas. La pregunta salta inmediatamente: ¿pueden estas sociedades mercantiles celebrar un contrato de concesión de obra pública? En principio, nada obsta para que ello sea así, si bien en lugar de aplicar el derecho privado será menester aplicar la LCAP, al menos, en su título V de su libro II.

3. LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL EN LA LEY 13/2003. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA: EL PROBLEMA DEL URBANISMO

La Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas tiene por objeto, como ya hemos visto, la construcción y explotación de obras públicas, las cuales habrán de implantarse, como es lógico, sobre una determinada porción de terreno (suelo o subsuelo). De ahí, la inexcusable concurrencia de la regulación urbanística y de la actuación de las Administraciones Públicas llamadas a ejecutarla, básicamente, las Administraciones Locales (urbanismo) y las Comunidades Autónomas (ordenación del territorio).

Esta situación obliga a contemplar por parte de la Ley mecanismos de colaboración y coordinación, tendentes a la prevención y superación de las fricciones que en la práctica se producen, sobre todo, a raíz del distinto signo político de los ejecutivos que gobiernan unas y otras instancias administrativas. No faltan en España casos en donde una determinada obra pública ha quedado paralizada por la oposición de una Comunidad Autónoma o incluso un Municipio, abriéndose un proceso judicial contencioso-administrativo prolongado durante numerosos años que escaso favor hace a los ciudadanos, los cuales asisten atónitos a peleas bizantinas entre Administraciones que son sus servidoras, a la postre. Pues bien, en el ánimo de evitar tales desagradables incidencias se incluyen en la Ley 13/2003 las disposiciones adicionales segunda y tercera. Veamos el alcance de una y otra

y analicemos qué problemática se puede derivar de las mismas. De conformidad con la Disposición Adicional segunda, apartado primero:

“1. La Administración General del Estado, las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales tienen los deberes de recíproca información y de colaboración y cooperación mutuas en el ejercicio de sus actuaciones de planificación y construcción de obras públicas, según lo establecido por el ordenamiento vigente.

Si los procedimientos de colaboración resultaran ineficaces, y cuando se justifique por la incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, el Estado, en ejercicio de su competencia exclusiva sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, podrá coordinar los planes de obras públicas competencia de las comunidades autónomas con los planes de obras públicas de interés general”.

Conviene comenzar el análisis del apartado primero de esta Disposición Adicional segunda (colaboración y coordinación entre Administraciones Públicas) señalando su carácter básico, conforme a lo prevenido por la Disposición Final primera de la misma Ley. Ahora bien, -y teniendo en cuenta que una ley no es básica porque ella misma así lo declare, sino porque resulte efectivamente materialmente básica, según ha declarado reiteradamente el Tribunal Constitucional- mientras que el párrafo primero resulta básico al amparo del art. 149.1.18ª, el párrafo segundo lo es por mor del art. 149.1.13ª. ¿Qué sentido tiene esta diferenciación? ¿Conlleva alguna repercusión práctica o estamos ante un ejercicio meramente dogmático?

El apartado primero contiene un recordatorio a las instancias administrativas acerca del deber genérico de colaboración y cooperación, al tiempo que reenvía a lo establecido por el ordenamiento vigente. Habrá que estar a lo que disponen, por tanto, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (art. 3), la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (arts. 55 y siguientes), la Ley del Proceso Autonómico (arts. 7, 22), entre otras. En el caso concreto, la norma acota estos deberes de colaboración y cooperación al *ejercicio de actuaciones de planificación y construcción de obras públicas*. Sólo si los procedimientos de colaboración puestos en marcha han devenido ineficaces podrá acudir, por parte de la Administración General del Estado al uso de las prerrogativas que el párrafo segundo contempla. Ello requiere, además, un presupuesto fáctico, establecido en la norma por medio de un concepto jurídico indeterminado: incidencia directa y significativa de una obra pública sobre la actividad económica general.

Solamente cuando tras un proceso de colaboración éste ha resultado infructuoso y sólo teniendo la obra pública proyectada incidencia sobre la actividad eco-

nómica general puede el Estado coordinar los planes de obras públicas competencia de las comunidades autónomas con los planes de obras públicas de interés general. Debe notarse, pues, el carácter subsidiario de la coordinación, así como el fundamento que la posibilita: la planificación económica. La Ley, siguiendo nuestra tradición, atribuye potestades de coordinación a la instancia administrativa superior, con pleno respeto a la jurisprudencia constitucional. Hasta aquí ningún problema, pues. El panorama se oscurece o se desdibuja un tanto cuando se trata de perfilar el alcance de la coordinación. ¿Es posible, por ejemplo, variar la ubicación de un puerto de competencia autonómica en función del trazado de una autovía? ¿o, viceversa, variar el trazado de una autovía autonómica para coordinarla con un puerto de interés general? El alcance así descrito puede parecer un tanto contundente pero de no ser así, ¿qué virtualidad habría de tener? ¿sería eficaz una coordinación que no contuviese la posibilidad de modificar una determinada ubicación? Evidentemente, resulta casi imposible responder a dicho interrogante desde una perspectiva abstracta. Habría que atender al caso concreto, con sus peculiaridades, sus circunstancias propias y genuinas para enjuiciar, sobre dicho contexto, lo que la potestad de coordinación puede o no abarcar. Lo que sí parece admisible afirmar es la tensión que se va a producir entre las Administraciones caso de utilizarse este mecanismo, pues de no haberse llegado de forma voluntaria a la colaboración mencionada en el párrafo primero, difícilmente se admitirá la sumisión que implícitamente entraña el párrafo segundo. Tememos que la utilización del privilegio contenido en el párrafo segundo pueda originar controversias ante los Tribunales de Justicia o ante el mismo Tribunal Constitucional. Ello nos conecta con los apartados segundo y tercero de la Disposición Adicional segunda:

“2. La Administración del Estado deberá colaborar con las Administraciones de las comunidades autónomas y las entidades locales a través de los mecanismos de coordinación y cooperación legalmente establecidos, a fin de articular la planificación y construcción de las obras públicas de interés general con los planes de ordenación territorial y urbanística.

En defecto de acuerdo entre las Administraciones públicas, y sin perjuicio de lo previsto en la legislación medioambiental, los planes y proyectos de obras públicas de competencia del Estado prevalecerán sobre cualquier instrumento de planificación u ordenación territorial o urbanística en lo que se refiere a las competencias estatales exclusivas, en cuyo caso las comunidades autónomas y las corporaciones locales deberán incorporar necesariamente en sus respectivos instrumentos de ordenación las rectificaciones imprescindibles para acomodar sus determinaciones a aquéllos.

3. Los planes o instrumentos generales de ordenación territorial o urbanística calificarán los espacios territoriales necesarios para las diferentes obras públicas de interés general del Estado como sistemas generales y serán clasificados de conformidad con su naturaleza, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones”

Los apartados transcritos ahondan en la médula espinal de la problemática objeto de este trabajo: la necesaria y difícil cohesión de competencias ejercitables sobre el suelo: construcción de obras, ordenación del territorio y urbanismo. Al respecto, la Ley 13/2003 dictamina en su disposición final primera, apartado 4, que tales apartados segundo y tercero se dictan al amparo de las competencias exclusivas que corresponden al Estado en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.4ª, 6ª, 8ª, 14ª y 24ª de la Constitución. Estamos, por tanto, ante lo que la doctrina denomina precepto de aplicación plena; esto es, que no cabe desarrollo legislativo alguno por parte de las Comunidades Autónomas. De entre los números del art. 149 citados, es claro que el amparo, a favor de la competencia exclusiva del Estado, viene determinado en el caso que estudiamos por el número 24ª, a tenor del cual el Estado tiene competencia exclusiva sobre las “obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma”.

Otro dato importante que no debe ser olvidado consiste en la aplicación de estos apartados segundo y tercero a “las instalaciones de la red de transporte de energía eléctrica reguladas en el artículo 35 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, así como a las instalaciones de la red básica de transporte de gas natural reguladas por el artículo 59 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, cuyas autorizaciones sean competencia de la Administración General del Estado”.

Sentadas así las bases normativas que pretenden la coordinación competencial, corresponde examinar ahora su bondad y eficacia. En este sentido parece claro que los apartados segundo y tercero contienen una cara y una cruz, un haz y un envés, una mano tendida al consenso y una vara de mando. En primer lugar, se dispone la obligación de colaboración entre el Estado y las restantes Administraciones territoriales en aras a consensuar los planes de ordenación territorial y urbanísticos con los planes y proyectos de infraestructuras. Ninguna objeción, por tanto, pues desde el punto de vista teórico nada se puede objetar. Cuestión distinta es el cómo se haya de articular dicha colaboración, mediante qué mecanismo y en qué momento. En buena lógica, la colaboración, –la planificación conjunta de que hablamos– debería producirse con anterioridad o de forma concomitante a la aprobación de los planes de ordenación territorial (de competencia autonómica) y urbanísticos (de competencia municipal). Sin embargo, esto raramente va a producirse así, pues las necesidades de una determinada infraestructura no siempre se detectan con el suficiente adelanto y, por este motivo, ocurrirá que un determinado proyecto de obra pública vendrá obligado a “incrustarse” en el marco de una ordenación territorial y urbanística ya pergeñada y ejecutiva.

Ahora bien, con todo lo dicho, la verdadera dialéctica aparecerá en defecto de acuerdo entre las instancias administrativas implicadas⁵. En este supuesto, la solución legal pasa por ofrecer al Estado la posibilidad de imponer su criterio en lo que se refiere a las competencias estatales exclusivas, debiendo las Autonomías y Municipios atemperar sus planificaciones a las determinaciones de los proyectos de obras públicas del Estado. Dicho con otras palabras, los proyectos de obras públicas del Estado prevalecen cuando se trate de obras públicas de interés general o cuando su realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

¿Resulta legítima esta prevalencia? El precepto señala que ello habrá de ser siempre sin perjuicio de la legislación medioambiental. Evidentemente, las Comunidades Autónomas tienen competencias ambientales y pueden dictar normas ambientales de desarrollo, así como establecer normas adicionales de protección (art. 149.1.23ª CE). ¿Es posible cohonstar la prioridad estatal con la normativa autonómica? En ciertos casos, desde luego así será, pero en otros puede ser que aparezca un escollo insalvable. En dicho supuesto ¿Qué solución cabe adoptar? La Ley parece otorgar prioridad a la legislación ambiental y entonces las dudas se acrecientan pues ¿acaso no constituye legislación medioambiental o pretende la conservación del medio ambiente la legislación que ordena el territorio? ¿Qué alcance ha de darse a la expresión “legislación medioambiental”? Personalmente entendemos que la expresión legal ha sido desafortunada; es hora ya de superar nominalismos, de atender a las realidades tal cual son. Los difusos límites conceptuales no ayudarán a superar las disensiones que eventualmente puedan surgir. El asunto fue objeto de estudio por LÓPEZ RAMÓN, al que seguimos a continuación ofreciendo un escuetísimo resumen de sus consideraciones.

5 F. LÓPEZ RAMÓN atinó hace ya tiempo en el correcto enfoque del asunto que no es otro que éste que apuntamos. Transcribimos, a continuación, algunas de sus palabras para respaldar esta visión realista del asunto que mantenemos en el trabajo: “Sin perjuicio de que quepa auspiciar las fórmulas de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para la solución de todo tipo de conflictos competenciales, un correcto enfoque jurídico de la concurrencia competencial sólo puede hacerse en términos de enfrentamiento entre las dos instancias de poder. El reclamo de la cooperación, de la colaboración o incluso de la coordinación en esos casos, como única vía adecuada para la resolución de los conflictos, encierra una cierta dosis de ingenuidad, cuando no de desconocimiento o enmascaramiento del verdadero alcance de las respectivas competencias. En algunos autores parece advertirse una obsesión por la negociación, el pacto, la componenda y el convenio en todos los ámbitos y facetas de actuación pública. Sin negar la conveniencia y aun la necesidad práctica de obtener un consenso de las instancias de poder implicadas en las decisiones públicas, es importante recordar el conocido principio de la irrenunciabilidad de la competencia (...) En definitiva, el establecimiento de la instancia de poder competente para adoptar la decisión última en una materia constituye presupuesto ineludible en el intento de clarificar jurídicamente las relaciones con otras instancias de poder”. En *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Aranzadi, 1995, pp. 84 y 85.

La regla de la prevalencia.- En caso de conflicto prevalece la normativa estatal, en virtud del art. 149.3 CE. La aplicación de la regla de prevalencia del Derecho estatal respecto del ejercicio de potestades autonómicas de ordenación del territorio requerirá de la existencia de competencias concurrentes con el Estado y de un correcto ejercicio de éstas.

Ámbito de la concurrencia.- Incluso respecto de aquellas competencias que no designan directamente una infraestructura sino un ámbito de actividad, para cuyo ejercicio se precisan servicios, dependencias, equipamientos, infraestructuras ... tiene el Estado una facultad de localización concurrente con la competencia de ordenación del territorio propia de las Comunidades Autónomas, según lo prevenido por la STC 56/1986. La Sentencia citada, importantísima, acoge la doctrina de los poderes implícitos que, como señala el voto particular de los magistrados DIEZ-PICAZO y RUBIO LLORENTE, “es difícilmente compatible con el sistema de delimitación competencial que resulta de la Constitución y de los Estatutos, que puede quedar aniquilado si se acepta el principio de que la titularidad de una determinada competencia faculta para realizar en otros campos, en materias respecto de las que no se posee facultad alguna, cuantos actos resulten necesarios para el ejercicio de la competencia propia”. En cambio, la STC 56/1986 apunta otro criterio y –tratando el caso de edificios de aduanas- recuerda que entre las obras públicas de interés general “hay que incluir, sin duda, las destinadas a permitir el funcionamiento del régimen aduanero que afecta a todo el Estado”. La competencia sobre obras públicas de interés general puede así convertirse en el comodín que permita amparar una facultad de localización de cualquier servicio estatal.

Condiciones de la prevalencia.- El principio de prevalencia no opera de forma abstracta, sino sólo en el caso de concretos conflictos determinados por la actuación contradictoria de las dos instancias territoriales. De ahí que deba negarse su aplicación cuando el Estado no esgrime competencias en ejercicio. Un segundo condicionante conecta con el ejercicio razonable del título competencial que el Estado pretende prevalezca. Este aspecto fue puesto de manifiesto por la STC 56/1986, al examinar el alcance de las facultades del Estado de ejecutar obras sin licencia urbanística e incluso imponiendo la modificación del planeamiento, conforme al art. 180.2 LS (actualmente, el art. 244 Texto Refundido de la Ley de Suelo de 1992):

... tales facultades no pueden ser interpretadas como la posibilidad de realizar actos urbanísticos libremente y sin respetar el planeamiento previsto siempre que se den los presupuestos de urgencia y excepcional interés público, ni que la concurrencia de tales requisitos pueda ser estimada discrecionalmente por el Gobierno. Respecto al primer punto conviene recordar que el planeamiento

urbanístico forma parte del ordenamiento jurídico al que están sujetos todos los poderes públicos (art. 9.1 de la Constitución). El Estado tendrá que conformar en principio los actos que pretenda realizar al planeamiento existente. Sólo cuando esto no resulte posible y el excepcional interés público exija no sólo proceder por vía de urgencia que exime de solicitar previamente la licencia municipal, sino no respetar el planeamiento establecido, cabrá apartarse de éste y ordenar la iniciación del procedimiento de revisión o modificación del planeamiento previsto en el mismo artículo 180.2. Y, naturalmente, los acuerdos que en aplicación de ese artículo de la LS adopte el Gobierno son recurribles ... y a los Tribunales corresponde decidir si se han dado los presupuestos de urgencia y excepcional interés público y si era necesario, en su caso, apartarse del planeamiento establecido”.

Como se comprenderá, poco hemos avanzado desde la Sentencia del Tribunal Constitucional de 1986. No se trata de desapoderar al Estado de competencias sobre ordenación del territorio (que habría que concederle mediante la vía indirecta de otros títulos competenciales), extremo éste absolutamente lógico, sino de conseguir que la solución a las controversias no se realice de un modo quirúrgico, a través de un simple mecanismo de ruptura del planeamiento⁶. En cambio, las leyes estatales insisten con el mecanismo de la imposición. La llamada a la colaboración —efectuada por la Ley— deviene inexcusable, pero se ha perdido la oportunidad de implantar un sistema orgánico de cooperación. Es sabido que las técnicas de colaboración pueden ser orgánicas o funcionales. Pues bien, podría haberse creado un órgano colegiado, foro de debate y decisión de las líneas comunes de ordenación territorial, al estilo de la Conferencia de Ordenación del Territorio creada en Austria en 1971, con participación del Estado, las Comunidades Autónomas y la Administración local.

La polémica continúa en nuestros días y las deficiencias detectadas en nuestro ordenamiento jurídico siguen saliendo a la luz en boca de los más autorizados estudiosos. Así, PAREJO ALFONSO expone la íntima interconexión existente entre las políticas de ordenación del territorio y las urbanísticas, no siendo separables, por lo que su separación “que es lo que de hecho sucede hoy (...) constituye una primera deficiencia de la actual legislación general que urge corregir”. Para el autor las técnicas de relación entre ordenación territorial y urbanística no son las adecuadas, así como tampoco los mecanismos de cooperación, señalando que “el Tribunal Constitucional ha preferido mantenerse en este terreno hasta ahora en el plano de los principios, entregando así la formación de la política territorial a la dinámica misma de la legislación ordina-

6 Vid. T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: “El urbanismo en la jurisprudencia constitucional: notas críticas”, *Revista de Derecho Urbanístico*, 112, 1989.

ria sin corrección alguna; una dinámica incapaz, sin embargo, de producir tal resultado”⁷.

Entrando así ya en el examen del apartado tercero tenemos que la planificación territorial o urbanística debe calificar los espacios territoriales necesarios para las obras públicas de interés general del Estado como sistemas generales y clasificarlos conforme a su naturaleza. Esto es, desde una Ley de contratos se vinculan las operaciones de clasificación y calificación de suelo.

En cuanto a la primera, la clasificación, se dispone que los terrenos habrán de ser clasificados conforme a su naturaleza, lo que significa tanto como no decir nada. De ahí que no se comprenda muy bien la apostilla que constituye el inciso final del precepto “sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 9.1 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen de Suelo y Valoraciones”. ¿Qué significa este sin perjuicio? ¿Quiere decirse que el planeamiento cede ante la obra pública excepto cuando el suelo sobre el que debe implantarse la misma está clasificado como suelo no urbanizable de especial protección? A nuestro juicio, ésta es la interpretación más acorde a la dicción literal del artículo, si bien du-

7 El autor expone ciertos motivos por los que el resultado pretendido no se alcanza. En primer lugar advierte de que “la legislación de ordenación territorial y urbanística por la razón obvia de no poder comprometer los procesos decisionales de las políticas sectoriales de la instancia general del Estado (hacia arriba) y por contar con la incidencia de la legislación básica de régimen local (hacia abajo), así como, en todo caso, por no poder alcanzar –desde la dimensión competencial que traduce– la dimensión de política territorial (en cuanto fruto de la interacción de aquella competencia y de las restantes relevantes al efecto), con la consecuencia de que la articulación de la acción sectorial con relevancia territorial y la ordenación territorial y urbanística produzca a través de múltiples mecanismos establecidos de cada vez una de las Leyes y desde la perspectiva propia de cada una de éstas. Y en segundo lugar que “la legislación sectorial con relevancia territorial por virtud de las limitaciones que derivan del propio título competencial de que traen causa, de modo que la permisión del establecimiento por la misma de mecanismos de coordinación sin referencia común alguna potencia indebidamente la perspectiva sectorial, dificultando seriamente la consideración sectorial de los requerimientos de conjunto y la interlocución de la planificación sectorial con la de ordenación territorial y urbanística y, en definitiva, imposibilitando un proceso decisional idóneo al objeto: la política territorial común de la que resulta el interés general armonizador de la pluralidad de intereses públicos implicados. El resultado es la multiplicación de procedimientos sectoriales con incidencia diversa en el procedimiento de ordenación territorial y urbanística, que acaban agravando sensiblemente las condiciones no ya del establecimiento de la política territorial, sino incluso las del ejercicio mismo de la competencia autonómica y local de ordenación territorial y urbanística. La coordinación y, en especial, la requerida por la Constitución a efectos de la política territorial, en modo alguno legítima tal fenómeno, en cuanto inidóneo el mismo para producirla. Por tanto, tampoco puede reivindicarse legítimamente la condición de límites de las correspondientes competencias para las heterogéneas incidencias en los procedimientos decisionales autonómicos y locales de ordenación territorial y urbanística”. En, “Urbanismo, política territorial y marco legal general”, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm 200, 2003, pp. 223 y ss.

damos que sea la querida por la Ley, so pena de incurrir en profundas contradicciones internas⁸.

Por lo que se refiere a la calificación del suelo, que la Ley de contratos obliga a considerar *sistema general*, conduce a la normativa urbanística de cada Comunidad Autónoma en orden a los medios para su obtención (básicamente la expropiación), ejecución (a través de planes especiales o estudios de implantación), derechos y deberes de los propietarios, etc. Los sistemas generales se contienen y dibujan, en primer lugar, en los Planes Territoriales Especiales, de donde se vislumbra ya la influencia de la normativa de Contratos sobre la capacidad ordenadora de la Comunidad Autónoma. Los Planes citados tienen por finalidad ordenar el territorio, estructurarlo, y son en todo caso supramunicipales. Contienen directrices o normas obligadas para la ordenación del territorio comprendido en su ámbito y coordinan los Planes. En cuanto localizan infraestructuras básicas relativas a las comunicaciones, abastecimientos de agua, saneamiento, etc, vinculan a los Planes Generales⁹.

“4. La Administración General del Estado, en el ejercicio de sus competencias, emitirá informe en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales. Estos informes tendrán carácter vinculante, en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado, y serán evacuados, tras, en su caso, los intentos que procedan de encontrar una solución negociada, en el plazo máximo de dos meses, transcurrido el cual se entenderán emitidos con carácter favorable y podrá continuarse con la tramitación del procedimiento de aprobación, salvo que afecte al dominio o al servicio públicos de titularidad estatal. A falta de solicitud del preceptivo informe, así como en el supuesto de disconformidad emitida por el órgano competente por razón de la materia o en los casos de silencio citados en los que no opera la presunción del carácter favorable del informe, no podrá aprobarse el correspondiente instrumento de planificación territorial o urbanística en aquello que afecte a las competencias estatales”.

- 8 Según el art. 9 LRSV: “Tendrán la consideración de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley, los terrenos en que concurran alguna de las circunstancias siguientes: 1º. Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen de especial protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial, en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público”.
- 9 Para un conocimiento más profundo sobre la regulación de los sistemas generales en Asturias puede consultarse a E. CORRAL GARCÍA: “La obtención de terrenos para la ejecución de dotaciones y sistemas generales”, en *Derecho Urbanístico del Principado de Asturias*, El Consultor, 2003, pp. 607 y ss.

El precepto transcrito ya no tiene, a diferencia de los restantes, condición ni de básico ni de exclusivo o pleno. La Ley 13/2003 no le otorga ninguno de los dos rasgos motivo por el cual las Comunidades Autónomas podrán proceder a su desplazamiento, si lo desean oportuno. En él se contiene una cláusula de salvaguardia de las competencias estatales, en virtud de la cual, el Estado debe emitir informe vinculante –en lo que a la preservación de las competencias del Estado se refiere- en la tramitación de instrumentos de ordenación territorial o urbanística (aprobación, modificación o revisión).

4. EL CONTENIDO DEL CONTRATO Y LAS ZONAS COMPLEMENTARIAS DE EXPLOTACIÓN. ASPECTOS URBANÍSTICOS, NUEVAMENTE

El contrato de concesión de obras públicas comprende, además de la construcción de las mismas –en su caso– su explotación, conservación, reforma y modernización, y reparación (art. 221 Texto Refundido Ley Contratos de las Administraciones Públicas, tras la reforma operada por la Ley 13/2003). Cuando el contrato tiene por objeto conjuntamente la construcción y la explotación de obras públicas, entonces “los pliegos generales o particulares que rijan la concesión podrán exigir que el concesionario esté igualmente obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean *accesorias* o estén vinculadas con la principal y sean *necesarias* para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones medioambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean”. (art. 221.2)

Junto con las obras accesorias hemos de tener en cuenta que la Ley 13/2003 abre la puerta a la posibilidad de ubicar zonas complementarias de explotación comercial, pensadas como instrumento para ofrecer al concesionario una fuente adicional de ingresos. De conformidad con el art. 223:

“Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación. Estas actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos generales o particulares que rijan la concesión y en su caso con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación.

Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión”

A la vista de la regulación contenida en los artículos 221 y 223 surgen los siguientes interrogantes:

1. ¿Quedan exentas de licencia municipal las obras accesorias?

Existe, entre nosotros, una corriente jurisprudencial que considera a las obras accesorias y complementarias de las obras públicas como actividades propias de la ordenación del territorio, de modo que quedan excluidas de la exigencia de licencia municipal. Para la STSJ de Madrid, de 28 de febrero de 2002 (Ar. 566): “no sólo los terrenos ocupados por las grandes obras declaradas de interés social, sino que de acuerdo con la evolución y desarrollo sociales, derivados de los principios constitucionales, viene ampliando dicho concepto a todas aquellas zonas, o realizaciones de obras y servicios que se vean afectadas o se consideren necesarias para el funcionamiento de las grandes obras públicas, como por ejemplo, los accesos a los túneles, lugares de descanso, auxilio o atención médica, etc... incluyéndose todas aquellas obras de carácter complementario que constituyan o sean susceptibles de ser calificadas como elementos necesarios para el mantenimiento, o conservación de las obras definidas como de marcado interés público”.

De este modo, cuando la obra accesoria constituye un elemento imprescindible y necesario para el funcionamiento de la obra pública queda exenta de licencia municipal por tratarse de una obra de ordenación del territorio.

2. ¿Gozan de la declaración de utilidad pública, a efectos expropiatorios, los suelos sobre los que habrán de implantarse las zonas complementarias?

Según la Disposición Adicional sexta de la Ley 13/2003: “La declaración de utilidad pública de las obras objeto de un contrato de concesión de obra pública se ajustará a lo dispuesto en la correspondiente legislación específica. La aprobación del proyecto de las obras y el consiguiente acuerdo de adjudicación del contrato de concesión llevarán aparejados la necesidad de ocupación de los bienes y adquisición de derechos necesarios para su ejecución a los fines de la expropiación forzosa y ocupación temporal de los bienes y derechos afectados, respecto de los cuales el concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario”.

A mi juicio, el espíritu de la Ley no es otro que el de incluir estas zonas complementarias dentro del alcance de la declaración de utilidad pública de la obra pública en sí misma. Así parece deducirse de la expresión “atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades

complementarias”, de manera que la inclusión lo es en el proyecto y, por tanto, también en la declaración de utilidad pública a los efectos expropiatorios.

3. ¿Están sometidas a licencia tales usos y actividades?

Parece claro que sí. Ya no estamos en este supuesto ante obras “necesarias e imprescindibles” para el funcionamiento de la obra pública, sino ante otro tipo de instalaciones o actividades que poco o nada tienen que ver con ella: restaurantes, cafeterías, gasolineras, hoteles incluso. Se trata de obras urbanísticas por lo que su sujeción a licencia deviene inexcusable.

4. ¿Prima el proyecto de las obras sobre el planeamiento urbanístico?

En principio no. El art. 223 dice que tales actividades complementarias se implantarán de conformidad con lo establecido en los pliegos y, *en su caso*, con lo determinado en la legislación o el planeamiento urbanístico que resulte de aplicación. La Ley 13/2003 está otorgando la prioridad al planeamiento urbanístico pero la duda existe al haberse incluido la expresión “en su caso”. A nuestro juicio, la mencionada expresión alude al caso de que exista planeamiento, por lo que existiendo éste, éste ha de ser el que prevalezca.

5. ¿Se incorporan dichas instalaciones al dominio público una vez termina el plazo concesional?

La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa. Según el art. 262.3: “Los bienes e instalaciones incluidos en la zona de explotación comercial, si la hubiera, se entregarán, igualmente a la Administración concedente en las mismas condiciones y con las mismas formalidades previstas en el apartado anterior”.

ARTÍCULO 1591 DEL CÓDIGO CIVIL Y LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESCRIPCIÓN, LA SOLIDARIDAD Y LA LLAMADA EN GARANTÍA

JOSÉ IGNACIO ÁLVAREZ SÁNCHEZ

Magistrado de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial
de Asturias

Mª DEL PILAR MURIEL FERNÁNDEZ-PACHECO
Magistrada de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial
de Asturias

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LEGITIMACIÓN. II.1. Legitimación activa. II.1.1. 1591 C.C., II.1-2. LOE. II.2. Legitimación pasiva. II.2.1. 1591 C.C. II.2.2. LOE. II.3. Llamada en garantía. III. CARGA DE LA PRUEBA. 1591 CC. LOE. IV. RESPONSABILIDAD EX LEGE. COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES. 1591 CC. LOE. V. CONCEPTO DE RUINA. 1591 CC. LOE. VI. CARGA DE LA PRUEBA. VII. RESPONSABILIDAD. VII.1. Sujetos responsables. VII.1.1. Promotor. 1591 CC. LOE. VII.1.2. Constructor. 1591 CC. LOE. VII. 1.3. Proyectista. 1591 CC. LOE. VII.1.4. Director de obra. 1591 CC. LOE. VII.1.5. Director de ejecución. 1591 CC. LOE. VII.1.6. Otros agentes en la LOE. 1591 CC. LOE. VII.2. Carácter de la responsabilidad. VII.2.1. Individualizada o solidaria. 1591 CC. LOE. VII.2.2. Solidaridad propia e impropia. 1591 CC. LOE. VIII. GARANTÍA Y DE PRESCRIPCIÓN. PLAZOS. 1591 CC. LOE

I. INTRODUCCIÓN

Próximo a cumplirse un quinquenio de vigencia de la Ley 38/99 de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación, el artículo 1.591 del Código Civil sigue aplicándose por los tribunales, porque la disposición transitoria primera de la LOE excluyó de la aplicación de la misma a las obras, tanto de nueva construcción como de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación de edificios existentes, para cuyos proyectos se hubiera solicitado la correspondiente licencia de edificación antes de su entrada en vigor, teniendo este trabajo el objeto de realizar un estudio comparativo entre la regulación contenida en el artículo 1.591 del Código Civil, y su interpretación por la Jurisprudencia, y la nueva LOE. El Código Civil, dada la fecha de su promulgación, 24 de julio de 1889, en que el estado de la técnica constructiva no había alcanzado el alto grado de desarrollo que tiene en la actualidad, contiene una escasa normativa sobre los aspectos jurí-

dicos de la actividad constructiva; los artículos 1.588 a 1.600, por lo que hubo de ser la Jurisprudencia quien supliera este vacío normativo, en función más propiamente creadora del Derecho que en la suya propia de interpretar las normas y aplicarlas al caso concreto. A esta situación puso fin la LOE, que pretende ser una Ley que aborda en profundidad la actividad constructiva. Se trata de una regulación completa y detallada que incorpora la Directiva 85/334 de la CE (hoy UE).

Una de las cuestiones más controvertidas que ha generado la LOE es la relativa a la derogación del artículo 1.591 del Código Civil. Los autores están divididos. Se pronuncian a favor de la derogación García Varela, González Poveda, Corbal Fernández, y Sala Sánchez. Por el contrario sostienen su vigencia autores como Sierra Gil de la Cuesta, Almagro Nosete, Gómez de la Escalera, Díez Picazo y Ponce de León, Cadarso Palau y Barcala Fernández de Palencia. Las razones que exponen los primeros se resumen en que la nueva ley regula o pretende regular toda la actividad constructiva y los supuestos que excluye es porque entienden que no debe tener cabida en el ámbito que contempla, mientras que los segundos razonan que no se introdujo una Disposición Derogatoria expresa y, por tanto, para que sea tácita ha de resultar incompatible con la anterior y que existen supuestos, como las construcciones de escasa entidad o los daños no meramente materiales, que no están contemplados en la Ley y se incluían por la Jurisprudencia que interpreta el art. 1.591 y para los que debe seguir vigente este precepto.

Sea cual sea la postura que se siga respecto a la derogación, lo cierto es que el art. 1.591 del Código Civil va a seguir aplicándose a todos los edificios cuya licencia se haya concedido antes del 6 de Mayo de 2000, porque la LOE no contiene ninguna previsión expresa de retroactividad y, por ello, rige el principio de irretroactividad contenido en el art. 2 – 3 del Código Civil.

Consideramos que no cabe aplicar a las nuevas edificaciones, regidas por la LOE, la Jurisprudencia anterior que interpretaba el art. 1.591 del Código Civil, en los aspectos en que ambos se contradicen, como se verá en el análisis comparativo. La nueva Ley acoge en muchos aspectos la jurisprudencia interpretativa del artículo 1.591, pero en otros se aparta o regula aspectos nuevos y aborda la actividad constructiva con pretensión de globalidad y cuando quiere restringir el concepto de edificio, no conceder legitimación activa al promotor, no incluir más que los daños materiales o restringir el concepto de ruina no incluyendo en él las imperfecciones corrientes lo hace a plena conciencia y no porque se haya olvidado de abordar estas cuestiones. Por consiguiente las soluciones contrarias que se derivaban del art. 1.591 del Código Civil ha de entenderse que están tácitamente derogadas por la nueva Ley.

II. LEGITIMACIÓN

Siguiendo el esquema que resulta del índice de este trabajo, pasamos a examinar el tratamiento que daba a esta cuestión la Jurisprudencia interpretativa del art. 1.591 del Código Civil y compararlo con la regulación contenida en la LOE., respecto a la legitimación activa y pasiva y examinando por último la llamada en garantía.

II.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA

II.1.1. 1591 C.C.

El precepto ni siquiera hace referencia expresa a esta clase de legitimación, limitándose a establecer quien responde de los daños, es decir, quién puede soportar la reclamación. Ha sido la Jurisprudencia la encargada de perfilar este concepto, de cuyo examen podemos obtener los siguientes grupos de sujetos legitimados activamente.

- A) **Propietario del Edificio.** Es la persona física o jurídica que ostenta la legitimación activa por antonomasia, debe entenderse por tal al primer dueño de un edificio nuevo, pudiendo coincidir con el “dueño de la obra”, en la fase inmediatamente anterior, que no equivale a promotor, cuya legitimación examinaremos más adelante. Se refiere sobre todo a supuestos de edificaciones unifamiliares, por tanto no sometidas al régimen de propiedad horizontal, ni destinadas a la venta, sino al uso propio de quien encarga la construcción.
- B) **Subadquirente.** Es la persona física o jurídica que ha comprado un edificio o un piso o local al Promotor o a otro comprador anterior. El Tribunal Supremo le ha reconocido legitimación, entre otras, en las sentencias de 1-4-77, 8-11-78 y 6-5-03.
- C) **Comunidades de Propietarios,** representados por su Presidente. Es el supuesto más frecuente, pues el régimen de propiedad horizontal ya ha superado del ámbito de las ciudades, encontrándonos edificios sometidos al mismo, incluso en los lugares más recónditos, siendo de aplicación también a las urbanizaciones, y generalmente aparecen los defectos constructivos al poco tiempo de la finalización de la construcción, y pueden aparecer tanto en elementos comunes, como privativos y coincidir el mismo tipo de defectos en varios de los departamentos de un mismo edificio. La actuación del Presidente de la Comunidad, como representante de todos los propietarios, viene amparada en el art. 13-3 de la Ley de Propiedad Horizontal, que expresamente le confiere esta representación. Di-

cha legitimación le ha sido reconocida al Presidente por el Tribunal Supremo en las sentencias de 21-12-81, 16-2-96, 22-11-97, 14-4-03, y 8-7-03.

Debe destacarse que esta legitimado el Presidente de la Comunidad para postular la reparación de los defectos que existen en las viviendas y locales privativos, siempre que traigan causa o tengan relación con los existentes en los elementos comunes. En este sentido cabe citar las sentencias de 6-10-95, 16-2-96, 22-11-97, 14-4-03 y 8-7-03.

D) Cualquier comunero. Es reiterada la Jurisprudencia que considera que cualquier comunero puede defender los elementos comunes del edificio y reclamar a los responsables de las deficiencias su subsanación. Muestra de ello son las sentencias de 3-3-95, 6-10-95, 16-2-96, 22-11-97, 14-4-03 y 8-7-03. Loscertales Fuertes plantea la cuestión de la falta de legitimación del comunero, tras la entrada en vigor de la LEC de 2000, dado el tenor literal de su artículo 7-6. No compartimos sus razonamientos ya que dicho precepto no hace referencia a la legitimación, sino a la representación de las entidades sin personalidad jurídica, es decir, a lo que la Ley denomina capacidad procesal que, como indica en el apartado primero, la tienen todas las personas que están en pleno ejercicio de sus derechos civiles, mientras que la legitimación viene contemplada en el artículo 10 de la misma, refiriéndose la primera a la actuación en juicio con carácter abstracto o general y la segunda a la intervención en un proceso concreto, como titular de la relación jurídica sometida a enjuiciamiento.

E) El Promotor. Aunque parece que el lugar que éste ha de ocupar en el proceso es el de demandado, la Jurisprudencia ha venido permitiendo que actúe como demandante para postular la corrección de las deficiencias de la obra. En este sentido se pronuncian las sentencias de 26-11-84, 16-9-88, 9-6-89, 17-7-90, 21-6-99, 3-7-00 y 10-12-01.

F) Representante de la Cooperativa. Con relativa frecuencia se presenta la agrupación de los interesados en adquirir una vivienda a través de la fórmula de la Cooperativa, y el Tribunal Supremo ha admitido al Representante de los Cooperativistas en el ejercicio, en nombre y beneficio de todos ellos, de la acción del art. 1.591 C.C. (sentencias 16-9-88, 9-6-89, 17-7-90, etc.).

Como más adelante se explicará, la legitimación que confiere el artículo 1.591 C.C., no empece a que también los propietarios de las viviendas tengan a su disposición otras acciones distintas, de origen contractual o extracontractual, que no están contempladas en dicho precepto.

II.1.2. LOE

El art. 17-1, enmarcado dentro del capítulo IV denominado “Responsabilidades y Garantías”, si contempla la legitimación activa al decir literalmente que “las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y los terceros adquirentes de los edificios” de los daños materiales sufridos. Distingue dos grupos de personas el propietario y el tercer adquirente que pasamos a examinar .

A) Propietario. Parece referirse al primer propietario, una vez construido el edificio y, en concreto al que lo es de una vivienda unifamiliar cuya construcción se encarga a los Agentes Técnicos, aunque también comprende al que lo es de un conjunto de departamentos del mismo edificio cuando no haya enajenado ninguno.

Se ha planteado la cuestión relativa a la inclusión o no del Promotor dentro de la figura del propietario. La postura negativa es defendida por Seijas Quintana y González Poveda, razonando que una vez que ha enajenado las viviendas y los locales ya no ostenta titularidad alguna en el edificio. Por el contrario, Femenia López considera que en dicho concepto, debe comprenderse no sólo al dueño de la obra, sino también a quién ha encargado al constructor su ejecución, es decir, al Promotor Inmobiliario que no asume por sí mismo la edificación. En nuestra opinión es más acertada la primera de estas posturas, por lo que el Promotor solo estaría legitimado para reclamar las deficiencias si sigue siendo propietario de algún departamento en el inmueble. Encontramos, por tanto, una primera diferencia con la doctrina jurisprudencial anterior, que contemplaba la legitimación del promotor en sentido amplio. Esta limitación, además, se orienta en sentido contrario al mantenido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (sentencias 13-4-88, 23-2-90, 2-12-91) de extender la legitimación a todo aquél que demuestre un interés legítimo, la cual no ha encontrado pleno respaldo en la vigente LEC, pues el art. 10 sólo parece reconocer como parte procesal legítima a los que actúan “como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”, con la única salvedad de que la Ley la atribuya a persona distinta del titular, que se enmarca dentro del concepto de legitimación extraordinaria o impropia.

Al referirse el art. 17-1 de la LOE al edificio o parte del mismo, está concediendo legitimación activa al comunero, siguiendo vigente en la LOE la Jurisprudencia que sostiene que cualquier propietario puede reclamar no solo los daños existentes en su dominio privativo sino también los relativos a los elementos comunes.

B) Terceros Adquirentes. Parece evidente que se engloban en este concepto tanto los que compraron directamente al Promotor como los que lo hicieron a otro comprador anterior dentro del período de garantía.

Es importante destacar que únicamente está legitimado el propietario, no las personas que ostenten otros derechos sobre el departamento, distinto del de propiedad, como los usufructuarios o arrendatarios.

II.2. LEGITIMACIÓN PASIVA

II.2.1. 1591 C.C.

A) PROMOTOR. El precepto examinado se refiere exclusivamente al contratista y al Arquitecto y, por tanto, no comprende la figura del Promotor Inmobiliario, es decir el que encarga la construcción del edificio a un constructor y contrata a los técnicos que han de elaborar el Proyecto Básico y de Ejecución y han de dirigir la obra, limitándose a publicitar y vender los departamentos, lo que está motivado por la antigüedad del precepto que no podía contemplar una figura inexistente hasta una época relativamente reciente, por ello la Jurisprudencia tuvo que abordar la cuestión y encajar la misma dentro de él, y ha venido estableciendo que éste no sólo responde en base a los contratos de compraventa que concierne, sino que también lo hace en virtud de lo establecido en este precepto. En este sentido cabe citar las sentencias de 21-3-88, 2-2-94, 22-3-97, 12-3-99, 13-10-99 y 21-10-99 entre otras muchas de igual signo.

La Jurisprudencia ha incluido también en este concepto al Promotor-Constructor, es decir, al que no sólo se limita a promocionar y vender los departamentos, sino que también asume con medios propios o ajenos la realización de los trabajos de construcción. En este sentido se pronuncian las sentencias 2-12-89 y 28-1-94 entre otras.

Un supuesto interesante contempla la sentencia de 31-01-03. Se refiere a una comunidad de Promotores en el que sólo uno interviene de modo activo en relación con la obra y con los adquirentes, pero consideró esta sentencia que, con independencia de la actividad desplegada por cada uno de ellos, todos los promotores integrantes de la comunidad estaban legitimados pasivamente para soportar la reclamación formulada por los adquirentes.

Por el contrario la sentencia de 8-6-92 no ha considerado como legitimado pasivamente al Promotor de Comunidades y la de 6-3-90 al de Cooperativas. Se trata de personas que se limitan a buscar a otros interesados en agruparse y encargar la construcción de un edificio a un Constructor y unos Técnicos para su propio disfrute y no para la venta.

Las sentencias de 18-12-90 y 11-6-94 se refieren al propietario del terreno o de un inmueble que conviene con el constructor la cesión del mismo y recibe co-

mo contraprestación varios departamentos en el edificio a construir y, en su caso, una cantidad de dinero, negando la legitimación pasiva al cedente del terreno.

B) CONSTRUCTOR. El precepto ya lo contempla expresamente y a el se refiere reiterada jurisprudencia, de las que son muestra las sentencias de 20-2-81, 17-5-88, 10-10-92, 14-11-92 y 28-2-94 entre otras.

C) ARQUITECTO. También figuraba en la norma y son numerosas las sentencias que se refieren a él, entre las que cabe citar las de 9-3-88, 19-11-96 y 24-2-97.

D) APAREJADOR. No incluido en el artículo 1.591 C.C., fue la Jurisprudencia quien lo extendió a este técnico en sentencias, entre otras, de 25-10-88, 3-10-96 y 24-2-97.

Debe hacerse referencia, por último, a la sentencia de 8-11-02 que negó legitimación al Colegio Profesional que había sido traído al proceso, por entender el demandante que era responsable de los daños al deberse éstos a defectos del proyecto y haber sido visado éste por dicho Colegio, porque el mismo se limita al visado del proyecto sobre la base de lo consignado en el mismo, sin intervenir directamente en la obra y sin facultades de control, en mayor o menor grado, de su ejecución

II.2.2. LOE

A) Promotor. El art. 9 lo define como “cualquier persona, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, la obra de edificación, para sí o para posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título”. Este concepto responde a los mismos criterios que había establecido la Jurisprudencia al referirse a esta figura. La única matización es que considera como tal a las Administraciones Públicas respecto de las viviendas que promuevan pues no exige, además, la búsqueda de un beneficio económico.

Sin embargo no ha seguido la anterior Jurisprudencia en lo relativo a los Promotores de Comunidades y Cooperativas ya que el art. 17-4 de la Ley señala que se extenderá a ellos y a otras figuras análogas, la responsabilidad del Promotor. El inciso final permite una amplia interpretación que habrá de perfilar la jurisprudencia.

B) Constructor. La Ley, en su afán de definir los cometidos de todos agentes de la edificación, establece, en el art. 11, que el constructor es quien

asume frente al Promotor “el compromiso de ejecutar con medios humanos y materiales, propios o ajenos las obras o parte de las mismas con sujeción al Proyecto y al Contrato”. A continuación, enumera sus obligaciones, entre las que comprende, como novedad más destacable, la exigencia de titulación o capacitación profesional y la facultad de designar al Jefe de Obra que le representará y de cuya actuación será responsable como después se verá. También le exige la suscripción de garantías y firma el acta de replanteo y el de recepción de la obra.

C) Agentes Técnicos. Bajo esta denominación encuadramos al Proyectista, al Director de la obra y al Director de la Ejecución. La importancia de la Ley viene dada por la definición de las funciones de cada uno de los agentes, lo que ha de tener reflejo en la determinación de su responsabilidad.

- **Proyectista (Art. 10).** Puede ser tanto un Arquitecto como un Arquitecto Técnico, un Ingeniero o un Ingeniero Técnico, en función del tipo de edificio que se va a construir. Sus obligaciones se pueden resumir en tener la titulación adecuada habilitante, sujeción a las normas vigentes y al contrato y a los visados preceptivos y responde por los colaboradores que contrate para elaborar dictámenes, cálculos, estudios o informes, sin perjuicio del derecho de repetición frente a sus autores.
- **Director de Obra (Art. 12).** También puede ser uno de los Técnicos antes mencionados según la naturaleza de la edificación. Entre sus obligaciones se incluye consignar en el Libro de Ordenes las instrucciones precisas para interpretar el Proyecto, suscribir el acta de replanteo y el certificado final de obra y elaborar la documentación de la obra.
- **Director de Ejecución (Art. 13).** Su cualificación profesional también depende del tipo de obra que se realice. Sus funciones son en parte coincidentes con las del director de la obra, aunque también las tiene específicas como las de verificar en la obra los productos de la construcción, ordenando la realización de ensayos y pruebas.
- **Otros Agentes.** La Ley hace referencia a las entidades de control de calidad de la edificación y los laboratorios de ensayos en su art. 14, a los suministradores de productos en el art. 15 y a los propietarios y usuarios en el art. 16, a quienes impone la obligación de usar adecuadamente el edificio, mantenerlo y conservar y transmitir la documentación de la obra y los seguros y garantías. Después veremos que, al regular la responsabilidad en el art. 17, se olvida de ellos con las consecuencias que luego se dirá.

III.3. LLAMADA EN GARANTÍA

La legitimación activa y pasiva puede ser completada o sustituida una vez iniciado el proceso mediante la intervención procesal, que ha sido regulada ex novo por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en los artículos 13, 14 y 15, pero con anterioridad algunos preceptos del Código Civil permitían la llamada en garantía, pudiendo citar como ejemplo el saneamiento por evicción contemplado en el artículo 1.482 del Código Civil, sobre el que la jurisprudencia ha establecido que el llamado tenía la posibilidad de intervenir y asumir las responsabilidades reclamadas al demandado o negar toda relación con el asunto y quedar al margen.

Pueden intervenir quienes acrediten tener interés directo en el proceso (intervención voluntaria) y, especialmente los consumidores o usuarios en los procesos iniciados por las Asociaciones que defienden sus intereses. El objeto de esta intervención es apoyar las pretensiones formuladas por sus litisconsortes y es admisible tanto en el lado activo como en el pasivo del proceso, es decir, apoyando al demandante o al demandado. Permite la consideración de parte a todos los efectos y, por tanto la defensa de nuevas pretensiones si hubiera oportunidad procesal para ello, no quedando vinculado por la renuncia, allanamiento o desistimiento de su litisconsorte. De ahí que pueda ser condenado al pago de las costas si ve desestimadas sus peticiones o defensas.

Frente a la intervención voluntaria antes examinada, regulada en el artículo 13 LEC, en el art. 14 se contempla la intervención provocada, conocida también como "litisdenuciatio" o "llamada en causa" que se produce cuando el Tribunal llama a un tercero, bien a su instancia o a la de cualquiera de las partes, para que participe en el proceso y surta para él efectos la sentencia.

El precepto es muy confuso. Cuando contempla la posibilidad de que sea el demandante quien llame al tercero indica que este podrá intervenir en el proceso sin la cualidad del demandado, lo que ha llevado a Sacristán Represa a concluir que es un "tercer genero" desconocido en nuestro derecho y en los restantes del entorno, ya que no ostentará la condición de demandante o demandado. Se colige, por tanto, que la incomparecencia del tercero no le puede ocasionar ningún perjuicio, no pudiendo ser condenado.

Se permite al demandado llamar a un tercero en los supuestos en que la ley lo establece, cabe citar a título de ejemplo los supuestos previstos en los artículos 1.475, 1482, 511, 1559, 638, 1540, 1553, 1084, 1830, 1837, 1839 del Código Civil y arts 72.2 d) y 124.3 de la Ley de Patentes. En estos casos deberá ser solicitado al Tribunal dentro del plazo que se le concedió para contestar a la demanda si se trata de un juicio ordinario, o antes del día señalado por la vista si es verbal. Oída la otra parte, el Tribunal resolverá lo que proceda y, si acuerda llamar al ter-

cero, se le emplazará. Si se persona será considerado parte a todos los efectos y podrá ser condenado a satisfacer la pretensión reclamada. Resulta mas dudosa la solución en el caso de que no comparezca, pues los autores discrepan, al entender unos que al ser emplazado para contestar a la demanda se les debe declarar en rebeldía si no comparece y, tiene la condición de parte a todos los efectos, y consideran otros que no es obligación suya personarse, sino una carga y que no puede resultar condenado porque ninguna pretensión se ejerció frente a él, aunque puede quedar vinculado al resultado del pleito. El supuesto más claro es el relativo a cuando se decide con este que la cosa vendida no era propiedad suya, sino de un tercero que la reclamaba frente al comprador. Cuando este, que se vió privado de la cosa, ejercita en otro pleito la acción de saneamiento por evicción contra el vendedor no podrá pretender éste que era el titular del derecho, pues esa cuestión ya ha quedado decidida en el pleito precedente en el que se le dio la posibilidad de intervenir.

Una vez examinada la regulación general sobre la intervención de tercero en el proceso, nos vamos a referir al supuesto específico contemplado en la Disposición Adicional Séptima de la LOE. De su lectura se colige que regula la provocada a instancia del demandado, va dirigida a la llamada a otros agentes que hayan tenido intervención en el proceso edificatorio, es decir, no solo a aquellos que tienen una *responsabilidad directa frente a los propietarios o los subadquirentes*, sino también a los demás agentes a que se refiere la Ley en sus artículos 13 a 15, que es respecto de los que cobra más sentido la norma, pues al no ser demandados y poder los condenados dirigirse después contra ellos, tal y como indica el artículo 17, 5 y 6, su llamada al proceso viene justificada a fin de que puedan explicar las razones por las que no les son imputables estos defectos. Si se realizó un informe geotécnico y el edificio presenta grietas o se ha inclinado y se achaca a una inadecuada cimentación para las características del terreno, llamar al proceso a quien confeccionó ese informe es aconsejable y lo decidido al respecto le vincularía en el pleito posterior que plantee el constructor condenado.

En todo caso, debe quedar claro que el precepto solo posibilita la llamada a los agentes de la edificación regulados en el capítulo III y no cabe respecto a personas distintas.

La solicitud debe formalizarse por el demandado dentro del plazo establecido para contestar a la demanda y se indica que se hará conforme a lo establecido para el emplazamiento de los demandados, con la advertencia de que, si los llamados no comparecen, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos. Esta ultima frase es la más polémica y la posterior LEC no ha permitido solucionarla, ya que ha mantenido aquel precepto en lugar de derogarlo e integrarlo en la norma general contenida en el artículo 14.

Interpretada literalmente la Disposición Adicional Séptima de la LOE, se colige que lo pretendido por el legislador es establecer la condición de parte demandada a todos los efectos a los agentes que resulten llamados. Les trata por tanto igual que a cualquier otro demandado, aunque su traída a la litis no se genere a instancia del actor sino del demandado. En consecuencia la sentencia deberá pronunciarse sobre su responsabilidad y podrá ser condenado a reparar los defectos que provengan de su inadecuada conducta profesional, pues solo así se explica que la sentencia sea ejecutable frente a ellos. Si el precepto se limitara a señalar que le será oponible, cabría pensar que se tratara del efecto positivo o perjudicial de la cosa juzgada en relación con el pleito posterior, pero la expresión de que la sentencia será ejecutable frente a estos agentes abona lo anterior. Sin embargo otros autores como Seoane Spiegelberg, se decantan por entender que solo se produce el efecto positivo de la cosa juzgada y será preciso acudir a otro pleito posterior para poder obtener un título ejecutivo judicial frente a estos agentes.

IV. RESPONSABILIDAD EX LEGE. COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES

1591 C.C.

La Jurisprudencia, ha venido señalando que la acción dimanante de este precepto es de origen legal y no contractual. Se habla así, de una responsabilidad “ex lege” en numerosas sentencias, entre otras, de 14-2-91, 27-6-94, 22-3-97, 29-12-98 y 8-11-02. Esta conclusión era obvia respecto al constructor y los técnicos cuando éstos no hubieran contratado con el adquirente que la ejercita sino con el Promotor

Es reiterada la Jurisprudencia que declara que el adquirente de una vivienda dispone frente al que se la transmitió de las acciones derivadas del contrato, de la de saneamiento por vicios ocultos y de la de origen legal regulada en el art. 1.591 C.C. Es decir, que esta última es plenamente compatible con las derivadas del contrato. Podría así elegir entre ejercitar la de cumplimiento del contrato, o su resolución por incumplimiento, o las reguladas en los arts. 1.484 y ss. del C.C. que regulan una serie de consecuencias cuando el objeto adquirido presenta vicios ocultos; si bien debe señalarse que esta última tiene un plazo de ejercicio muy breve, de seis meses, y, por ello, ha encontrado escasa aplicación práctica. Además podría dirigirse frente al Promotor, Constructor y Técnicos, en ejercicio de la acción contemplada en el art. 1.591 C.C., por lo que disponía de un amplio abanico de posibilidades. Muestra de esta Jurisprudencia son las sentencias de 27-6-94, 24-9-96, 8-6-98, 27-1-99 y 2-10-03

LOE

La nueva Ley sigue el mismo criterio que venía manteniendo la Jurisprudencia. El art. 17-1 establece esta responsabilidad sin perjuicio de las contractuales, y el 18-1 también lo reitera y, sobre todo, el 17-9 insiste en que las responsabilidades a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio de las que alcanzan al vendedor de los edificios conforme al contrato de compraventa. Se colige de dichos preceptos que está estableciendo un específico sistema de responsabilidad con base en la Ley, la cual determina la de cada agente y cómo y en qué plazo puede exigirse.

V. CONCEPTO DE RUINA

1591 C.C

Una Jurisprudencia muy reiterada, de la que son exponente las sentencias de 12-12-88, 23-1-91, 29-5-97, 18-12-99, 3-4-00, 28-5-01, 4-11-02, 2-10-03 y 15-10-03, entre otras, ha ampliado el concepto de ruina, superando el establecido en el Código Civil en sus arts. 389, 391, 1907 y 1909, que se refiere claramente a la ruina física, es decir, a la que es susceptible de causar el desplome del edificio. Dichas resoluciones hablan de ruina funcional, concepto que se define como graves defectos constructivos que, excediendo de las imperfecciones corrientes, hacen a la edificación inútil o básicamente insuficiente para su finalidad propia, y, si se trata de vivienda, impidiendo su normal habitabilidad. Esta Jurisprudencia que, como se desprende de su cita, ha sido pacífica y reiterada, es criticada por algunos autores, como Sala Sánchez, que considera que no encuentra fundamento ni en el precepto ni en el Derecho Urbanístico ni en las antedichas normas del Código Civil.

En relación al concepto de edificio, cabe citar la sentencia de 27-6-96 que descarta la aplicación de este precepto a los buques por no ser edificios y la de 17-12-97 que precisa que debe ser interpretado en sentido amplio, alcanzando no sólo a las nuevas construcciones sino también a la transformación de otras existentes, debiendo tratarse de una obra inmueble por naturaleza o por destino, plasmarse mediante obra nueva o refacción de parte importante de obra existente, estar destinada a una duración razonablemente larga y que tenga como objetivo la habitación humana u otra similar.

Dentro de la indemnización por defectos ruinógenos, comprende la jurisprudencia no sólo los daños materiales sino también los morales. En este sentido cabe citar las sentencias de 22-11-97 y 2-10-03 así como las de la Audiencia Provincial de Oviedo de 30-5-94 y 21-10-02, de la Sección Cuarta.

Por último sostiene que no se comprendían las imperfecciones corrientes ni los daños estéticos (sentencia 18-9-03 entre otras).

LOE

No se utiliza este término. La pretensión del legislador es establecer un sistema de responsabilidades en función del tipo de daño y el agente interviniente, huyendo expresamente de definir el concepto de ruina.

Del tenor literal del art. 17-1 se desprende claramente que esa responsabilidad se extiende a los daños materiales, por lo que han de quedar fuera los daños morales y los personales.

La Ley, al regular su ámbito de aplicación en el artículo 2, exige que el edificio tenga carácter permanente, incluye tanto el edificio público como el privado y delimita su uso, que deberá estar comprendido en alguno de los grupos que detalla o que, sin estarlo, sean de nueva construcción, reforma o rehabilitación, exigiendo en relación a estos últimos que supongan intervención total o que, siendo parcial, produzcan una variación esencial de la estructura, la volumetría o la composición exterior o cambien los usos característicos del edificio. Igualmente si se trata de edificios catalogados se consideran incluidos en el concepto de edificación tanto su intervención total como la parcial que afecte a elementos objeto de protección. Es decir, que frente al carácter general con que la Jurisprudencia venía entendiendo el concepto de edificio ahora es más restrictivo. No se incluyen obras de ingeniería como carreteras o puentes, ni los trabajos de derribo ni los de uso no residencial, escasa entidad y que se desarrollan en una sola planta. Tampoco la construcción de piscinas, garajes o casetas de aperos. Sí los aeropuertos, piscifactorías o naves para el ganado.

El art. 2-3 considera comprendidas en la edificación las instalaciones fijas y el equipamiento propio, así como los elementos de urbanización adscritos al edificio. Esto es, si al mismo tiempo que la vivienda y bajo el mismo Proyecto y obra, se construye la piscina, sí sería de aplicación esta Ley, así como cualquier otro elemento accesorio incluido dentro del proyecto del edificio, pero no las alteraciones o innovaciones que se ejecuten en un edificio ya construido, que no tengan la entidad que contempla el artículo 2.2-b)

VI. CARGA DE LA PRUEBA**1591 C.C.**

En esta materia ha sufrido una larga evolución la jurisprudencia, limitándose el examen de este trabajo a la más reciente y consolidada. El demandante sólo viene obligado a probar el daño y que es consecuencia de la edificación. Son los demandados quienes deben acreditar que no es debido a mala práctica constructiva. En este sentido se pronuncian las sentencias de 28-10-89, 27-6-94, 2-10-96, 25-6-99, 31-12-02 y 15-4-03.

La carga de la prueba de que la patología se produjo dentro del periodo de garantía corresponde al demandante y así lo indica Corbal Fernández y la sentencia del Tribunal Supremo de 25-6-99. Por el contrario, si no resulta demostrado el momento concreto en que acaeció, a partir del cual transcurre el plazo de prescripción, el perjudicado por este hecho será el demandado que opone esta excepción. Debe tenerse en cuenta que en la legislación anterior a la LOE, el plazo general de garantía era muy extenso, diez años, por lo que al demandante le bastaba con probar que antes de concluir existía el vicio. Ahora bien, el plazo de prescripción se computa desde que éste aparece y puede haber sido ya el primer año o cualquiera de los sucesivos, y cualquier duda al respecto perjudicará a los demandados.

LOE

El art. 17-8 determina que las responsabilidades por daños no serán exigibles a los agentes si se prueba que fueron ocasionados por caso fortuito, fuerza mayor, acto de tercero, o del propio perjudicado por el daño. La doctrina mayoritaria, de la que son exponentes Santos Briz, García Cantero y González Poveda, al interpretar este precepto, considera que contiene la presunción de culpabilidad con inversión de la carga de la prueba. Es decir, que estaríamos ante el mismo caso de cualquier actividad productora de riesgo, en la que reiteradamente la Jurisprudencia ha señalado que se presume la culpa del agente, por lo que éste viene obligado a demostrar que actuó con la debida diligencia para exonerarse de responsabilidad.

VII. RESPONSABILIDAD

VII.1. SUJETOS RESPONSABLES

VII.1.1. PROMOTOR

1591 C.C.

La evolución de la técnica constructiva ha dado lugar a la figura del promotor. Aunque el precepto no hacía referencia a él, la Jurisprudencia lo ha considerado como el responsable principal. Las sentencias de 25-3-85, 17-5-88, 19-6-90, 28-2-94, 13-10-99 y 10-11-99, entre otras muchas, le hacen responsable de todos los daños. Debe tenerse en cuenta que los compradores de las viviendas y locales ya tenían frente a él una acción contractual, que le obligaba a cumplir adecuadamente el contrato y a reparar los defectos y a esa responsabilidad se añade esta

otra, que deriva de la Ley y que, en nuestra opinión, es excesiva ya que si se rodeó de profesionales de prestigio y contrató con una constructora seria y solvente no debería atribuírsele esta consecuencia tan gravosa. La Jurisprudencia en ocasiones ha justificado este criterio en la culpa in eligendo, es decir, en el desacierto en la elección de los técnicos o constructor, en el beneficio que le supone el menor coste de la obra y en que se lucra en la venta, y en relación a la primera de estas causas cabe citar las sentencias de 20-11-98, 12-3-99, 28-5-01, 13-5-02, 4-11-02, y 31-12-02.

LOE

El art. 17-3, sigue el criterio jurisprudencial y determina que responde en todo caso, solidariamente con los demás agentes intervinientes, de los daños materiales del edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Es controvertido el alcance del precepto que, en mi opinión, ha de relacionarse con el 17-1, de tal manera que esa responsabilidad se predica por cualquiera de los vicios en él recogidos y que están comprendidos en la garantía de diez, tres y un año. Resultando del examen de dichos preceptos que la LOE hace recaer en el promotor no solo su propia responsabilidad, sino la de los demás agentes intervinientes, debiendo presumirse que tal amplitud tiene por razón la defensa del propietario y adquirente, resolviendo “ex lege” las dudas que lógicamente se plantean en el orden práctico ante hechos sobre los que es necesario un mínimo conocimiento o asesoramiento técnico para elegir adecuadamente a la persona a quien se considera responsable, siendo claro exponente de esta dificultad la minuciosa regulación de la responsabilidad de cada agente, pero siempre dejando abierta la puerta a la solidaridad en caso de duda

Es importante destacar que la Ley obliga al promotor a suscribir seguros. Sin embargo solo se lo exige en relación con los defectos con un período de garantía de tres o diez años y no para aquellos otros relativos a elementos de terminación o acabado de la obra (art. 19-2a).

VII.1.2. CONSTRUCTOR

1591 C.C.

La Jurisprudencia, solo ha exonerado a este agente de los vicios de suelo o de Proyecto (sentencias 6-4-94, 28-6-94, 29-12-99). Ha señalado también que responde por el subcontratista, aunque esta consecuencia no es de creación jurisprudencial pues viene contenida en una de las escasas normas incluidas en el Cód-

go Civil, el art. 1.596; si bien el precepto se refiere a las personas que el contratista ocupara en la obra y han sido los Tribunales los que han adaptado dicha normativa a la realidad social precisando que comprende también a las subcontratistas (sentencias 23-11-85, 28-9-87, 14-11-88, 30-1-96, 16-3-98, etc.) También la Jurisprudencia ha reconocido legitimación pasiva a los subcontratistas (sentencias 22-6-90, 30-1-96, 23-12-99 entre otras) de tal manera que pueden dirigirse frente a ellos los adquirentes de las viviendas, si bien su responsabilidad se limitará a la parte de la obra que hubieran realizado.

Son también muchas las sentencias que salen al paso de la alegación más reiterada por los constructores, la excusa de que cumplen lo ordenado por el Promotor o los Técnicos, indicando que ello no les exime de responsabilidad (sentencias de 8-2-94 y 26-12-95).

LOE

El art. 17-6 delimita su responsabilidad, comprendiendo los vicios o defectos derivados de impericia, falta de capacidad profesional o técnica, negligencia o incumplimiento de las obligaciones atribuidos al jefe de obra y demás personas, que de él dependan. Hay que poner este precepto en relación con el art. 11, el cual enumera las obligaciones del constructor señalando, en primer término, que debe ejecutar la obra con sujeción al Proyecto y a las instrucciones del director de obra y del director de ejecución y, además, respetando la legislación aplicable cuyo conocimiento se le supone en razón a su función. La principal novedad del precepto es que ha de tener la titulación o capacitación profesional, que hasta ahora no era requerida, por lo que habrán de definirse los contenidos de los estudios teórico-prácticos que se requieren para el desempeño de esta función.

También responde el contratista de lo mal ejecutado por el subcontratista, incumplimiento de las obligaciones del jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan, regulando como novedad la figura del jefe de obra, el cual es designado por el constructor entre las personas que tengan titulación - que también habrá de definirse - o experiencia, y que representa en la obra al constructor. Viene, por tanto, a ser como la persona del encargado que venía actuando hasta ahora, pero con la peculiaridad de que asume la representación técnica del constructor en la obra.

Un supuesto nuevo de responsabilidad específica del constructor es el contemplado en el último párrafo del art. 17-6, por los daños causados por la deficiencia de los productos de construcción adquiridos por él, sin perjuicio de la repetición a que hubiere lugar.

VII.1.3. PROYECTISTA

1591 C.C

Aunque este precepto sólo hace referencia a los vicios del suelo o de la dirección, la Jurisprudencia lo ha extendido a los defectos de Proyecto. También ha declarado que el contrato por el que se encarga a este profesional el Proyecto no es un arrendamiento de servicios, sino de obra (sentencias 26-5-86, 26-9-86, 25-5-98, etc.) Quiere ello decir que se garantiza un resultado consistente en que el edificio no presenta defectos que lo hagan desmerecer. Ahora bien, una cosa es la responsabilidad contractual, respecto de la persona que lo contrató, y otra distinta es la responsabilidad dimanada de la Ley en los supuestos de ruina de la edificación, que es lo que estamos contemplando ahora. En este caso se responde frente a los adquirentes de la vivienda, con los que no se concertó contrato alguno, por aquellos vicios de proyecto que hayan causado la ruina del edificio, en los amplios términos en que la Jurisprudencia ha venido interpretando este término. Estos defectos traen causa de un defectuoso cálculo de la estructura y un deficiente estudio de las características del suelo, aunque también pueden originarse como consecuencia de un diseño inadecuado.

La Jurisprudencia interpretativa del art. 1.591 C.C. es demostrativa de que, en ocasiones, el Proyectista no tenía que ser necesariamente un Arquitecto. Las sentencias de 16-10-86, 30-3-87, 6-4-87 y 30-6-94 entre otras, se refieren a supuestos en que era un Arquitecto Técnico quien lo confeccionaba, al referirse a obras que no afectan a la estructura o configuración, pues tenían por objeto adaptar locales o hacer una nueva distribución interior de los mismos. En esta línea la Ley 12/1986, de 1 de Abril ya se encargó de definir los supuestos en que estos profesionales podían proyectar, los cuales se referían tanto a obras de nueva planta como a las de reforma de edificios, exigiendo, en este caso, que las obras no afecten a la configuración del edificio, a sus elementos estructurales ni a las instalaciones de servicio común.

Algunos supuestos de responsabilidad examinados por la Jurisprudencia son la falta de estudios geológicos (sentencia 9-3-00), el defectuoso cálculo de la cimentación (sentencias 8-6-84, 18-10-96, 8-6-98, 15-7-00, 15-3-01, y 31-12-02), la falta de drenaje perimetral (sentencia 2-10-96), las humedades de filtración en medianeras (sentencia 4-10-96), las flechas de forjado (sentencia 5-3-98), la falta de juntas de dilatación (sentencia 23-12-99), la utilización de unas celosías inadecuadas para un clima norteño (sentencia 19-10-88) o los pilares insuficientes (sentencia 18-12-99). Cabe citar también, como referidas a algún defecto del Proyecto, las sentencias de 18-12-99, 15-7-00 y 31-12-02).

LOE

El artículo 10 define sus funciones y obligaciones. Se hace expresa mención a que redacta el Proyecto por encargo del Promotor. Siguiendo la pauta marcada por la Ley 12/1986, no confiere esta atribución únicamente al Arquitecto, sino que en función de la obra a realizar, la titulación académica y profesional tanto puede ser la de éste o la de un Ingeniero Superior, un Arquitecto Técnico o un Ingeniero Técnico. Haciendo un breve resumen, debemos señalar que corresponde al Arquitecto proyectar las obras de construcción de edificios para uso administrativo, sanitario, religioso, docente o cultural. Si se trata de uso aeronáutico, agropecuario, de la energía, de la hidráulica, minero, de telecomunicaciones, de transporte, forestal, industrial o naval tanto puede hacerlo un Ingeniero, un Ingeniero Técnico o un Arquitecto en función de la normativa reguladora de cada una de estas profesiones. Por último, para el resto de edificaciones, cualquiera de los antedichos profesionales o un Arquitecto Técnico, también en razón de la normativa específica que regula las respectivas funciones. En definitiva, la Ley se remite a otras disposiciones, si bien establece que en las edificaciones más importantes, de uso residencial, docente, sanitario, etc., el Proyecto sólo puede redactarlo un Arquitecto por lo que es muy limitada la posibilidad del Arquitecto Técnico de proyectar.

El nº 5 del art. 17 establece la responsabilidad solidaria de los Proyectistas si son varios. Por último procede destacar que este Agente responde por las personas a las que encarga los cálculos, estudios o dictámenes si éstos son insuficientes, incorrectos o inexactos, sin perjuicio del derecho de repetición frente a sus autores.

VII.1.4. DIRECTOR DE OBRA

1591 C.C.

Aunque no es misión suya estar a pie de obra de continuo, su función le exige un control sobre su ejecución. Por ello se ha entendido que responde de los defectos evidentes y generalizados (sentencias 9-3-88, 16-12-91, 13-10-94 y 19-10-98) o de aquellos que afecten a partes esenciales de la obra (sentencias 9-3-90 y 3-4-90). Las cubiertas o la impermeabilización de las fachadas, que son fuente de numerosos problemas, deben exigirle una especial atención. Las sentencias de 2-10-96 y 31-12-02 se refieren a la primera de ellas. También debe comprobar si existen juntas de dilatación (sentencia 23-12-99).

Otras sentencias le responsabilizan de dar órdenes incorrectas (sentencias 16-6-84, 26-10-84) de no comprobar que se cumplieran sus instrucciones (sentencias 9-3-88, 31-12-99, 30-3-00) de las humedades de condensación (sentencia

4-10-96) o de la deficiente construcción de garajes (sentencias 2-10-96, 9-3-00 y 31-12-02) o sótanos (sentencias 30-11-93, 5-3-98), de la mala ejecución de la red de saneamiento (sentencia 8-6-98) así como algunas de las ya citadas al referirse al Proyectista que le imputan la responsabilidad en ambas funciones.

Al Director de Obra no le basta con dar las instrucciones precisas, incluso aunque las consigne en el Libro de Ordenes. Es preciso que compruebe que esas instrucciones han sido observadas y si descuida este deber y firma el certificado final de obra, es responsable de los defectos esenciales que se hayan producido (sentencias 7-11-89, 10-11-94, 19-11-96 y 3-4-00). Obviamente si se prueba que ni siquiera realizó labores de seguimiento o vigilancia su responsabilidad es patente (sentencias 22-9-94, 24-2-97, 18-12-99, 3-4-00 y 1-2-02).

El grado de diligencia exigible es el de un buen profesional (sentencias 8-6-84, 3-1-90, 20-5-91, 2-10-96, 25-6-99, 9-3-00 y 3-4-00). Es, pues, más exigente que el módulo normal, de buen padre de familia, a que hace referencia el art. 1.104 del Código Civil.

Una sentencia destacable es la de 3-1-90, que señala que no puede pretender la exoneración de su responsabilidad basándose en que las obras incorrectas las había exigido la propiedad, indicando que si no estaba de acuerdo con esa imposición debería haber resuelto el contrato.

Por último las sentencias de 18-12-99, 23-12-99 y 9-3-00 afirman que el Director de Obra debe solucionar los problemas no previstos en el Proyecto y no puede escudarse en éste para salvar su responsabilidad.

LOE

El art. 12 define ampliamente las funciones del director de obra, así como sus obligaciones, sin embargo el artículo 17.7 al regular su responsabilidad, se limita a decir: “ El director de obra y el director de la ejecución de la obra que suscriban el certificado final de obra serán responsables de la veracidad y exactitud de dicho documento”

VII.1.5. DIRECTOR DE EJECUCIÓN

1591 C.C.

La jurisprudencia ha perfilado su responsabilidad en los siguientes términos. Es responsable del control de los materiales y de las mezclas (sentencias 15-10-91, 10-10-92, 2-12-94, 3-10-96, etc.). La sentencia de 18-11-88 extiende esta responsabilidad incluso al material prefabricado.

Al ordenar la ejecución material de la obra debe atenerse al Proyecto y a las buenas prácticas constructivas (sentencias 15-6-90, 13-7-90, 5-10-90, 11-7-92, 5-2-93, etc.). La sentencia de 27-6-02 le imputa responsabilidad por no advertir las deficiencias del proyecto, que eran patentes. Si se aparta de las directrices del Proyecto y aparecen defectos también le son imputables (sentencias 1-1-85, 15-6-87), pero carece de responsabilidad si el Arquitecto varía el Proyecto y dirige personalmente las obras relativas a esa modificación (sentencia 8-6-98).

Cuando los defectos son numerosos y generalizados la Jurisprudencia no duda en imputárselos (sentencias 9-3-88, 16-12-91, 13-10-94, 19-10-98, etc.). También cuando afectan a partes esenciales de la obra, como la fachada, cubiertas o carpintería exterior (sentencia 29-12-98). Se entiende que al dirigir la ejecución ha de prestar especial atención a éstos por ser la fuente principal de los problemas que presentan las edificaciones.

Algunas recientes sentencias le condenan por vicios del suelo, bien por falta de vigilancia (sentencia 21-2-03) o por no haberlo hecho constar (sentencia 27-7-03). Por último, la sentencia de 2-4-03 fundamenta su condena en haber firmado el certificado final de obra y no haber hecho figurar los defectos.

LOE

El artículo 17 le atribuye la misma responsabilidad que al director de obra. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la Ley, al regular la de los agentes que intervienen en el proceso de edificación, contempla tres clases de defectos, en función del período de garantía, y que sólo cuando se refiere a los de acabado individualiza la responsabilidad en el constructor, excluyendo así en todo caso, la de los demás agentes.

VII.1.6. OTROS AGENTES

En el art. 14 se hace referencia a las entidades de control de calidad de la edificación y a los laboratorios de ensayos, examinando sus respectivas funciones. En el art. 15 define a los suministradores de productos y detalla también sus obligaciones. A ninguno de ellos, sin embargo, se refiere el art. 17 al regular la responsabilidad de los que intervienen en el proceso de edificación, por lo que, ni los propietarios ni los subadquirentes tendrán acción frente a ellos; si bien, en todo caso, podrán el promotor o el constructor que hayan contratado con ellos, exigirles la derivada de este contrato.

En el capítulo referente a los agentes de la edificación, se incluye también a los propietarios o usuarios, a quienes se impone un deber de mantenimiento y de conservar la documentación y los seguros y garantías con que cuenten. Esta obligación de realizar las necesarias obras de conservación para mantener el edificio venía siendo demandada por los demás agentes y ha encontrado eco en la nueva Ley.

Aunque no dentro de la regulación de los Agentes, la Ley hace referencia, en la Disposición Adicional cuarta, al coordinador de Seguridad y Salud, únicamente a los efectos de determinar la titulación profesional que habilita para desempeñar esta función.

VII. 2. CARÁCTER DE LA RESPONSABILIDAD

VII.2.1. INDIVIDUALIZADA O SOLIDARIA

1591 C.C.

En supuestos de existencia de una obligación con pluralidad de deudores o de acreedores el Código Civil en los artículos 1.137 y 1.138 establece dos formas de cumplimiento respecto a cada deudor, mancomunada y solidaria, siendo la regla general la mancomunidad y la excepción la solidaridad. En materia de responsabilidad, tanto el legislador, cada vez con mas frecuencia, como la jurisprudencia se han inclinado por desviarse del Código Civil, extendiendo la solidaridad a la responsabilidad extracontractual en los supuestos de actividades productoras de riesgo, pudiendo citar como leyes que la aplican, la de contrato de Seguro (art.76) y la propia Ley que comentamos, como veremos a continuación. Las razones de la imposición de la solidaridad deben encontrarse en la protección del perjudicado y la dificultad de aplicar el principio de personalidad de la responsabilidad, individualizando la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en un evento generador de la misma

La Jurisprudencia interpretativa del art. 1.591 C.C. ha seguido el criterio de la solidaridad, quizá en ocasiones de una manera un tanto automática, sin ahondar en la posibilidad de individualización de cada responsabilidad. En los últimos años ha procurado, sin embargo, atribuir a cada agente aquellos defectos que verdaderamente hayan sido debidos a una conducta descuidada por su parte, estableciendo que si pueden individualizarse las responsabilidades debe hacerse (sentencias 28-6-94, 27-4-95, 9-3-00, 27-6-00, 31-12-02, etc.). Ahora bien en los casos en que no es posible, todos los responsables son solidarios frente al demandante y éste puede exigir a cualquiera de ellos la reparación correspondiente (sentencias 20-6-94, 6-4-95, 30-10-96, 25-6-99, 23-3-00, 27-6-02, 14-4-03, 18-9-03, etc.) Normalmente cuando se considera que un defecto es atribuible a varios

agentes se acude a esta solución pero la sentencia de 29-11-93 se separó de la misma para graduar las respectivas responsabilidades, imponiendo el 80% al Arquitecto y el 20% al Constructor.

LOE

El artículo 17, al regular las responsabilidades establece tres clases, la primera, individualizada, acorde con la descripción o catálogo de obligaciones de cada agente y detallada respecto de cada uno, la segunda, solidaria respecto de las distintas personas que conjuntamente cumplen la función de un solo agente, así la proclama el art. 17.5, respecto a los proyectistas, y 17.7 respecto a los directores de obra y lo mismo habrá de predicarse de los directores de ejecución, aunque no les mencione expresamente, y la tercera, solidaria que pudiéramos llamar residual o general, que acoge la doctrina jurisprudencial relativa a la solidaridad en el artículo 1.591 C.C.. También establece con carácter general en su apartado 2 la responsabilidad por actos u omisiones por las personas por las que con arreglo a esta Ley se deba responder y concreta la responsabilidad del proyectista por la actuación de los profesionales que contrate para cálculos, estudios, dictámenes o informes; la del constructor por la intervención del jefe de obra y demás personas físicas o jurídicas que de él dependan, también por el subcontratista, y por el proveedor de los productos que adquiera o acepte para la obra, la del director de obra por deficiencias del proyecto no elaborado por él. Por último al promotor le extiende la responsabilidad solidariamente con todos los demás, constituyéndose en garante ante los adquirentes de la actuación de todos los agentes contratados por él.

Sin embargo, el número 3 del precepto determina que cuando no pudiera individualizarse la causa de los daños materiales o quedase probada la concurrencia de culpas, sin que pudiera precisarse el grado de intervención de cada agente en el daño producido, la responsabilidad se exigirá solidariamente. De la lectura de esta norma se colige que la solidaridad tanto puede proceder de que no haya quedado demostrada la causa del defecto, una vez probada su existencia, como de que se acredite que todos los agentes demandados obraron con negligencia y no pueda individualizarse la responsabilidad de cada uno.

VII.2.2. SOLIDARIDAD PROPIA E IMPROPIA

1591 CC

La doctrina y la jurisprudencia han distinguido entre solidaridad propia e impropia, la primera es la solidaridad impuesta por la ley o por el contrato, la se-

gunda, de creación jurisprudencial y ha sido definida como la responsabilidad que se da cuando existe una pluralidad de agentes y concurrencia causal de sus conductas en relación a los daños y no pueden establecerse cuotas ideales de cada participación.. Esta distinción tiene especial relevancia a los efectos de la aplicación del artículo 1.974 C.C., que regula la interrupción de la prescripción de las obligaciones solidarias. La jurisprudencia venía aplicando con carácter general, el artículo 1.974 en el ámbito de las relaciones surgidas de daños extracontractuales, aunque se han apartado de esta línea las sentencias de 23 de junio de 1993 y 13 de octubre de 1994, si bien la sentencia que originó la revisión de la consolidada doctrina fue la de 21 de octubre de 2002. La sentencia numero 223/2003 de 14 de marzo, cambia el criterio general anterior, del que discrepa O'Callagan emitiendo voto particular. En la sentencia se afirma que la fuente de la solidaridad impropia es la propia sentencia que la declara, mientras que en el voto particular se sostiene que la obligación es solidaria desde que se produce el daño y la sentencia la declara, no la constituye; no se produce la solidaridad por la sentencia, sino que esta, venga del contrato, la ley o la doctrina jurisprudencial, es solidaria desde que nace la obligación y esta ha nacido cuando el daño se ha producido. Esta sentencia se dictó días antes de la celebración de la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que tuvo lugar el día 27 de marzo de 2003, en relación con la aplicación del artículo 1.974 a la solidaridad impropia, derivada de responsabilidad extracontractual y que adoptó por amplia mayoría el siguiente acuerdo: “ El párrafo primero del artículo 1974 del Código Civil únicamente contempla efecto interruptivo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio, cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente. Entendemos que este acuerdo se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.”

La cuestión no es baladí, por su trascendencia practica de exoneración de responsabilidad al agente que no fue previamente demandado, por aplicación del instituto de la prescripción.

Puede sostenerse que la razón de ser de la solidaridad impropia, a fin de mantener el principio” pro damnato”, se sustentó en dos bases, solventar el problema del litisconsorcio pasivo necesario, que exigiría llamar a todos los intervinientes a fin de depurar la responsabilidad de cada uno (con el riesgo de convertirse en un pleito entre demandados) y el de la dificultad de individualizar o disociar la participación de cada uno de los eventuales responsables.

Reglero Campos critica abiertamente dicho acuerdo al comentar la sentencia de 5 de junio de 2003. Comienza por exponer la consolidada doctrina jurisprudencial que declaraba que cuando a todos los demandados les alcanza la responsabilidad solidaria, la actividad interruptiva producida con relación a uno solo de los responsables solidarios alcanza a los demás con respecto a los que esa actividad no se haya producido, como consecuencia de lo normado en el art. 1.974 CC, con cita de numerosas sentencias y las que se apartan de la anterior doctrina, antes enumeradas. Plantea la duda de la extensión de la interrupción operada por medio de reclamación extrajudicial contra solo alguno de los eventuales responsables, seguida de reclamación judicial contra todos ellos, que no resuelve. Considera que el cambio de orientación no está justificado, porque si bien la solidaridad impropia es de creación jurisprudencial, su origen es el hecho dañoso y no la declaración judicial, coincidiendo con la postura de O' Callaghan en su voto particular, estimando más lógica la aplicación de la analogía, ante la ausencia de norma general, con el buen número de normas que establecen la solidaridad en las materias que regulan, al haber identidad de razón.

En todo caso aunque sea criticable esta nueva línea jurisprudencial, lo presumible es que se mantenga en el futuro, por lo que será necesario demandar a todos los agentes que puedan resultar responsables o bien interrumpir la prescripción frente a los que inicialmente no se quiera demandar, pero el autor antes citado mantiene respecto a la presunción que se establece en dicho acuerdo, que puede convertirse en "una presunción de creación jurisprudencial que contradice una norma creada también por la jurisprudencia"

LOE

En la LOE al contemplarse expresamente la solidaridad, tiene la condición de propia y, por consiguiente, le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.974 CC sobre la interrupción de la prescripción, así como la jurisprudencia que viene defendiendo la fuerza expansiva de la solidaridad en los recursos, aprovechando el de uno de los obligados a los demás (S. de 29-3-60, 26-3-88, 31-1-93, 17-3-95 entre otras).

VIII. GARANTÍA Y PRESCRIPCIÓN: PLAZOS

1591 C.C.

El término garantía se utiliza en Derecho en varias acepciones, pero la que aquí interesa hace referencia al período dentro del cual ha de producirse el defecto para que pueda imputarse responsabilidad a alguno de los agentes.

En el ámbito específico en que nos encontramos, la Jurisprudencia ha venido considerando que el plazo establecido en el art. 1.591 C.C., de 10 años, es de garantía y que, una vez acaecido el daño, comienza a correr el de prescripción de la acción, que es de 15 años. En este sentido se han pronunciado las sentencias de 25-1-83, 7-2-95, 17-9-96, 28-12-98 y 20-7-02 entre otras muchas. La desmesurada extensión de estos plazos ha alarmado a los agentes de la edificación y además, si tenemos en cuenta que el de prescripción se interrumpe muy fácilmente, pues basta con cualquier reclamación extrajudicial (art. 1.973 del Código Civil), y que la interrupción tiene como consecuencia que se compute nuevamente el plazo desde que se lleva a cabo, la consecuencia de todo ello es que, “cual espada de Damocles”, la posible demanda judicial pende sobre ellos a lo largo de su vida e, incluso, se puede transmitir a sus herederos. Posiblemente esta circunstancia haya pesado en el ánimo de los firmantes de la sentencia de 20 de Julio de 2002 que entiende que el plazo de 15 años, establecido en el art. 1591-2 del Código Civil, no es de garantía sino de prescripción y que éste comienza a computarse desde la recepción de la obra. Esta resolución es objeto de fuertes críticas por parte de Gómez de la Escalera, el cual pone de manifiesto la existencia de diferentes posturas a la hora de determinar la naturaleza de este plazo, lo que en su opinión puede sembrar dudas al respecto, pero no posibilita considerar que la prescripción de la acción se compute desde el final de la obra o su recepción pues la misma sólo nace en el momento en que aparecen los defectos. En definitiva en nuestra opinión el numero 2 del artículo 1.591 CC establece un plazo más largo de garantía, de 15 años, cuando la ruina se debe a la falta del contratista a las condiciones del contrato, aunque esta es una cuestión muy problemática, pero no supone establecer un plazo de prescripción a computar desde la recepción de la obra. Plantea Gómez de la Escalera si a los compradores de los departamentos donde se manifiestan los defectos una vez transcurrido el periodo de garantía les asiste alguna otra acción. Evidentemente podrán tener las contractuales frente a quien les transmitió la vivienda o las extracontractuales si el daño se le causa un tercero, pero no dispondrán ya de acción específica derivada de artículo 1.591 o de la LOE.

La Jurisprudencia ha venido entendiendo que no cabe considerar el plazo de garantía como de caducidad o prescripción. Éstas últimas hacen referencia a la necesidad de ejercitar los derechos dentro de un plazo determinado –pues en otro caso se entienden abandonados– o a plantear las acciones ante los Tribunales en los términos señalados pues, en otro caso, se pierde este derecho. Por el contrario, la garantía supone que se va a responder de los defectos que se produzcan dentro de un determinado tiempo únicamente. En este sentido se pronuncian las sentencias de 4-10-89, 15-10-90, 14-11-91, 7-2-95 y 29-12-98.

No hay unanimidad en la Jurisprudencia sobre el día en que comienza el plazo de garantía, si el de terminación de la obra (sentencias de 14-2-91, 15-10-91) o el de la entrega (sentencia de 1-10-92). De hecho la sentencia de 20-7-02 recoge esta discrepancia y no toma partido por una u otra postura aunque, en nuestra opinión, la solución es clara pues el art. 1.591 C. C. establece que el plazo se contará desde que concluya la construcción.

Como se colige de lo anteriormente expuesto, es necesario que los defectos aparezcan dentro del plazo de garantía, pues si surgen después no hay responsabilidad (sentencias 7-2-85, 15-10-90, 14-2-91, 29-9-93, 6-4-94, 15-5-95, 20-7-02). No es necesaria, sin embargo, la comunicación a los responsables de que se produjeron, pues al adquirente le basta con demostrar en el pleito que se hicieron patentes dentro del período de garantía.

El plazo de prescripción se cuenta desde que se produce el vicio ruinógeno (sentencias de 15-10-90, 17-9-96, 28-12-98, 29-12-99, 20-7-02). Debe examinarse, a continuación, si resulta aplicable a estos supuestos la doctrina jurisprudencial expresiva de que cuando el daño es continuado opera el plazo desde que se produce el definitivo resultado. Las sentencias de 16-12-87, 25-6-90 y 5-6-03 se pronuncian en sentido afirmativo. Por el contrario Corbal Fernández considera que no es de aplicación la doctrina jurisprudencial que rige para los daños corporales –que exige la consolidación de las secuelas– ni tampoco la de los daños materiales continuados, solución que estimamos más adecuada a tenor del precepto

LOE

El art. 17-1 regula tres plazos distintos que son de garantía, de 10, 3 y 1 año respectivamente. El primero de ellos se refiere sobre todo a defectos estructurales y se exige que comprometan la resistencia o la estabilidad del edificio. El trienal comprende básicamente defectos constructivos, aunque también menciona los de las instalaciones que ocasionen el incumplimiento de los requisitos de habitabilidad del apartado 1, letra C, del art. 3, es decir, los relativos a la higiene, salud y protección del medio ambiente, protección contra el ruido y ahorro de energía o aislamiento térmico. Por último el de un año opera respecto a los defectos de terminación o acabado.

Si comparamos el art. 17 con el 3 podemos observar que hay algunos requisitos en este último que no encuentran claro encaje en el sistema de responsabilidades establecido en el primero, tales como los de acceso a los servicios de telecomunicación o audiovisuales. Debe entenderse, por ello, que de ellos sólo responde el promotor

La Ley no sólo establece los plazos de garantía –con criterio más racional que el Código Civil– sino que se preocupa de señalar desde cuándo operan. El art. 6-5 determina que este plazo se iniciará a partir de la fecha en que se suscribe el acta de recepción o cuando ésta se entienda producida tácitamente. En los números anteriores del precepto se establece que la recepción puede ser expresa o tácita. La primera se recoge en un acta, firmada al menos por el promotor y el constructor en la que han de figurar, entre otros extremos, la fecha del certificado final de obra y que se recibe con o sin reservas. En este último caso, una vez subsanadas, se firma un acta complementaria y el plazo se computa a partir de ese momento pero sólo para las obras a las que afecta la subsanación, pues para las demás habrá que estar a la fecha de la primera. La recepción tácita se produce desde que se notifica al Promotor el certificado final de obra y pasan treinta días sin que manifieste reservas o rechazo.

La LOE como toda nueva norma, puede plantear problemas de Derecho Transitorio. La primera pregunta que cabe hacer es que sucede con los edificios anteriores, a los que resulta de aplicación el artículo 1.591 C.C.. En principio es claro que esta norma opera respecto de todos aquellos cuya licencia se hubiera concedido antes del 6 de mayo de 2000, pues la Disposición Transitoria Primera así lo determina y no contiene, además ningún efecto retroactivo por lo que la conclusión que cabe establecer es que todos los defectos constructivos aparecidos en aquellos edificios originarán una responsabilidad conforme a la normativa del Código Civil. Ello significa que aunque a la entrada en vigor de la LOE no se hayan patentizado en ningún caso se regirán por esta. Así lo han mantenido las sentencias de la A.P. de Zaragoza, Secc.4ª de 5-704, Valladolid, Secc. 3ª de 3-6-04, Barcelona, Secc. 17 de 19-3-04, Cuenca, de 14-1-04, Asturias Secc. 7ª de 8-7-03, Pontevedra, Secc. 5ª de 4-2-03 y Asturias Secc. 5ª de 14-6-00.

Aunque esta cuestión parece clara, existen opiniones contrarias al respecto en relación con el plazo de prescripción y ello en razón a la Disposición Transitoria Cuarta del Código Civil. En nuestra opinión, siendo clara la disposición contenida en la LOE, a ella habrá de estar y por tanto en ningún caso se aplicaría esta ley a las edificaciones anteriores. En todo caso los plazos comenzados a contar con anterioridad seguirían vigentes y la duda únicamente podría existir sobre los aplicables a los defectos que no se hubieran manifestado y que lo hagan con posterioridad por primera vez después de la entrada en vigor de la LOE

EL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO: CRÓNICA DE UNA REALIDAD

IGNACIO ARIAS DÍAZ
Letrado de la Junta General
del Principado de Asturias

SUMARIO: I. SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COSTUMBRE: *UBI SOCIETAS IBI IUS; UNUM IMPERIUM UNUM IUS*. II. EL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA. III. LA STC 121/1992. IV. EL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO EN LA DOCTRINA. V. EL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO DESDE EL PARLAMENTO: LA COMISIÓN ESPECIAL DE DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO. VI. LOS TRABAJOS DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN. VII. EL FUTURO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO.

I. SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA COSTUMBRE: *UBI SOCIETAS IBI IUS; UNUM IMPERIUM UNUM IUS*

La afirmación de John Stuart Mill de que “El perpetuo obstáculo al progreso humano es la costumbre”, ha sido asumida por los gobernantes a lo largo de la historia de la humanidad con una constancia rayana en la virtud.

No obstante, los grandes códigos de la humanidad de los que se tiene noticia, surgidos en los grandes valles mesopotámicos y del Nilo, donde la concentración humana propició el desarrollo de la agricultura y la ganadería doméstica, así como el asentamiento de la antigua población nómada en villas y aldeas con el ropaje de los avances técnicos (arado, rueda, ladrillo, horno, cerámica, navegación a vela, etc), son de formación consuetudinaria.

Suelen citarse como códigos más antiguos el Código de Ur-namum (2000 a.C.), de Hammurabi (1750 a.C.) y las leyes asirias (1200 a.C.), que representan los primeros esfuerzos de la humanidad por fijar reglas de derecho.

Son normas penales que reprenden la comisión de delitos circunscribiendo el castigo al daño recibido o ley del talión, expresada en la tradición bíblica por la conocida fórmula del levítico “ojo por ojo, diente por diente”.

La existencia de estos códigos de formación consuetudinaria acredita la vigencia de la máxima *ubi societas ibi ius* que sirve de rótulo parcial a este apartado.

Lo cierto es que un conocimiento concreto de un derecho organizado y escrito se tiene a partir de la dominación romana.

La aportación romana al mundo del derecho fue enorme y asentada sobre principios y reglas tan elaborados que, algunos de ellos, han llegado prácticamente en su redacción originaria hasta nuestros días.

A nosotros nos interesa destacar dentro de esta valiosa aportación la Ley de las XII Tablas porque constituye la primera compilación de las costumbres, fruto de la lucha incruenta pero intensa entre patricios y plebeyos tendente a dotarse de un derecho escrito sin la incertidumbre que generaban las *mores maiorum* interpretadas a la carta por los patricios.

A partir de este momento el principio *unum imperium, unum ius* va a ser una constante en el desarrollo de la costumbre que, de forma casi definitiva, se ve arrumbada con el movimiento codificador que surge en el S. XVIII y se consolida a lo largo del S. XIX.

Todos los gobernantes, sin excepción, quieren tener derecho escrito, el promulgado por ellos mismos, y mantienen una lucha constante contra la costumbre que genera un derecho de formación popular y espontánea.

La producción jurídica de los romanos se ve truncada en el año 409 cuando invaden España los suevos, vándalos y alanos, y posteriormente los godos.

Estos últimos que se imponen sobre los pueblos bárbaros anteriores, crean dos códigos, el Código de Eurico o Código de Tolosa, promulgado para la nación goda, o Código de Alarico o Breviario de Aniano, para los españoles o romanos.

Al ser una legislación de castas de inspiración consuetudinaria se ve afectada por el permanente y constante principio *unum imperium unum ius*, y tras la conversión de Recaredo al catolicismo se promulga el Código titulado *Lex Wisigothorum, Liber Gothorum, Liber Legum, Liber Iudicum o Liber Iudiciorum*, más vulgarmente conocido con el Fuero Juzgo.

El Fuero Juzgo fue quizá la obra jurídica más importante de España, ya que por primera y única vez un Código consigue crear la unidad legislativa en España.

Sin embargo no se pudo disfrutar por largo tiempo de esta unidad. En el año 711 se produce la invasión de los árabes y al empuje de estos nuevos conquistadores desaparece la monarquía goza y el Fuero Juzgo, aunque mantuvo su vigencia en la nueva monarquía asturiana, naufraga en aquella convulsión.

Desde entonces hasta hoy nunca se volvió a restablecer la unidad legislativa.

Primero los privilegios, fueros y cartas pueblas que fue necesario conceder durante la reconquista para ir asegurando en la retaguardia la paz en los territorios reconquistados, después los Fueros de los Fijosdalgos, el Fuero Viejo de Castilla, los Códigos de Alfonso X, el Sabio, el Espéculo, el Fuero Real y el Código de las Siete Partidas, el ordenamiento de Alcalá que promulga el Código de las Siete Partidas, el ordenamiento de Montalvo, las leyes de Toro, la nueva recopi-

lación y la novísima recopilación, constituyen un ataque permanente a las normas de formación consuetudinaria. La obsesión por compilar es una constante.

A lo largo del S. XVIII sufre una evolución el término *Codex* o Códice.

Hasta ese momento se había calificado con este término un conjunto de folios en forma de libro, cosidos por el lomo, que reunían conjuntos heterogéneos de materias, sin un criterio determinado.

A partir del S. XVIII la palabra código pasa a tener un significado más preciso, y al propio tiempo representa un ideal a alcanzar por todas las naciones europeas.

El Código francés de 1804 inicia esta etapa.

En España la codificación tiene los mismos orígenes, y ya la Constitución de Cádiz de 1812 incluye en su articulado al aspiración a la codificación.

La codificación resultó pacífica en algunas parcelas del derecho mercantil, pero devino muy problemática en el derecho civil por la tensión existente en tre el derecho común y los derechos forales.

Los derechos forales chocaban con la idea de la codificación y además pugaban con la ideología de la revolución francesa que apostaba por una recopilación moderna e igual.

De ahí que los juristas catalanes, en la tendencia de conservar sus derechos forales, negaran los valores de la revolución francesa intentando incorporar la doctrina historicista de Savigny, que era un claro opositor a la codificación.

Tras varios intentos fallidos, en 1880, el Ministro de Justicia insta a la Comisión de Códigos a que sobre la base del proyecto de código civil de 2851 se elabore un nuevo proyecto, buscando una fórmula transaccional con los territorios forales, mediante la incorporación de juristas de dichos territorios. Es aquí donde, por circunstancias meramente coyunturales, surge Galicia como territorio foral, cuando nunca lo había sido.

El problema de los derechos forales se resuelve mediante apéndices al Código Civil, que evidenciaban un respeto, pero no una integración en el Código Civil.

El sistema apendicular gozó de escasa simpatía y sólo llegó a aprobarse el de Aragón mediante una ley de 1926.

Para acabar con esta situación, el poder político propicio la celebración de un Congreso Nacional de Derecho Civil, que se celebró en Zaragoza en 1946 y en el que se obtuvo el consenso de publicar los derechos forales mediante compilaciones.

Estas compilaciones se culminaron entre 1959, fecha de la primera de Vizcaya, y 1973, fecha de la última de Navarra.

Cuando parecía que todo estaba resuelto con las compilaciones, que constituían un paso previo a la uniformidad legislativa en materia civil en el territorio nacional, se promulga la Constitución de 1978 que desactiva totalmente esa tendencia al recuperar y consolidar el *status quo* existente al momento de su publi-

cación, a la vez que faculta a las Comunidades Autónomas en las que existen derechos forales especiales para que procedan a su actualización.

A partir de la Constitución se aprueban los Estatutos de Autonomía que incorporan cláusulas competenciales sobre el derecho foral con diversas fórmulas.

Estas competencias se manifestaron en la promulgación de leyes propias de las Comunidades Autónomas para transformar las antiguas compilaciones, que tenían el carácter de normas estatales, en leyes autonómicas de aplicación territorial en los ámbitos de cada Comunidad Autónoma.

País Vasco, Cataluña, Islas Baleares, Aragón y Navarra aprueban sus leyes de derecho foral.

Galicia es un caso aparte, aunque también goza de un derecho foral.

En efecto, hasta la compilación gallega de 1963 el derecho gallego era un derecho consuetudinario, y así se reconoce en la exposición de motivos de la compilación al afirmar que "Si se exceptúan el Fuero Juzgo y el Fuero de León, apenas queda otra fuente de derecho gallego que las normas consuetudinarias".

No obstante, por Ley 4/1995, de 24 de mayo, se aprobó el derecho civil de Galicia, que incrementa cualitativa y cuantitativamente hablando el contenido en la compilación. En la actualidad existe un proyecto de nueva ley foral en Galicia que prácticamente duplica cuantitativamente la aprobada en el año 1995.

En todo este proceso Asturias ha permanecido ausente.

Aunque el derecho asturiano es de formación consuetudinaria como el gallego, ni en los movimientos codificadores que dieron lugar a las compilaciones ni en las reformas estatutarias, tuvo una consideración especial.

Como se verá en el apartado siguiente, el legislador estatutario fue muy tímido al elaborar la cláusula competencial sobre derecho consuetudinario, y no sabemos si esa timidez fue resultado de que nuestro Estatuto fue el primero que se aprobó por la denominada vía lenta o si obedecía a un desconocimiento de la realidad de nuestras costumbres jurídicas.

Lo cierto es que la redacción competencial constituye un pie forzado sobre el que resulta muy complicado construir el derecho consuetudinario asturiano, no porque no exista –la realidad del trabajo de campo nos ha permitido constatar la vigencia y pujanza de las costumbres jurídicas asturianas–, sino porque toda la edificación del derecho consuetudinario asturiano debe construirse a partir de unos pilares jurídicos que al momento actual son muy débiles.

II. EL DERECHO CONSUECUDINARIO ASTURIANO EN EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.

El Proyecto de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias (en adelante, EAPA) fue adoptado a partir de un borrador de anteproyecto elaborado por

la denominada “Comisión de los 8” y de un anteproyecto de estatuto de autonomía elaborado por la denominada “Comisión de los 24”.

En el borrador de anteproyecto no figuraba referencia alguna a la competencia del Principado de Asturias sobre derecho consuetudinario asturiano.

Por el contrario, en el anteproyecto elaborado por la “Comisión de los 24”, concretamente en el artículo 7.19, se configuraba como competencia exclusiva del Principado de Asturias la “conservación, modificación y desarrollo del derecho foral consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y temporal de vigencia”. Fórmula que venía a ampararse en la del artículo 149.1.8ª CE que establece que:

“1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8º. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

(...)”.

Sometido el anteproyecto a un período de información pública, para alegaciones, las más significativas en orden al tema que nos ocupa, fueron las siguientes.

En primer lugar la presentada por el “Conceyu Bable”, que daba una nueva redacción al artículo 7.19 en los siguientes términos:

“Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 19. Conservación, modificación y desarrollo del derecho foral escrito y consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y temporal de vigencia (...)”.

En segundo lugar las alegaciones suscritas por don Marcelino Arbesú Vallina y don Antonio Masip Hidalgo, ambos abogados, que en cuanto al número 19 del artículo 7 formulan las siguientes observaciones:

“La referencia a las Instituciones Jurídicas Consuetudinarias es decisiva para el estatuto. El dictamen ha querido reproducir las facultades que se permiten en el 149.8 de la Constitución, a pesar de la opción del 143. Dejando aparte, de momento, la vía constitucional que se sigue, es preciso debatir a fondo si la plasmación de la floralidad que hace el dictamen es la que Asturias necesita. Hay que aclarar previamente si procede la denominación de Derecho Foral Consuetudinario Asturiano a nuestras peculiares instituciones jurídicas dispersas. Nosotros, en principio, compartimos, con algunas precisiones, la terminología del dictamen, frente a trabajos tan cualificados como los de Tuero Bertrand (“Ins-

tituciones y Contratos Tradicionales en Asturias” e “Instituciones Tradicionales en Asturias”), que se basa en Canella y de la Concha, pero en cuya opinión parece latir un cierto prejuicio centralista, por encima de su erudición y reconocida capacidad científica.

Ahora bien, una vez admitida la existencia de un Derecho Foral Consuetudinario, ¿cómo proceder desde el “Principado” a su “modificación y desarrollo”, que pretenden los redactores del dictamen? Esto se cae por su propio peso. De ahí la exigencia de una nueva redacción.

El problema de Asturias no es el de “conservar, modificar y desarrollar” su derecho consuetudinario sino el de proceder a su recopilación. En esa línea, el abogado Modesto Blanco García, ya había llamado la atención del Consejo Regional con un detallado escrito el pasado 20 de junio de 1979 (inédito). Y es ésta una necesidad que está sesteando en Asturias desde generaciones, a pesar de los esfuerzos de muchos profesionales y hasta de la misma Audiencia Territorial que ha aplicado, tras una compleja prueba, las normas consuetudinarias de la “sociedad familiar asturiana” en algunas resoluciones. La falta, sin embargo, de esa recopilación conduce a una verdadera indefensión procesal.

Rogamos la atención de la Ponencia sobre los trabajos de Modesto Blanco, Rafael Fernández Martínez, Prieto Bances, Tuero, J. L. Pérez de Castro y demás autores citados. Reconocemos que no somos especialistas en tan trascendente cuestión, pero advertimos que sería temerario el desenfoque de la misma en el anteproyecto.

Tampoco resulta comprensible la inclusión de la palabra “temporal” para referirse a “costumbres vigentes”.

Pensamos que una redacción más ajustada del punto 19 del artículo 7 sería: “La recopilación del derecho foral consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial”. Y como alternativa subsidiaria: “La recopilación de las normas jurídicas consuetudinarias vigentes y la fijación de su ámbito de aplicación”. Dada la fuerza del término de recopilación pudiera no ser necesario precisar la fijación del ámbito territorial. Lo dejamos al más docto criterio de los especialistas”.

Por su parte, “Conceyu Nacionalista Astur” presentó una enmienda al apartado 19 del artículo 7, pretendiendo que dicho apartado quedara redactado en los siguientes términos:

“Conservación y desarrollo del derecho foral escrito y consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y temporal de vigencia”.

En la fase de enmiendas al anteproyecto de ley de estatuto de autonomía, la Unión de Centro Democrático presentó una enmienda a través de la cual se pretendía que la competencia exclusiva sobre el derecho foral pasara a ser competencia de desarrollo legislativo y de ejecución sobre “conservación y desarrollo de las especialidades de derecho civil de origen consuetudinario asturiano y, en

su caso, su compilación y modificación con fijación del ámbito territorial y temporal de vigencia”.

Por su parte el Partido Popular abogaba por la supresión de esta competencia.

En un texto de aproximación de enmienda presentada por el Partido Socialista y el Partido Comunista de Asturias, se abogaba por mantener la competencia sobre “conservación, desarrollo y, en caso compilación del derecho consuetudinario asturiano y la fijación de su ámbito territorial y personal de vigencia”.

Lo cierto es que en el texto definitivamente aprobado, en el artículo 16, se estableció que “El Principado de Asturias impulsará la conservación y, en su caso, compilación, del derecho consuetudinario asturiano”.

Es indudable que esta redacción no animaba a nada. Se habla de conservar y, en su caso, compilar. Esto es, se duda de que haya algo que conservar y, por tanto, la compilación se supedita a que ese algo exista.

Con estos antecedentes, era muy difícil explorar lo que daba de sí el artículo 16.

En la última reforma estatutaria de 1999 propiciamos la modificación del artículo 16 mediante la supresión de la expresión “y, en su caso”, con lo cual, la redacción quedó como sigue: “El Principado de Asturias impulsará la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano”.

Esta fórmula, que sigue siendo temerosa, y que está a una enorme distancia de la fórmula foral “conservación, modificación y desarrollo”, al menos elimina las dudas de que exista un derecho consuetudinario asturiano. El derecho consuetudinario asturiano existe y hay que conservarlo y compilarlo.

¿Qué significa conservar y qué significa compilar?

A nuestro juicio, la conservación tiene un sentido garantista, equivale a dar continuidad. Conservar es, pues, garantizar la continuidad de las costumbres.

La compilación tiene un sentido complementario de lo anterior. Compilar es dar certeza. Si reunimos las costumbres en una compilación, estamos dando seguridad jurídica.

Pero tanto la conservación como su secuencia obligada, la compilación, pueden provocar un efecto procesal muy importante. En el sistema judicial español rige el principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), aplicable a la fuente primaria del ordenamiento jurídico, la ley, que para ser aplicada sólo tiene que ser invocada. Por contra, la costumbre para que pueda ser aplicada debe ser invocada y probada.

Pues bien, la compilación puede suplir la necesidad de prueba de la costumbre.

III. LA STC 121/1992

La competencia autonómica sobre el Derecho Consuetudinario Asturiano Civil, ha de examinarse a la luz del artículo 149.1.8ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan», y en el contexto que resulta de la interpretación que de este precepto efectúa la STC 121/1992.

En efecto, el Tribunal Constitucional en STC 121/1992, ha dicho que «el amplio enunciado de esta última salvedad («derechos civiles, forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no solo a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución».

En este marco constitucional la cláusula estatutaria «conservación y, en su caso, compilación» parece que admite el ejercicio de la potestad legislativa.

Así cabe sostenerlo a partir de la Sentencia citada que en relación con el artículo 31.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (en adelante, EACV, en el que se atribuye a dicha Comunidad «la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil valenciano»), señaló que «no es, pues, dudoso que la Generalidad Valenciana ostenta competencia exclusiva para legislar sobre instituciones que hayan tenido una configuración consuetudinaria específica en su ámbito territorial, competencia que trae causa, como queda dicho, de lo prevenido en el citado artículo 149.1.8ª de la Constitución».

Hemos de entender, en consecuencia, y así lo ha dicho el Tribunal, que la «conservación» permite «la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial».

Dicho de otra manera: el Principado puede conservar las costumbres jurídicas asturianas y agruparlas en una compilación de rango legal.

Es indudable que la eventual transformación del derecho consuetudinario en derecho escrito supondrá una alteración en la posición de las normas consuetudinarias en la jerarquía de fuentes: pasarán de ser fuente secundaria a ser fuente primaria y de aplicación preferente a la legislación civil del Estado en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

Pero es ésta una posibilidad admitida por la STC 121/1992.

En todo caso, es condición indispensable para el ejercicio de la competencia autonómica la preexistencia real de costumbres jurídicas asturianas.

No a otra conclusión se puede llegar del último inciso de la primera parte del artículo 149.1.8ª CE que confía a las Comunidades Autónomas la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, especiales o forales

«allí donde existan», esto es, donde existan al momento de promulgarse la Constitución.

Es cierto que ésta es una de las interpretaciones posibles de la STC 121/92, quizá la de mayor grado de intensidad respecto a las posibilidades del derecho consuetudinario asturiano.

Pero también se pueden alcanzar otras conclusiones si se parte del hecho de que la STC 121/92 ha sido dictada interpretando el artículo 31.2 del EACV cuya fórmula no se corresponde con la del Estatuto de Autonomía Asturiano.

En efecto, el EAPA habla de conservar y compilar, mientras que el EACV, en una fórmula similar a la foral del art. 141.1.8ª CE refiere como competencia de la Comunidad Valenciana la de conservación, modificación y desarrollo del derecho civil valenciano.

Por tanto, la competencia no es la misma, y quizá no resulte incuestionable tomar al pie de la letra la STC 121/92, y edificar sobre ella la competencia del Principado de Asturias para legislar sobre su derecho consuetudinario.

En todo caso esta segunda interpretación no dejaría de ser una cuestión meramente doctrinal menor si en la próxima reforma estatutaria se da un paso más en esta materia y se incluye como nueva redacción del art. 16 EAPA la competencia del Principado de Asturias para conservar, modificar y desarrollar el derecho consuetudinario de Asturias.

Lo que está fuera de toda duda es que el Principado puede compilar en el sentido tradicional del término, es decir, reunir todas las costumbres jurídicas asturianas en un documento con forma de texto articulado.

La compilación así entendida no tendría por qué suponer la alteración del rango de la costumbre como fuente secundaria del ordenamiento jurídico, con independencia del instrumento que se utilizara para aprobar dicha compilación, ley o decreto, cuestión que sería de mera opción normativa.

Si la compilación se aprueba por ley, el rango ley, como forma de aprobar la compilación, no tiene por qué transmitirse al objeto compilado, que seguiría siendo costumbre.

Y quizá esta opción intermedia, que supone un paso más respecto al dictamen aprobado por el Parlamento en la V Legislatura, y que no altera el rango de la costumbre, sea en este momento el más apropiado, ya que cumpliría en sus términos la obligación que impone el EAPA en el artículo 16: al compilar, se está conservando.

Ello también evitaría afrontar en este momento los problemas que se derivarían de transformar la costumbre jurídica en ley y que obligaría a pronunciarse sobre la vecindad civil, las fuentes del ordenamiento jurídico asturiano, la implantación del recurso de casación autonómica e incluso, a partir de la STC 47/2004,

rebajar la cuantía del recurso de casación para permitir la formación de jurisprudencia y la uniformidad de la aplicación del derecho civil asturiano.

En todo caso, el objetivo de evitar la no aplicación del principio *iura novit curia* quedaría alcanzado.

IV. EL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO EN LA DOCTRINA

Normalmente, cuando en el campo del Derecho se aborda el estudio de una Institución, de una figura, desde la óptica que ofrece la doctrina, suele ser habitual que haya dos posturas normalmente encontradas: la de los que defienden y la de los que niegan la vigencia, o los caracteres o la naturaleza jurídica de la Institución o figura que se esté analizando.

En el marco del Derecho Consuetudinario Asturiano se da esta misma tendencia. Los hay que niegan la existencia de un Derecho Consuetudinario propio que pudiera dar lugar a un Derecho Foral. Por otro lado, hay otra tendencia que no muestra una oposición tajante al fenómeno de la foralidad, y que está representada por autores que se han ocupado de esta problemática no desde una óptica global, sino a partir del estudio de figuras consuetudinarias concretas.

Hay que puntualizar, también, que este sector doctrinal que niega, está integrado en su totalidad por expertos en Derecho Civil.

Así, se afirma, que a pesar de que Asturias no se puede decir que estuviera huérfana de instituciones jurídicas peculiares (naturaleza jurídica de los hórreos, antojanas, casería), no acogió en su seno un Derecho Foral similar al que las compilaciones vieron renacer.

Más aún, se daba en Asturias el anecdótico caso de que por obra de un curioso y sorprendente sistema jurídico de ampliación del campo propio del Derecho Foral Gallego cierto territorio asturiano gozara, o padeciera, según se mire, de una suerte de colonización jurídica.

Así, el artículo 2 de la compilación gallega, considera que “Las disposiciones del Derecho Civil de Galicia se aplican en el territorio de la Comunidad Autónoma gallega sin perjuicio de la vigencia que puedan tener en otros ámbitos territoriales, al amparo de la correspondiente normativa autonómica o estatal”.

Anécdotas aparte, para este sector doctrinal, la dificultad más importante a la hora de institucionalizar un Derecho Civil Asturiano como un verdadero sistema foral, hace referencia a la naturaleza que pueda darse al fenómeno consuetudinario en un marco geográfico y urbano que desconocía la existencia de precedentes jurídico-positivos propios.

¿Qué alcance cabe atribuir a tales costumbres respecto del Derecho Común en un ámbito desprovisto de peculiaridades forales propias?

Para estos autores, una norma consuetudinaria será foral en un ámbito de Derecho Foral por ser una fuente reconocida en dicho ámbito, mas en un ámbito de Derecho Común, la costumbre genera Derecho Común en aplicación del artículo 1.3 del Código Civil.

En todo caso, para este sector doctrinal, sería posible reconocer la existencia de un Derecho Civil asturiano aunque en un reducidísimo margen, y siempre que las materias no se refieran al estatuto personal, sino real.

Una corriente dentro de este sector, mantiene que no se puede constatar en nuestra región una foralidad o conjunto de instituciones similares a las que en otros territorios españoles excepcionaban o excluían al Derecho Común, aunque se puedan apreciar formas peculiares de vida, incluso costumbres propias de contenido jurídico.

Y esta impresión se obtiene a través de un sucinto recuento de dichas instituciones. Así, cuando se contempla la andecha, como colaboración vecinal en trabajos agrícolas perentorios, o la esfoyaza, reunión para el enristre del maíz, se observa que más que un componente jurídico, se está en presencia de una relación social o un interés folklórico. En otras ocasiones, como cuando se habla de la palmada o de los finxos, tales instituciones pueden ser un símbolo externo de un hecho, quizá jurídico, pero la peculiaridad no reside en el hecho, sino en el símbolo que encierra un cierto valor probatorio de aquél.

Estas instituciones constituyen simplemente concreciones singulares de otras categorías jurídicas generalmente admitidas y más universalmente formuladas.

Para esta corriente, puede restringirse el ámbito jurídico peculiar de nuestra región asturiana a dos instituciones esenciales: la casería y la parroquia, aunque ninguna de las dos, ni cualitativa ni cuantitativamente, tienen entidad suficiente para extraer a partir de ellas una idea de foralidad.

Acaso las peculiaridades asturianas pudieran permitir hablar de un Derecho Consuetudinario que, como tal, tampoco es admitido por otros sectores doctrinales que hablan de "unas formas tradicionales de interpretar algunas figuras jurídicas".

Este sector doctrinal califica de exceso verbal la admisión de un Derecho Consuetudinario Asturiano.

A partir de la publicación del dictamen de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano (BOJG Serie B, núm. 569, de 26 de marzo de 2003), incluso la polémica sobre el derecho consuetudinario asturiano ha saltado a los medios de comunicación. Nadie que no sea ajeno a esta cuestión ha podido sustraerse a la contienda periodística mantenida entre J. Arce y Flórez-Valdés, Catedrático de Derecho Civil, en *La Nueva España*, de 27 de marzo de 2003 y 6 de octubre de 2003, replicado por F.J. García Valledor, entonces Presidente de la Co-

misión Especial de Derecho Consuetudinario Asturias a través del mismo medio, el 30 de marzo y el 8 de octubre de 2003.

En tiempos más recientes, se ha cuestionado por otro sector doctrinal el desuso o la práctica extinción de figuras como la facería, la aparcería, la cárcoba o la compañía pesquera, sin que se expliciten las razones que han desembocado en tal conclusión.

Todas estas figuras están en el dictamen de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano y han sido obtenidas a partir del examen de la jurisprudencia dictada por la Audiencia Territorial de Asturias desde 1936 hasta el momento actual.

Es curioso que estos sectores doctrinales se manifiesten en contra, en unos casos del derecho consuetudinario asturiano en su conjunto, y en otros de figuras cuya vigencia ha sido contrastada.

Hay una nota común a todos estos sectores: ninguno de los autores que niegan la existencia del derecho consuetudinario asturiano, sea globalmente considerado, sea de alguna de sus figuras, han efectuado una investigación sobre el terreno.

Ninguno de ellos ha experimentado la fragancia de lo que yo coloquialmente denomino "*L'eau de cu*", esto es, "el aroma de la cuadra".

Para pronunciarse categóricamente sobre la vigencia o no del derecho consuetudinario asturiano o de alguna de sus figuras es absolutamente necesario salir al campo, hablar con la gente, porque la costumbre surge de modo espontáneo del pueblo y es el pueblo el que puede demostrarnos o no la vigencia de la costumbre.

No vale opinar desde la mesa del despacho. Para captar tanto el elemento material de la costumbre, esto es, el acto que se repite, como el elemento espiritual, esto es, la *opinio iuris seu necessitatis*, es necesario pisar el terreno, respirar, en suma, "el aroma de la cuadra".

Sostener hoy día que la facería ha caído en desuso es demostrar tal desconocimiento de la realidad que inhabilita para opinar sobre estos temas a quienes sostengan tal tesis.

No hay comunidad de pastos en Asturias en la que no esté presente la facería. Taja y Fresnedo, en Teverga, Laviana, Nava, Infiesto y Bimenes, comunidad de pastos del monte del Sueve, Cabrales y Llanes, y Somiedo por citar sólo algunos ejemplos claros y al alcance de cualquier investigador, permiten constatar la vigencia de la facería. Sólo hay que hacer el pequeño esfuerzo de salir y entrevistar a los residentes en los pueblos titulares de estos pastos.

Al igual que sostener que la compañía pesquera está en desuso es desconocer que es el único y exclusivo sistema de pago de salarios vigente en la totalidad de las cofradías de pescadores de Asturias, sin ninguna excepción.

La historia situará a cada uno en su lugar, si no es que lo está haciendo ya.

Es pues innegable que existe un derecho consuetudinario asturiano, y también lo es que este derecho consuetudinario asturiano en nada desmerece del derecho foral gallego que hasta la fecha de su compilación en 1963 era un derecho esencialmente consuetudinario, y así se reconoce en la propia exposición de motivos de la compilación al afirmar que “Si se exceptúan el Fuero Juzgo y el Fuero de León, apenas queda otra fuente de derecho gallego que las normas consuetudinarias”.

Nada se opone a que en Asturias se sigan los mismos pasos que en Galicia en orden a la compilación.

V. EL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO DESDE EL PARLAMENTO: LA COMISIÓN ESPECIAL DE DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO

Los antecedentes descritos no constituían el mejor escenario para iniciar una tarea de exploración e investigación de las posibilidades que podía ofrecer el derecho consuetudinario asturiano.

Ni la redacción del Estatuto ni la doctrina animaban a intentar averiguar hasta dónde se podía llegar con el art. 16 EAPA.

No obstante, promovimos la creación de una comisión especial para que iniciara los trabajos necesarios a fin de determinar si el contenido del art. 16 era *flatus vocis* o si había alguna posibilidad de ejercitar esta competencia.

A esta propuesta fue receptivo el entonces Diputado del PAS, Xuan Xosé Sánchez Vicente, que presentó una proposición no de ley que culminó en la Resolución de la Junta General 324/4, de 22 de octubre de 1998, adoptada por el Pleno, del siguiente tenor:

- “1. La Xunta Xeneral del Principáu d’Asturies considera inaplazable desarrollar el artículo 16 del Estatutu d’Autonomía y proceder a la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano.
2. A ese fin, por el procedimiento del artículo 75 del Reglamento de la Cámara, se procederá, dentro de los quince días siguientes a la aprobación de esta Resolución, a la creación de una comisión especial sobre derecho consuetudinario asturiano”.

Tras los trámites reglamentarios, la Comisión quedó integrada por los siguientes miembros:

Presidente: Ilmo. Sr. don Xuan Xosé Sánchez Vicente.

Vicepresidenta: Ilma. Sra. doña Isabel Pérez Espinosa-González.

Secretario: Ilmo. Sr. don Francisco Javier García Valledor.

Vocal: Excmo. Sr. don Eugenio Carbajal Martínez.

Letrado: Ilmo. Sr. don Ignacio Arias Díaz.

Esta Comisión, tras comparencias de personas vinculadas al derecho consuetudinario asturiano que respondieron a un cuestionario elaborado por el Letrado de la Comisión, elevó al Pleno un dictamen que fue aprobado por éste, en sesión de 15 de abril de 1999, cuyas conclusiones eran las siguientes:

1. La Comisión constata la existencia de costumbres jurídicas susceptibles de integrar el derecho consuetudinario asturiano, tanto en la esfera civil como en la esfera administrativa local.
2. Dicho eso, y establecido un listado de las mismas, el rigor técnico y la seguridad jurídica exigirían la verificación objetiva de su ámbito, concepto y vigor, así como, en su caso y a otros efectos que los puramente compilatorios, del conocimiento de su génesis y evolución históricas.
3. En esta tarea de verificación considera la Comisión compatible tanto los trabajos de investigación de la historia del derecho asturiano desde sus orígenes hasta el momento actual, como los trabajos de campo y estudio del tráfico jurídico, de los protocolos notariales y de las resoluciones jurisdiccionales que hayan podido hasta ahora tomarlo en consideración.
4. La competencia del Principado permite el ejercicio de la potestad legislativa mediante la formalización en compilación de rango legal de las costumbres jurídicas preexistentes. De adoptarse esta opción, las costumbres jurídicas asturianas quedarían exentas de la exigencia de prueba procesal.
5. La Comisión, aun consciente de que la nueva Cámara que se constituya a partir de las elecciones de junio próximo no quedará vinculada por los acuerdos adoptados por la actual Junta General, recomienda la continuación de los trabajos de la Comisión para el estudio del Derecho Consuetudinario Asturiano, y la habilitación dentro del presupuesto de la Junta General del correspondiente crédito para hacer frente a los gastos que los trabajos de campo e investigadores requieran.

Asimismo, la Comisión cree plenamente factible desarrollar todas estas tareas en el ámbito temporal de una Legislatura, por lo que las tareas de la futura Comisión y de las investigaciones pertinentes deberían entablarse con señalamiento de estrictos límites temporales a efectos indicativos».

Se inicia la V Legislatura, y uno de los primeros asuntos que se ponen sobre la Mesa es la recomendación contenida en el apartado 5 del dictamen de la Comisión de la IV Legislatura.

A partir de estos datos, la Mesa de la Cámara, por acuerdo de 27 de julio de 1999, y a partir de una propuesta presentada el 23 de julio de 1999 por los Grupos Parlamentarios Renovador Asturiano, Izquierda Unida, Popular y Socialista, crea la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano al amparo del art. 75 del Reglamento de la Cámara.

Tras los trámites reglamentarios, la Comisión quedó integrada por los siguientes miembros:

Presidente: Ilmo. Sr. don Francisco Javier García Valledor.

Vicepresidente: Ilmo. Sr. don Faustino Álvarez Álvarez.

Secretaria: Ilma. Sra. doña Ana Barrientos González.

Vocal: Excmo. Sr. don Sergio Marqués Fernández.

Letrado: Ilmo. Sr. don Ignacio Arias Díaz.

Se constituye un equipo de investigación bajo la dirección del Prof. Santos M. Coronas González que asume la supervisión del equipo y la dirección de la investigación histórica. El Letrado de la Comisión, Ignacio Arias Díaz, se ocupa de la dirección de la investigación del derecho consuetudinario vigente.

Tras los trabajos a que se hará mención en el apartado siguiente, se somete a la Comisión un informe que contiene un catálogo de las 26 figuras susceptibles de integrar el derecho consuetudinario asturiano, a partir del cual la Comisión elabora un dictamen que posteriormente es asumido por el Pleno de la Cámara en sesión de 20 de marzo de 2003, cuyas conclusiones son las siguientes:

1. El artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias impone la obligación de impulsar la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano.
2. El artículo 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, además de un sentido competencial, tiene un sentido de garantía institucional en dos vertientes: conservar es garantizar la continuidad; compilar es garantizar la certeza.
3. Las 26 figuras jurídicas detectadas hasta ahora en las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias constituyen la prueba evidente de que el derecho consuetudinario asturiano existe.
4. El derecho consuetudinario asturiano se proyecta, fundamentalmente, sobre el ámbito de las relaciones jurídico-civiles y, con menor intensidad, sobre la esfera administrativa local.
5. Es preciso continuar con la tarea de investigación y estudio del derecho consuetudinario asturiano, tanto en los protocolos notariales, como en los juzgados de origen de las sentencias apeladas a la Audiencia Provincial de Asturias, completándola con un muestreo de trabajos de campo en los concejos y pueblos de la Comunidad Autónoma. Sin olvidar la investigación histórica que afiance y legitime los resultados obtenidos.
6. Ultimados los trabajos, es preciso conservar y compilar el derecho consuetudinario asturiano.
7. A partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, la competencia que el Principado titula, le permite el ejercicio de la potestad legislativa sobre el derecho consuetudinario asturiano, que hasta ahora necesita ser probado para su validez en juicio, es decir, la compilación no tiene por qué ser un mero catálogo de costumbres jurídicas, sino una auténtica compilación legal.

8. De ser formalizadas legislativamente, las costumbres jurídicas asturianas quedarían exentas de la necesidad de prueba procesal, y ése debería ser el objetivo último a conseguir, ya que ello representaría elevar a su más alto nivel los mandatos estatutarios de conservación y compilación, afianzando y preservando definitivamente el uso de la costumbre en el tráfico jurídico.
9. Efectuada, en su día, la compilación legal que pueda formalizarse, y cuya ejecución se recomienda, será preciso introducir las modificaciones legales oportunas.
10. Debe prestarse una atención especial al material documental en poder de las parroquias rurales, de tantísimo valor para el estudio y comprensión de esta forma de asentamiento tradicional de la población asturiana, catalogándolo y ubicándolo en lugares adecuados que garanticen su preservación para el futuro, así como su posibilidad de consulta”.

Iniciada la VI Legislatura, y al igual que ocurrió en la V, uno de los primeros asuntos que se ponen sobre la Mesa es la creación de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano. La Mesa de la Cámara, en acuerdo de 7 de julio de 2003, así lo hace, y la Comisión se constituye el 9 de julio de 2003, quedando integrada por los siguientes Diputados:

Presidenta: Ilma. Sra. doña Noemí Martín González.

Vicepresidente: Ilmo. Sr. don Faustino Álvarez Álvarez.

Secretaria: Ilma. Sra. doña Ana Barrientos González.

Letrado: Ilmo. Sr. don Ignacio Arias Díaz.

Esta Comisión será la encargada de analizar el informe que el equipo de investigación presentará a lo largo de 2006, según las previsiones temporales que se barajan, en el que se contendrá, cumpliendo así en sus términos el mandato estatutario, una auténtica compilación con forma de texto articulado del derecho consuetudinario vigente, el contenido de cuyas figuras será la suma de las sentencias estudiadas, de los protocolos notariales analizados y, fundamental y esencialmente, de los trabajos de campo desarrollados.

VI. LOS TRABAJOS DEL EQUIPO DE INVESTIGACIÓN

El equipo de investigación quedó integrado por el Prof. Santos M. Coronas González, Catedrático de Historia del Derecho y Director del equipo; Ignacio Arias Díaz, Letrado de la Junta General del Principado de Asturias, de la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano y Coordinador del equipo; inco investigadoras de las que constituyeron la planta fija Cristina Cantero Fernández y Ana I. Llana Vioque, con el soporte y apoyo administrativo de Ana I. Parrondo Rubio, funcionaria del Parlamento.

Una vez que se constata sin ningún género de duda que Asturias nunca había sido región de derecho foral, se centran los trabajos de investigación en los archivos y bibliotecas de Asturias (Archivo Municipal de Oviedo; Archivo Histórico Municipal de Gijón; Museo del Pueblo de Asturias; Archivo Histórico de Asturias; Biblioteca de la Universidad de Oviedo; Archivo Histórico de la Universidad de Oviedo; Biblioteca Asturiana del Padre Patac; Biblioteca Central de Asturias y Museo Arqueológico de Asturias) y en otros lugares del territorio nacional (Archivo de la Real Chancillería y Archivo General de Simancas, en Valladolid; y Biblioteca Nacional; Fundación Universitaria de Madrid y Archivo del Palacio Real, en Madrid).

Los trabajos de investigación histórica duraron prácticamente tres años, los tres primeros años de la V Legislatura, y fruto de ella han sido las publicaciones insertadas en las Series editoriales previstas por la Comisión, y que son el “Libro de los Juramentos, Pleito Homenaje y Proclamaciones del Principado de Asturias (1709-1834)”, Título de Conde de Campomanes, “Alegaciones jurídicas. Porcones. Concejo de Allande”; “Fueros y Ordenanzas de Oviedo”; y “Discursos de Regentes y Estadística Criminal”.

Sin embargo, la investigación histórica nos alejaba del cumplimiento del mandato estatutario que exigía “conservar y compilar”, a la vez que se acercaba el final de la V Legislatura y, a salvo de las publicaciones, no se podía ofrecer ningún resultado al Parlamento.

Fue necesario dar un golpe de timón a la investigación, a cuyo efecto, y sin abandonar la línea de investigación histórica, asumimos la dirección del que pasamos a denominar “Equipo de investigación del derecho consuetudinario vigente”.

El primer problema que tuvimos que resolver fue el de desgranar las costumbres jurídicas y vigentes al momento de entrada en vigor de la Constitución, que era al que nos remitía la STC 121/1992.

Descartamos todas aquellas costumbres meramente folklóricas o etnográficas, muy interesantes en esos campos, pero no en el del derecho. Por eso nunca se nos puede achacar que centramos nuestra atención en la esfoyaza. Eso no deja de ser un mero recurso dialéctico para minusvalorar el trabajo que estamos realizando.

Descartamos también las costumbres que aun siendo jurídicas, no están vigentes: verbigracia el abasto de nieve, que siendo una costumbre que implicaba obligaciones jurídicas para los neveros, obviamente no está vigente desde la aparición de las neveras.

¿Cómo determinábamos la juricidad de una costumbre?

Para el reconocimiento en las costumbres de la juricidad requerida, ningún instrumento posiblemente tan seguro como el propio tráfico jurídico y, más concretamente, las resoluciones jurisdiccionales que hubieran podido tomar en consideración las costumbres.

Por eso la investigación comienza en la Audiencia Provincial de Asturias, en la que Cristina Cantero Fernández examina las casi 45.000 sentencias recopiladas en los archivos de dicha Audiencia.

Se comienza en la Audiencia porque las costumbres que allí pudieran detectarse constituyen el techo mínimo al que se puede llegar con el derecho consuetudinario que, en su caso, habría de ampliarse con las sentencias dictadas por los Juzgados inferiores, no apeladas, y con la investigación en los protocolos notariales que también se iba a iniciar.

Fruto de esta tarea investigadora es la constatación de un censo de 26 figuras susceptibles de integrar el derecho consuetudinario asturiano.

Tras la elaboración jurídica de estas figuras a partir de los datos obtenidos por las sentencias que las tratan, se somete un informe a la Comisión Especial de Derecho Consuetudinario Asturiano, que lo aprueba como dictamen, y que después es ratificado por el Pleno de la Cámara, en el que se recogen las siguientes 26 figuras, de las que ofrecemos un concepto básico:

- **Agua.** Hace referencia al uso y aprovechamiento de las aguas corrientes, estancadas y sobrantes, por una comunidad de propietarios poseedores o vecinos de varias fincas. En épocas de escasez se reparte por turnos entre los porcioneros, y en época de abundancia se aprovecha a porfía.
- **Andecha.** Es un trabajo personal, voluntario y gratuito para la realización de una tarea que por su importancia o premura, excede la capacidad de la familia. La casa beneficiaria de la andecha ofrece una comida para compensar el esfuerzo. Los participantes en la andecha no adquieren ningún derecho ni propiedad sobre el producto de su trabajo. Se resume en la frase "Hoy por mí, mañana por ti".
- **Antoxana-Arrodeo.** Es el espacio llano y abierto que se localiza frente a la casa, en sus costados, o en la parte posterior. En él se llevan a cabo las tareas que no pueden realizarse en el interior de la casa: depósito de leña, estiércol, aperos de labranza, etc. Este espacio es de propiedad primitiva o germánica, lo que significa que cada uno de sus condóminos puede disponer de él libremente siempre que no perjudique a los demás.
- **Aparcería.** Es una sociedad basada en la mutua confianza y lealtad, donde el socio capitalista aporta los bienes y el aparcerero el trabajo. Los frutos se reparten entre ambos, así como las pérdidas que puedan ocasionarse. La aparcería puede ser agropecuaria, forestal y mixta.
- **Arriendo.** Es un contrato en el que el propietario cede la posesión y aprovechamiento de unos bienes a otra persona a cambio de una renta anual. Existen distintas modalidades destacando el arriendo de hierbas, lo que vulgarmente se conoce como vender la pación.

- **Bistechu-Pingu.** Es el espacio que resulta de repetir la superficie del alero de un edificio sobre el suelo desde la fachada hasta el extremo final del tejado. Este espacio pasa a ser propiedad del dueño del edificio.
- **Casería.** Es la explotación agropecuaria familiar que funciona como una unidad de producción y consumo y que está integrada por edificios, fincas, animales y derechos, aunque formando un todo indisociable.
- **Compañía pesquera.** Se refiere al reparto de las ganancias de la pesca entre los tripulantes de la embarcación. La porción que lleva cada uno se llama quiñón. Las porciones a repartir no son estables sino que dependen de la capacidad del barco, la especie del pescado capturado, número de tripulantes y su categoría.
- **Compraventa de animales.** Hace referencia al ritual de la palmada que consiste en un apretón de manos, sobre todo en la compraventa de ganado vacuno, como primera fase del negocio. Para culminar el trato hay que cerciorarse de la salud del animal mediante el registro para pasar posteriormente al marcado. Culmina con la robla o convite que hace el comprador pagando una ronda de sidra o vino.
- **Comuña.** Es una especie de aparcería pecuaria especial. Admite diversas modalidades. La comuña medio a medio, al ermún, a la ganancia o a la media cría, en función de cómo se repartan el socio capitalista y el aparcerero las pérdidas y ganancias.
- **Empeño.** Es una especie de compraventa con pacto de retro y arrendamiento. La persona que pide un préstamo ofrece al prestamista como garantía determinados bienes propios o en posesión que pasan a disposición del acreedor. El dueño o poseedor sigue disfrutando de ellos como arrendatario debiendo entregar al prestamista una renta.
- **Facería.** Es un espacio limítrofe entre dos pueblos, parroquias o concejos que perteneciendo a los bienes comunales de uno de ellos, también es aprovechado por el otro bajo determinadas condiciones. El aprovechamiento puede ser ganadero, agrícola o forestal. Si es ganadero puede ser a rexas vueltas o palo en cuello.
- **Foro.** Es el contrato en base al cual el propietario de unos bienes transmite su dominio útil a un segundo, reservándose el dominio directo. En Asturias destaca el foro villano y el foro frumentario.
- **Hórreo-Panera.** Tanto el hórreo como la panera sirven para almacenar las cosechas. Su propiedad puede ser individual o compartida. Si es compartida se divide el interior con tabiques, aunque también puede disfrutarse en proindivisión.

- **Linderos.** En Asturias es habitual que la delimitación de las fincas se realice excavando una zanja y depositando la tierra extraída en un montón. La zanja se denomina cárcova y la loma calderín.
- **Monte.** Se hace referencia con esta figura a aquellos montes, pastos o plantaciones forestales que pertenecen a una comunidad en régimen de mano común, y que son aprovechados por los vecinos que tienen casa abierta con humo. Estos montes pasaron a dividirse en porciones para su explotación en lo que se denomina términos vareables o acantados, que tienen un fuerte rasgo consuetudinario.
- **Permuta.** En Asturias recibe el nombre de arrendamiento a corre y para o fincas atempadas. Consiste en el acuerdo entre los llevadores de dos fincas colindantes que pertenecen a un mismo propietario para cambiarlas por un período de tiempo concreto.
- **Polea.** Es una servidumbre de paso especial para la recogida de algas y que entraña un servicio permanente de paso a pie, con animales y carro, en favor de los propietarios o poseedores de una polea.
- **Poznera.** Es el derecho a plantar árboles en terrenos ajenos o comunales, de tal manera que la propiedad del árbol y sus frutos pertenecen a una persona con independencia de quién sea el dueño del suelo. Tiene vigencia mientras dure el árbol, aunque también puede tener carácter perpetuo.
- **Prinda.** Es el derecho de retener el animal que entra en terreno ajeno para compensar los daños y perjuicios ocasionados. Para recuperar el animal debe pagarse una cantidad que cubra los daños y perjuicios, la sanción o multa y los gastos de depósito. Esta cantidad se llama prindada.
- **Serventía.** Es el resultado de la cesión de una franja de terreno que hacen dos colindantes para delimitar y facilitar el acceso a sus respectivas fincas. Con ello renuncian a la propiedad del terreno cedido que pasa a ser como una comunidad de uso y disfrute.
- **Servidumbre de paso.** En Asturias se puede adquirir la posesión sobre las servidumbres de paso temporales y discontinuas. La temporalidad y discontinuidad están en función de los ciclos agrícolas y de las necesidades de cada especie cultivada y de las características de los suelos.
- **Sextaferia.** Es la prestación de trabajo de carácter personal y obligatorio de los vecinos de un lugar para arreglar los caminos, fuentes, lavaderos, puentes o banzaos. El nombre de sextaferia deriva de que el día destinado para realizar estas tareas es el viernes. Quienes no puedan acudir a la sextaferia compensan a la comunidad con una cantidad de dinero.
- **Sociedad Familiar.** Es una sociedad a pérdidas y ganancias formada por un matrimonio viejo y un matrimonio joven, unidos normalmente por lazos

de parentesco, para la administración y explotación de una empresa familiar, con asunción de las pérdidas y ganancias que se reparten por cabezas.

- **Usos y costumbres.** Engloba una serie de comportamientos y modos específicamente asturianos muy atomizados que sería preciso aglutinar. Son costumbres menores, como por ejemplo la seguida para deslindar todo tipo de bienes que atendía a los vientos y no a los puntos cardinales.

- **Vitudad Universal.** Es el usufructo vitalicio que un cónyuge otorga sobre todos o parte de sus bienes en favor de su superviviente, independientemente de que otra persona disfrute de la propiedad de esos bienes.

Estas 26 figuras detectadas en las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias constituyen, repetimos, no el máximo del derecho consuetudinario posible, sino el mínimo, como están demostrando los trabajos de investigación que actualmente estamos llevando a cabo en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, Protocolos Notariales y, fundamentalmente, a través de los trabajos de campo.

Éstos últimos constituyen el eje central de la investigación. Si la costumbre es fruto espontáneo del pueblo, es al pueblo donde tenemos que ir a buscarla.

El equipo de investigación del derecho consuetudinario vigente, integrado por el director del equipo Ignacio Arias Díaz, las investigadoras Cristina Cantero Fernández y Ana I. Llana Vioque, con el apoyo fotográfico y administrativo de Ana Parrondo Rubio, sale, como mínimo un día a la semana, y a veces dos, a visitar todos los lugares de Asturias en los que se presume la vigencia de costumbres jurídicas.

Al momento de finalizar este estudio, hemos realizado 137 salidas de campo en las que hemos entrevistado a más de 500 personas en la práctica totalidad de los 78 concejos de Asturias. Costa, montaña, oriente, centro, occidente, todos los espacios rurales han sido peinados por el equipo de investigación.

El trabajo de campo no ha supuesto un abandono de la investigación en los protocolos notariales y en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, que sigue pilotada por Ana I. Llana Vioque y Cristina Cantero Fernández, respectivamente.

Unos y otros han sido tan fructíferos que, junto a las 16 figuras descritas, hemos detectado la existencia de 3 más: el contrato de mampostería, la mejora de tercio y quinto y el testamento mancomunado, que pasarán a engrosar las filas del derecho consuetudinario vigente.

En esta VI Legislatura los miembros del equipo de investigación hemos adquirido el compromiso de compilar en forma de texto articulado el derecho consuetudinario asturiano.

Vamos a sugerir que la intensidad de la compilación no alcance a modificar el rango del derecho asturiano como derecho consuetudinario, esto es, que la cos-

tumbre siga siendo costumbre, sin perjuicio de que el rango del instrumento por el que se apruebe la compilación sea el de ley.

Habremos contribuido a evitar la no aplicación del principio *iura novit curia*, lo cual no es poco.

En esta última fase en la que estamos inmersos, contamos con la colaboración de los Magistrados de la Audiencia Territorial de Asturias don José Ignacio Álvarez Sánchez, don Ramón Avello Zapatero y del Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Asturias don Rafael Fonseca González, todos ellos con experiencia en la materia, que se ocuparán de estudiar las figuras que integran el derecho consuetudinario desde la perspectiva del derecho civil o común, y del director del equipo de investigación don Santos M. Coronas González, que fiel a su línea de investigación histórica, dará el fuste adecuado, pero siempre desde esa perspectiva, al censo de figuras que van a integrar la compilación.

VII. EL FUTURO DEL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO (1)

El futuro del derecho consuetudinario asturiano está garantizado. La pujanza de algunas de las figuras que lo integran, vinculadas directamente a determinadas actividades económicas, verbigracia la compañía pesquera, son la mejor garantía de su pervivencia.

Pero no sólo está garantizado el futuro del derecho consuetudinario por la viveza y vitalidad de su contenido, sino porque la propia estructura organizativa de la Administración del Principado de Asturias ha creado en el seno de la Consejería de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores, y dentro de ella, en la Dirección General de Justicia, la denominada "Secretaría de Desarrollo Autonomómico", entre cuyas funciones se encuentra, según el art. 5.1.e) del Decreto 87/2003, de 29 de julio, de estructura orgánica básica de la Consejería de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores (BOPA núm. 176, de 30 de julio de 2003), modificado por la Ley del Principado de Asturias 4/2004, de 30 de noviembre, del Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos Laborales (BOPA núm.

(1) Estando en imprenta este trabajo, tomamos conocimiento a través de los medios de comunicación de la intención del Consejero de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores de firmar un convenio con los Presidentes de las Parroquias Rurales para recuperar los fondos documentales de que dispone cada parroquia e incorporarlos al Archivo Histórico de Asturias. Saludamos esta idea del Sr. Valledor, patrocinada por nosotros, en el trabajo publicado en el núm. 25 esta Revista, de 2001, sobre La Parroquia Rural. Será necesario que la Consejería se dote de los medios humanos necesarios para investigar y catalogar estos fondos a pie de obra, esto es, en las propias parroquias rurales, y una vez clasificados y ordenados, separando aquello que tiene valor histórico, de lo que no reviste tal carácter, trasladarlo al Archivo Histórico de Asturias.

287, de 13 de diciembre de 2004) y por el Decreto 8/2005, de 19 de enero (BO-PA núm. 25, de 1 de febrero de 2005; correc. errores BOPA núm. 31, de 8 de febrero de 2005) la de “El estudio, impulso y propuesta a la Dirección General en orden a la conservación y compilación del derecho consuetudinario asturiano”, tarea que su redacción actual quedará desbordada por los trabajos que se están llevando a cabo en el Parlamento y que tendrá que atemperarse a la nueva realidad que surgirá a partir de la compilación, centrando su atención en el seguimiento de las consecuencias prácticas de la propia compilación, resolviendo las dificultades y dudas que se adviertan en su desarrollo.

Dos son pues las palabras claves: estudio e impulso.

¿Qué actuaciones podrían enmarcarse en la función “estudio”?

A nuestro juicio, las siguientes:

- Continuar con las líneas de investigación abiertas por la Comisión, que se concretan en trabajos de campo, trabajos de archivo y de investigación en bibliotecas y archivos, recuperando los documentos existentes sobre derecho consuetudinario asturiano, tanto a nivel estatal (Biblioteca Nacional, Archivo Histórico Nacional, Academia de la Historia, Archivo del Palacio Real, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Fundación Universitaria Española, Real Chancillería de Valladolid, Archivo de Simancas, etc.), como a nivel autonómico (Biblioteca Asturiana del Padre Patac, Archivo Histórico de Asturias, Archivo del Museo Arqueológico de Asturias, Archivos municipales, archivos privados, etc.)
- Continuar, igualmente, con los trabajos de campo, a fin de asentar en base firme las figuras que integran el derecho consuetudinario asturiano; detectar necesidades que se vayan creando; y ampliar el archivo oral, fotográfico y filmográfico.
- Incorporar el fondo documental sobre derecho consuetudinario asturiano actualmente existente en la Junta General del Principado de Asturias, incrementarlo con las aportaciones que desde el seno de la Consejería se vayan realizando, para ponerlo a disposición de los investigadores, profesionales del derecho y ciudadanos en general.
- Actualizar permanentemente los enfoques, las informaciones y perspectivas del derecho consuetudinario asturiano a tenor de las actuaciones que se puedan desarrollar en otros ámbitos autonómicos, estatales e internacionales.

Por su lado, dentro de la función “impulso”, podrían enmarcarse las siguientes actuaciones:

- Propiciar una reforma del art. 16 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, sustituyendo su actual enunciado por otro que nos asemeje a

las regiones de derecho foral y que haga plenamente operativa la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 121/1992.

La fórmula a introducir sería la siguiente:

“El Principado de Asturias impulsará la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Consuetudinario Asturiano”.

La modificación tiene un alcance que va más allá de lo político, ya que propiciaría una actuación sobre figuras del derecho consuetudinario asturiano que la realidad evidencia no atemperadas a la realidad del momento, como por ejemplo, el bistechu o la sociedad familiar asturiana, y sobre las que debería tenerse capacidad de actuación para adecuar su concepción originaria a la realidad en la que actualmente se desenvuelven.

- Actuar, de forma gratuita, en labores de peritaje y asesoramiento en controversias entre Administraciones, entre Administración y particulares y entre particulares (deslindes, prindas, antoxanas, compañía pesquera, etc.). Sobre todo en materia de deslindes respecto a los cuales, la realidad demuestra que está todo por hacer.
- Cursos de formación, conferencias, reuniones divulgativas, seminarios, symposium, jornadas, congresos, y similares; que tiendan a la divulgación del conocimiento del derecho consuetudinario asturiano.
- Publicaciones y exposiciones divulgativas sobre el derecho consuetudinario asturiano.
- Convenios con instituciones que faciliten el conocimiento del derecho consuetudinario asturiano (Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Universidad de Oviedo, Colegio de Abogados, Colegio de Procuradores, Colegio de Notarios, Colegio de Registradores de la Propiedad, etc.)
- Crear página web que facilite la consulta a los usuarios sobre las figuras del derecho consuetudinario asturiano y sobre los fondos documentales.
- Recuperar los fondos documentales de las parroquias rurales, dotándolos de asesoramiento y ayuda para su catalogación.
- Asesorar y colaborar activamente con las parroquias rurales para el ejercicio de la competencia que legalmente les está atribuida por el art. 16 de la Ley 11/1986, de Parroquias Rurales, consistente en recopilar y conservar el derecho tradicional y velar por la costumbre del lugar.

Por último, nos permitimos sugerir a la Consejería de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores la conveniencia de crear un grupo de trabajo permanente integrado por representantes de la Administración del Principado de Asturias y de la Junta General para el seguimiento y actualización del derecho consuetudinario similar a la Ponencia Permanente del Derecho Foral de Galicia, todo ello sin perjuicio de las iniciativas parlamentarias que puedan existir en cada momento.

COSTUMBRES JURÍDICO-PÚBLICAS ASTURIANAS: LA JUNTA ADMINISTRATIVA TRADICIONAL

AMABLE CONCHA GONZÁLEZ

Este artículo es consecuencia del resultado de las investigaciones realizadas en una tesis doctoral sobre el Derecho Consuetudinario Público Asturiano (DC-PA), dirigida por Don Leopoldo Tolivar Alas, en el Departamento de Derecho Público de la Universidad de Oviedo. El reconocimiento jurídico-positivo que diversos cuerpos legales –tanto el Estatuto de Autonomía como distintas resoluciones del legislativo autonómico–, efectúan de aquel conjunto normativo constituyen el *leirmotiv* fundamental de nuestro intento. Que el asunto no haya sido muy atractivo –o quizás parezca de exclusivo interés asturianista–, no debe hacernos olvidar que en lo más alto del escalafón legislativo existen normas que se refieren a este *corpus* consuetudinario como un derecho dotado de positividad.

En principio, esta primera “razón” pudiera parecer de una simpleza extrema; ¿Cómo realizar una tesis, dentro de un Departamento de Derecho Público, sobre un conjunto de normas que no fuera “positivo”? Sin embargo, un análisis más profundo de la cuestión lleva forzosamente al primero de los “atractivos” del asunto. Cuando desde la óptica del derecho público se profundiza en el derecho público-local, las propiedades estructurales del ordenamiento jurídico se presentan como uno de los elementos más característicos del ámbito objetivo que pretende estudiarse. Dichas evidencias no se manifiestan tan explícitas en los textos que regulan las instituciones consuetudinarias, en ellos encontramos un reconocimiento diferido y difuso: una positividad atípica. Evidentemente, desde el Estatuto de Autonomía para el Principado de Asturias, con su regulación de “garantía institucional básica”, hasta la Ley 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural, discurre un camino, más o menos franco, para la investigación en derecho público. Pero esta aparente “normalidad” se cuestiona cuando algunos de los decretos de reconocimiento de parroquias rurales se refieren en sus disposiciones transitorias a la “Junta administrativa tradicional”, o la propia Junta General del Principado convoca, para su Comisión sobre la materia, becas para especialistas en etnografía jurídica.

Vaya por delante que en nuestro trabajo no hemos pretendido dar respuesta a problemas más generales. El papel de la costumbre como fuente general del de-

recho administrativo es aspecto tratado profusamente¹, y no faltan, precisamente, buenos análisis sobre esta funcionalidad (entre otros: Del Vechio, Garrido Falla, García de Enterría...) Por lo tanto, y teniendo presentes las distintas posiciones, habremos de responder a la cuestión específicamente y en relación con las instituciones objeto del presente proyecto, dando por supuesto que *a priori* la costumbre puede ser fuente del derecho público. **Las costumbres jurídico-públicas asturianas pertenecen fundamentalmente al subordinamiento jurídico-local y la costumbre no es fuente del anterior con carácter general. Hay instituciones consuetudinarias expresamente reconocidas y una funcionalidad subsidiaria que depende de la potestad normativa local.**

I. EL CONTINUUM LEGISLATIVO HISTÓRICO

Tras la irrupción del derecho administrativo en la esfera local, el DCPA tuvo que acercarse a las formas legales por aquel previstas, adoptándolas en cierta manera y quizás tan sólo a efectos formales. La existencia de ordenanzas y acuerdos escritos permite estudiar desde un punto de vista estrictamente jurídico-positivo aquellas relaciones, pero no tanto el DCPA. Sirva esta advertencia como aviso de navegantes. Por este motivo, y aún siendo de sobra conocido, un esbozo sobre la evolución histórica del derecho administrativo –si bien más centrado en aquellos aspectos que pudieran afectar al mundo consuetudinario público– nunca estaría de más en el presente intento.

La actividad legislativa del Estado liberal ha propiciado la evolución de las costumbres en ordenanzas y del derecho consuetudinario en un derecho tradicional, pero más reglamentario. La evolución del derecho administrativo español ha permitido, dentro del público-local, que se mantuvieran las formas tradicionales de administración, y entre éstas las costumbres jurídico-públicas. Esta línea no fue importada de sistemas foráneos y es propia de nuestro derecho. El municipio

1 Nos referimos al planteamiento más clásico –que es el que nos ocuparía–, aunque aprovechamos esta n.p. para llamar la atención sobre la quiebra “actualísima” de la hegemonía legislativa en el derecho público de la globalización. En efecto la denominada *lex mercatoria* constituye un “conjunto de reglas y principios consuetudinarios reconocido por la comunidad empresarial y aplicado en las transacciones comerciales internacionales independientemente de interferencias gubernamentales” (J. E. FARIA, *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2.001, pág. 135). Frente a las ilusiones privativistas –anarco-capitalistas podría decirse–, los efectos de la globalización alcanzan más –y son más eficaces– en la esfera del derecho público, suponiendo una “progresiva erosión del Estado-nación como espacio territorial y social en el que se adoptan de forma libre e independiente las decisiones políticas fundamentales y se elaboran de manera autónoma las normas jurídicas correspondientes;...”, O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid 2.004, pág. 37.

del derecho administrativo español es parte del Estado, pero también una “criatura histórica”, como diría Posada Herrera². Las “formas tradicionales de asentamiento y convivencia de la población asturiana”, por tanto, vienen siendo positivamente reconocidas desde el importantísimo artículo 90 de la Ley Municipal de 1.877.

Las sucesivas promulgaciones/derogaciones propiciaron un *continuum* legislativo histórico que no se ha interrumpido hasta la Ley del Principado de Asturias 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural. La causa de la indeterminación lógico-jurídica de la Junta Administrativa tradicional puede encontrarse en la incorrecta interpretación del artículo 4º del Estatuto Municipal de 1.924³, y/o por el incumplimiento –sin alcance material previsto– del trámite de comunicación por parte del Ayuntamiento al Gobernador Civil de las Entidades Locales menores existentes *ex* artículo 90 de la Ley Municipal de 1.877 en el término municipal⁴. La producción normativa parroquial no revela procesos de adaptación a las sucesivas leyes promulgadas⁵, lo que también confirma el *con-*

2 J. POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, MAP, Madrid, 1.988, Lecc. XX, pág. 309: “nada importaría que dijéramos, la provincia es una unidad administrativa, ó por el contrario es una unidad natural como lo es un individuo;...”.

3 A partir de este artículo pudo haberse iniciado un problema formal, ya que *in fine* decía: “Los Ayuntamientos deberán comunicar a los Gobernadores civiles el nombre y condiciones de las que tengan existencia legal en sus respectivos términos, que habrán de ajustarse al régimen establecido para las Entidades locales menores por el Estatuto Municipal”.

4 A este respecto el artículo 4º del Estatuto Municipal es muy explícito ya que establece que las entidades reconocidas en la Ley Municipal tendrán plena personalidad jurídica como Entidades locales menores, “...sin necesidad de petición por los interesados, ni de reconocimiento por las Corporaciones municipales”.

5 *Cfr.* R. PRIETO BANCES, “Las ordenanzas del pueblo de Bello” en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Secretariado de Publicaciones, Oviedo, 1976, J.L. VILLAVERDE AMIEVA, *Colección documental sobre la Parroquia de Porrúa y Puertu de Cuera*, Alvizorás, Oviedo, 1977. L. GARCÍA SAN MIGUEL, “Notas para un estudio sociológico-jurídico de la <<derrota>>”, *BI-DEA*, nº LV, 1965. E. GÓMEZ PELLÓN, “Los concejos abiertos parroquiales asturianos” en *VVAA., Libro del I Congreso Jurídico de Asturias*, Academia Asturiana de Jurisprudencia, Oviedo, 1987. En el Archivo Histórico Municipal de Llanes figuran las siguientes Ordenanzas en la signatura número 12: O. Para el gobierno interior de los pueblos sujetos a la Jurisdicción del Ayuntamiento de Llanes (1.859), O. realizadas por los vecinos de San Juan de Caldueño (1.748), O. de Tresgrandas (1.794), O. de Cué (1.808), O. de la parroquia de Los Callejos (1.824), O. de la parroquia de Cué (1.830), O. para el lugar de Porrúa (1.832), O. para el pueblo de Ardisana (1.832), O. para el lugar de Buelna (1.833), O. de la parroquia de la Malatería (1.833), O. para la parroquia de Hontoria (1.835), O. de Nueva sobre caleros y comunes (1.843), O. de la parroquia de San Juan de Caldueño (1.867), O. de Andrín (1.876), O. para regir la administración del monte de la Mardola (1.885, 1.892), O. del pueblo de Cué (1.923); M^a. C. PAREDES NAVES, *Inventario del archivo histórico municipal de Llanes*, Serv. de Publicaciones, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1.994, pág. 72. Sabemos que existirían bastantes más, y que por una u otra razón no se encuentran

tinuum que se defiende y el reconocimiento positivo de las “particulares formas de administración” desde la ley municipal decimonónica.

II. DERECHO CONSUETUDINARIO Y DERECHO TRADICIONAL NO SON CONJUNTOS IDÉNTICOS

El reconocimiento histórico del derecho tradicional en la esfera local va a implicar que tengamos que adoptar una posición sobre lo que debe de entenderse por derecho consuetudinario. Aunque pudiera parecer obvio, lo cierto es que no es infrecuente aquella consideración para todo el derecho ordenancístico, e incluso alguna sentencia ha definido como consuetudinaria la Ley 11/86 del Principado de Asturias. Y es claro que, tanto los cuerpos de ordenanzas municipales como la ley citada, hacen referencia a instituciones consuetudinarias, pero no lo es menos que, desde un punto de vista estricto –y aún pudiendo ser derecho *materialmente* nacido de la costumbre⁶–, su validez y eficacia no van a depender de la posición de la anterior como fuente del derecho público, sino de la inclusión de este *ius* tradicional en los textos de carácter *legal*.

Una segunda razón se desprende de la anterior motivación: ni el Estatuto ni la legislación de desarrollo, explicitan las costumbres que se reconocen positivas más allá de la mención a las distintas instituciones; el concejo abierto, los bienes comunales o la aportación/prestación personal de los vecinos afectados, como tampoco lo hacen con los ámbitos geográficos, esto es; aquellos lugares “donde la costumbre es fuente del derecho público local porque históricamente lo ha venido siendo”. La Ley 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural ha resultado un cierto fracaso en cuanto al número de parroquias “tradicionales”⁷ que han solicitado su reconocimiento y no, muy precisamente,

en el archivo: así las de Porrúa de 1.921 felizmente compiladas, pero además las inéditas de Vi-diago mencionadas por el Prof. SAN MIGUEL (*op. cit. ut supra*), etc..., ahora bien resulta sintomático que ni en el caso de Porrúa – donde hay compilación exhaustiva de la documentación - ni en las ordenanzas reseñadas, exista relación entre la fecha de su producción y la promulgación de la Ley municipal o del Estatuto de 1.924.

6 El Prof. Don Pablo Menéndez, secretario del tribunal que calificó la tesis doctoral el 1 de marzo de 2.004, realizó una observación muy acertada y que incorporamos en este momento al criticar que desnaturalizáramos las costumbres incorporadas a textos escritos. Nos referíamos primordialmente a los aspectos *dinámicos* de la producción normativa más que al derecho producido en su virtud. En nuestro trabajo se había tenido muy en cuenta el enfoque generativista. El largo camino hacía la abstracción finaliza cuando la regla consuetudinaria participa del *nomos* de la ley (“prestarán los mayores de 16 años”), pero en un principio cuando es costumbre “pura” la conducta que es para una parte obligación y para la otra derecho se inferirá de diversos enunciados y otro tipo de soportes (“si fuiste a la *esfoyaza* puedes ir a caminos”).

7 Según la División Parroquial de Asturias, confeccionada por Francisco Quirós Linares, editada por la Consejería de Interior y Administraciones Públicas en 1.993, existen en Asturias 860 parroquias.

porque se haya producido la derogación histórica del régimen consuetudinario parroquial. Éste sigue existiendo, pero, curiosamente, al margen de la ley citada. Por lo tanto he ahí otros problemas que precisan respuestas.

Desde la visión clásica liberal-racionalista, el derecho consuetudinario público ha sido siempre una reliquia, y por ello se ha dicho que sólo aquellas instituciones particular y expresamente reconocidas por la ley podrían pervivir. Y lo anterior es en gran parte cierto. Sin embargo, hemos visto que las costumbres aún siguen funcionando como fuente de la organización de la actividad administrativa, más allá del margen impuesto por aquel reconocimiento. **Se trata de un procedimiento cultural de producción normativa local**, y por ello, puede escapar del estático y rígido marco al que tenazmente se pretende someterlo. La apuesta, de otra parte, por ampliar la visión —o mejor dicho el enfoque—, no debería implicar un descuido del planteamiento clásico.

Y debemos volver ahora a la raíz teleológica de ese reconocimiento. Cuando se ha pensado racionalmente en reconocer el derecho público producido por la costumbre, sin duda, no se ha tenido en cuenta —o se ha pensado menos—, en el que se “estaba produciendo”. Por esta especial sensibilidad, hemos preferido no reducir el trabajo a las cuestiones sobre montes, agricultura y ganadería —aún sabiendo que son típicas de la atención consuetudinaria y reducto donde se reconoce legal y jurisprudencialmente vigencia a la costumbre—, pues siendo conscientes de que forman parte del todo: “mundo rural”, parecía inadecuado efectuar distinciones que sólo existen en la percepción de los juristas modernos. Cuando los ciudadanos de este ámbito rural asumen y entienden que “la costumbre ye/e ley”, no lo hacen pensando que es más o menos ley según la materia a regular, sino en función de que las decisiones se tomen más o menos cerca de sus casas, su plaza..., en definitiva, de su conocimiento local⁸.

Para no dejar fuera buena parte de las costumbres locales hemos adoptado, entonces, un criterio que permite acoger en nuestra tesis lo que realmente existe, sin necesidad de forzar excesivamente la ortodoxia de nuestra disciplina. Si la competencia es una resultante entre materia y función, no hay problema en rela-

Con independencia del carácter urbano de una cierta parte de las mismas, es sustantivo que tan solo 37 hayan optado por su acomodo a las previsiones de la ley. La cuestión se agrava si se tiene en cuenta que 29 de las nuevas parroquias rurales ya tenían estatuto jurídico de Entidad Local menor. Es significativo, en igual sentido, que concejos con gran tradición parroquial como Cangas de Narcea, Llanes, Siero, Tinéu o Villaviciosa no cuenten con parroquia rural alguna de las reconocidas por la ley.

8 C. GEERTZ, *Conocimiento local*, Paidós, Barcelona, 1994. Para la postura de este autor el DCPA sería en el fondo una construcción cultural: “una forma de pensar la realidad asturiana por los propios asturianos”. Las “sensibilidades legales” serían por lo tanto parte de ese “saber local”.

cionar los fines públicos con las primeras, mientras que a las segundas han de corresponderles los medios públicos. Cuando dándose aquella resultante, los medios sean organizados, regulados y prestados mediante normas consuetudinarias podrá entonces responderse afirmativamente al interrogante principal, aunque conste la titularidad municipal de la competencia.

La potestad normativa local permite la organización consuetudinaria de actividad administrativa. Ahora bien es la primera, y no el reconocimiento de la costumbre como fuente del derecho público, la que propicia lo anterior. Por esta razón existe una asimetría contencioso *vs.* administrativo de la funcionalidad de la costumbre pública. En general hay organización consuetudinaria de cierta actividad administrativa. En la memoria de tesis doctoral se han recogido los resultados de un sondeo verificándose costumbres como el concejo abierto, las prestaciones personales y la constitución de comisiones *ad hoc* en materias típicas de la administración local: autoorganización, ferias y mercados, suministro de agua, limpieza viaria, turismo o deporte.

III. JUNTA ADMINISTRATIVA TRADICIONAL Y PARROQUIA RURAL

A través del discurso anterior hemos llegado a la obtención de ciertas conclusiones. Desde un punto de vista estrictamente positivo no puede afirmarse que la costumbre haya sido proscrita como fuente del derecho público local. Parroquia y régimen de concejo abierto encuentran acomodo en el Estatuto de Autonomía y en la Constitución respectivamente –además de en la legislación de desarrollo– mientras que también son constitucionales las prestaciones personales y patrimoniales, así como los precios públicos. La regulación positiva de las prestaciones personales es restrictiva respecto de su implantación sociológica. Criterio, éste, que en cambio sí fue acogido por el Tribunal Constitucional cuando tuvo que jurisdiccional su constitucionalidad⁹.

No obstante lo anterior, este reconocimiento –al menos en lo que se refiere al papel de la costumbre para regular aquellas instituciones– es más programático que real, debiendo decirse que la costumbre ya no rige para la parroquia como ente territorial con pluralidad de fines, y sólo se mantiene para la administración

9 “En segundo lugar, han de considerarse razones de carácter sociológico. Se trata de prestaciones -las que se cuestionan- que se llevan a cabo en forma de cooperación vecinal, respondiendo a criterios de solidaridad, aún vigentes en municipios pequeños, y expresando asimismo un modo de participación de cada vecino en el levantamiento, en beneficio de toda la comunidad, de las cargas municipales (STC 13 de diciembre de 1.999, enjuiciando recurso contra algunos preceptos de la LHL)..

de determinados y singulares patrimonios –otrora parte de la universalidad parroquial– o lo que es lo mismo, como fuente de derecho reguladora de entes institucionales con fines limitados. A esto cabría oponer que la “municipalización” de aquellas comunidades de aldea/s y tierra, no llevo a completar el proceso iniciado, que ya desde el principio se admitió la vigencia de la costumbre histórica, y que incluso la propia Ley 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la Parroquia Rural al establecer la transformación obligatoria de las preexistentes Entidades locales menores –pero no así de las Juntas administrativas tradicionales–, vino a permitir la vigencia residual de las segundas, que podrían optar entre la solicitud de reconocimiento o permanecer “consuetudinariamente” mientras perviviesen los elementos espiritual y material de la costumbre. Esta interpretación es “positivista” en virtud de los decretos de constitución/reconocimiento de las parroquias rurales de Arbellales y Sobrefoz¹⁰, hasta aquel entonces Juntas Administrativas tradicionales según se reconoce expresamente en ambos textos. **Debe decirse que de haberse asimilado Junta Administrativa tradicional a Entidad Local menor, el procedimiento –por mandato de la Ley 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la Parroquia Rural– hubiese sido el de “transformación” y no el de “constitución”.**

Claro está que todo ello apenas puede satisfacer la curiosidad que nos ha traído hasta aquí. Si algo ha deparado el contacto con el DCPA ha sido una quiebra de la “geometría” propuesta. Hubiera sido necesario un ejercicio de artificio intelectual para explicar *praeter, contra* o *extra legem* la vigencia de la costumbre en el derecho público-local de las parroquias asturianas –*reduciendo* a un único plano “positivista” enunciado y respuestas–, cuando el régimen consuetudinario y la legislación se *solapan* y coexisten conformando *estructuras de significación*. Y si desde el *iuspositivismo* esta visión merece crítica por pecar de “metajurídica”, no es menos reprochable que en el supuesto presente “*cerrar la puerta a aquel error sería dejar fuera la verdad*”.

Por un lado puede proponerse un “plano” donde enmarcar la Ley 11/86 como resultante de un proceso de carácter legal-reglamentario de adaptación al ordenamiento imperante de las comunidades rurales, y en este sentido, defender que el reconocimiento estatutario y la norma citada de desarrollo participan de la misma tendencia que la proliferación ordenancística del siglo XIX. No sería por lo tanto una evolución hacia el reconocimiento de la costumbre como fuente del de-

10 En los supuestos de Sobrefoz y Arbellales, los Decretos 80/91 y 81/91 de 6 de septiembre, contienen una Disposición Adicional por la que las nuevas parroquias rurales asumen desde su constitución todos los medios y recursos que correspondan a la Junta Administrativa tradicional que venía existiendo.

recho público-local, sino una consolidación en el modelo jurídico-legal *iuspositivista* de aquellas “parroquias”, que para seguir conservando su personalidad jurídica, optan por la producción de textos reglamentarios, aún renunciando al valor de la costumbre como fuente de su derecho parroquial. Evidentemente, ni la ley, las ordenanzas o los recientes decretos de constitución o adaptación, pueden abarcar todos los aspectos de la vida parroquial, y entonces, allá donde los anteriores no alcancen, la costumbre seguirá siendo eficaz.

Otro plano permite comprender la evolución de la costumbre como fuente. En este supuesto el derecho positivo no es que haya reconocido un sistema específico de fuentes para determinados entes territoriales, sino que, más bien, ha previsto la vigencia de determinadas instituciones consuetudinarias allí donde el elemento espiritual y el material demuestren continuar vigentes. Este es el caso del régimen de concejo abierto, o de las costumbres jurídico-públicas a que se refería la última resolución de la Comisión de Derecho Consuetudinario de la JGPA. De nuevo el intersticio entre ambos planos: la Junta administrativa tradicional —que puede optar al reconocimiento de su personalidad—, se manifiesta en los decretos ya aludidos de Arbellea y Sobrefoz, que fueron entes “tradicionales/ consuetudinarios” hasta la entrada en vigor de los textos reglamentarios.

Por estas, entendemos que poderosas razones, es difícil defender que se haya dado una relación de jerarquía de eficacia entre el artículo 16 del estatuto de autonomía y la ley autonómica 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la Parroquia Rural. Si la competencia autonómica es *para* compilar y/o conservar el derecho consuetudinario asturiano, ni la ley ni los decretos pueden defenderse como “compilaciones de costumbres”. Por otra parte, tampoco es polémica la afirmación —negando tal relación entre estatuto y ley autonómica— en lo que merita al mandato “conservar” ni la ley ni la generalidad de los decretos reconocen un régimen consuetudinario para la parroquia rural asturiana. Se trata de un régimen reglamentario establecido *ex novo*, que tampoco responde al contenido del artículo 6 del EAPA ni a la disposición derogatoria de la LRBRL: la parroquia como forma positiva (LRBRL) y la parroquia como forma tradicional de convivencia (art. 6 EAPA). **La Ley del Principado de Asturias 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural, es, por lo tanto, teleológicamente antitética respecto del artículo 6 del EAPA y la legislación histórica.** Respecto de la LRBRL, además de lo anterior, es claramente restrictiva al haber limitado el régimen de Concejo Abierto respecto de los supuestos básicamente previstos.

Muy gráficamente puede recapitularse diciendo que si se defiende que sólo las parroquias rurales formalmente reconocidas —*ex ley* 11/86— tienen personalidad jurídica, las comunidades rurales se han visto forzadas a *ser* reglamentarias o

a no ser “consuetudinarias” más que residualmente. Según esta posición los dos decretos –tantas veces referidos– y a los que se ha atribuido cierta importancia hermenéutica, serían en cuanto al reconocimiento de las Juntas Administrativas tradicionales preexistentes a su entrada en vigor, expresiones desafortunadas de un anacronismo histórico-jurídico, o si se quiere, simple y llanamente; dos disposiciones necesarias –aunque de una no muy meritoria redacción–, para justificar una cierta realidad jurídica parroquial, perfectamente subsumible al artículo 6 del EAPA para sin mayor trascendencia jurídico-positiva.

IV. LAS GARANTÍAS JURÍDICO-POSITIVAS DE LA JUNTA ADMINISTRATIVA TRADICIONAL

No obstante lo anterior, defendemos que **el artículo 16 del Estatuto presuppone la existencia de un conjunto institucional, entendido éste como un complejo normativo de carácter jurídico-público, debidamente formado y organizado y, por tanto, delimitable y diferenciable**. Entonces, aquel conjunto puede ser fuente del derecho público local asturiano al ser el Estatuto un catálogo de “fuentes sobre fuentes”. Esta conceptualización del artículo 16 del EAPA como garantía institucional básica tiene un alcance público-local y la Comisión de Derecho Consuetudinario de la JGPA puede, por tanto, abordar los aspectos sincrónicos del asunto que nos ocupa: las costumbres vigentes. Entonces, y también como consecuencia del reconocimiento de ciertas instituciones consuetudinarias, puede explicarse la pervivencia de la Junta Administrativa tradicional, quizás no tanto como ente territorial, aunque se circunscriba al ámbito geográfico parroquial, sino como una/s corporación/es para muy determinados y específicos fines públicos. En consecuencia, a los efectos de dichos fines públicos la Comisión de Derecho Consuetudinario de la JGPA, aparte de sus funciones compilatorias, admite su conversión en consultiva “permanente” –mandato *conservar*–, para lo cual sería preciso modificar el Reglamento de la JGPA, que no olvidemos tiene rango de ley. Debe reiterarse que el imperativo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía no puede agotarse una vez cumplido –en la medida posible– el mandato compilatorio, porque el contenido jurídico-material de la *garantía institucional*, implica además un límite al legislador “*en el reducto indispensable o núcleo esencial de la institución que la Constitución [Estatuto] garantiza*» (STC 27/1987, fundamento jurídico 2º).

De momento, defendemos que hay un reconocimiento positivo difuso de la costumbre en el derecho administrativo público-local, y que ciertas instituciones consuetudinarias, ya enunciadas, han recibido el mismo expresamente. Entendemos que es, a su vez, absolutamente razonable sostener que aquella realidad administrativa consuetudinaria coetánea es hoy en día, positivamente hablando, pro-

ducto de la aplicación a las peculiaridades del noroeste peninsular de la legislación en materia local, arrancando este contacto desde la ley municipal de 1.877. Desde una visión histórico-jurídica, y también desde planteamientos lógico-jurídicos, puede perfectamente concluirse que esas costumbres jurídico-públicas constatadas, se corresponden con el sistema jurídico: Junta Administrativa tradicional, hasta el momento, nunca expresamente derogado.

La potestad normativa local *ad intra*, ha permitido que desde el poder municipal se articularan diversas fórmulas para mantener positivamente el acervo consuetudinario público. El límite, siempre variable, que el principio de la reserva de ley impone a la autonomía local, sugiere una perfilación desde dos vectores: intensidad y extensión de aquella reserva. El primero faculta o veta a la costumbre como fuente en si misma, el segundo delimita las materias donde procede más o menos intensidad de la reserva. Esta doble pinza ha sido el instrumento que el ordenamiento jurídico estatal ha empleado primordialmente para racionalizar la "vida local". Los nuevos fines del Estado constitucional y la exigencia de racionalización extienden el principio de reserva de ley sobre la potestad normativa local y, en este sentido, pueden implicar derogaciones de fórmulas consuetudinarias. No obstante existe también un derecho consuetudinario público excepcionalmente protegido por el ordenamiento jurídico. En estos especiales casos, el principio de reserva de ley se manifiesta muy intensamente limitando la potestad normativa local, que sólo puede producir textos conformes a la costumbre.

La Junta Administrativa tradicional no es ya una administración local particular, sino un conjunto de formas particulares de administración de determinados bienes y derechos, principalmente aquellos donde la propia ley al hacer muy intensa su fuerza lo ha hecho otorgando prelación a la costumbre frente a la ordenanza o al reglamento, o, también, en aquellos ámbitos a los que no ha querido extender su *imperium*, o lo ha hecho débilmente, pudiendo, entonces, vía autonomía local, admitirse un régimen de administración consuetudinaria para determinados bienes y servicios.

El DCPA se residencia, primordialmente, en la Junta Administrativa tradicional. La anterior es compatible con la LRBRL pero no tanto con la Ley del Principado de Asturias 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural. Esta es una de las razones de la evidente contradicción existente entre la dicción del artículo 6 del EAPA y el número de parroquias formalmente reconocidas. La regulación prevista en la Ley del Principado de Asturias 11/86 de reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia rural sirve para responder a la competencia autonómica en materia de Entidades Locales menores expresamente constituidas, pero no participa del mismo *telos* que los artículos 6

y 16 del EAPA. Tan sólo en un supuesto (Los Corollos-La Fenosa-Villeirin-Orderias) ha podido respetarse el régimen tradicional de Concejo Abierto.

Ya se ha adelantado que la realidad sociológica nos impone una cierta amplitud de miras. Nuestra respuesta obedece a esa premisa. Parece positivamente posible defender la articulación de aquellas relaciones entre la conducta debida según costumbre y su “documentación formal”, porque en la praxis aquella se respeta y no se judicializan los conflictos. En este sentido, conceptuar el artículo 16 de la Estatuto de autonomía como *garantía institucional* del régimen consuetudinario, unido a la actividad legislativa *básica* de la Junta General del Principado de Asturias permite salvar desde el *iuspositivismo* la distancia entre una interpretación restrictiva de la legislación de aplicación y las evidencias sociológicas.

ASPECTOS PRACTICOS DEL USO Y ABUSO DE LA ANTOJANA*

DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA
Abogado
Doctor en Derecho

1.- LA ANTOJANA COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO. 2.- CONCEPTO Y CARACTERES. 3.- EL USO DE LA ANTOJANA. 3.A.- LA ANTOJANA Y LA SERVIDUMBRE DE PASO; RELACIÓN DE USOS POSIBLES. 3.B.- LA INTERDICCIÓN DEL ABUSO Y LA NECESARIA PONDERACIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL. ABBREVIATURAS. PRONTUARIO DE JURISPRUDENCIA.

1.- LA ANTOJANA COMO INSTITUCIÓN DEL DERECHO CONSUETUDINARIO ASTURIANO.

La antojana, *antoxana*, *antoyáa* o *antoyana*¹ es una de las instituciones jurídicas peculiares más conocidas, estudiadas, por la autorizada doctrina científica y jurisprudencial asturianas, conflictivas² y complejas³ en la práctica del denominado «Derecho consuetudinario asturiano», también existente en las regiones vasca, cantábrica y gallega, con los nombres de antuzano y eira⁴.

* Quiero manifestar mi agradecimiento por su apoyo a los Catedráticos de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo, Dres. D. Ramón DURÁN RIVACOBBA, D. Joaquín ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS y D. Eduardo SERRANO ALONSO, expertos en temas de Derecho Consuetudinario y Foral.

1 Vid. FONSECA GONZALEZ, R., «El régimen jurídico de la antojana», *RJA*, nº 14, 1991, p. 76; también TUERO BERTRAND, F., *Diccionario de Derecho Consuetudinario e Instituciones y Usos Tradicionales de Asturias*, Ediciones Trea, Oviedo, 1987, p. 15.

2 Cuando, como dice FONSECA GONZALEZ, R., «El régimen...», ob. cit., p. 92, la antojana «... se convierte en lugar de lucha de intereses individuales».

3 Dice, a este respecto, la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo 15 de diciembre de 1997 (Ponente: Iltna. Sra. Dª. Mª. José Pueyo Mateo; *TA* 1997/98-XVII, 7181), en un pleito de antojana, que «dada la naturaleza y complejidad de los hechos debatidos, la Sala estima procedente no hacer una especial imposición en cuanto a las costas de la 1ª instancia...».

4 Así lo expone la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de noviembre de 1992 (Ponente: Iltno. Sr. D. Francisco Luces Gil; *RAJ*, nº 16, 1993, pp. 326-327); referencias puntuales al antuzano pueden consultarse en las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; *RAJ* 1994/6580) y de 16 de julio de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; *La Ley* 1995/857) y en las Sentencias de la Audiencia Provincial de Alava de 21 de

Su integración en el «Derecho consuetudinario asturiano» es resultado de la función de la costumbre regional como fuente de Derecho Civil común (artículo 1.3 CC)⁵, ya que en la actualidad falta en Asturias que el legislador se decida a dar virtualidad práctica al artículo 16 del Estatuto de Autonomía para Asturias (L.O. 7/1981, de 30 de diciembre), compilando y, en su caso, convirtiendo esa costumbre en Derecho Civil autonómico asturiano⁶, que no Derecho Foral, como bien se sabe inexistente en el Principado de Asturias⁷. Consecuencia de lo expuesto es que se está ante un régimen jurídico consuetudinario específico asturiano aplica-

enero de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz; AC 1992/98) y de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León de 19 de febrero de 2002 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Pedro Lobejón Martínez; Jur. 2002/102498); en la doctrina, reconoce la existencia de antuzanos en Vizcaya, León y Santander, TUERO BERTRAND, F., *Diccionario...*, ob. cit., p. 15. Así y todo hay quien, como ARIAS DIAZ, I., «Antoxana: el patiu de mio casa ye particular», Diario *La Nueva España*, 26 de mayo de 2001, p. 31, imbrica la antojana en los «... hechos identitarios propios de Asturias».

- 5 Sobre la costumbre regional, frente a la local, como fuente de Derecho, *vid.* DIEZ-PICAZO, L., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 7.
- 6 Se encuentra en vías de ello, a la vista de los trabajos de la Comisión especial de Derecho Consuetudinario Asturiano y especialmente de su dictamen publicado en el *Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias*, V Legislatura, 26 de marzo de 2003, Serie B, nº 569 (dos fascículos), aprobado el Pleno de la Junta General del Principado de Asturias, por la Resolución de dicha Junta General 246/5, de 20 de marzo de 2003 (*Boletín Oficial de la Junta General del Principado de Asturias*, V Legislatura, 26 de marzo de 2003, Serie B, nº 570). En similar sentido, *vid.* GARRIDO MAYOL, V., «El ordenamiento jurídico valenciano: perspectiva de futuro», *Revista de Derecho*, Facultad de Derecho de Valencia, nº 2, noviembre de 2003, accesible en versión electrónica en la página web www.uv.es, donde defiende la recuperación del Derecho civil histórico y consuetudinario valenciano, sin que ello deba suponer «resucitar instituciones muertas, olvidadas o trasnochadas, sino de cuidar lo que aún pervive y es útil». Trasladando esa tesis al caso de la antojana, entiendo que estamos ante una institución que pervive y es útil, por lo que está justificado su cuidado y plasmación en un texto compilador. En todo caso es de advertir la diferencia entre los casos asturiano y valenciano, pues, como analiza con detalle REQUEJO PAGES, J. L., *El Estatuto de Autonomía de Asturias. Estudio sistemático*, ARCE JANARIZ, A. (coordinador), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2003, pp. 112-113, Asturias sólo puede conservar y compilar costumbres, mientras que la Comunidad Valenciana puede también modificarlas y desarrollarlas, por lo que la labor que se acomete en Asturias, antes referida, sólo puede abarcar «la reunión y consolidación escrita de un cuerpo de costumbres», que no por ello perderán su carácter consuetudinario ni adquirirán el rango de Ley, pero que sí ganarán en facilidad de aplicación «en la medida en que libere a quien la(s) alega de la obligación de probarla(s)».
- 7 *Vid.* especialmente DURAN RIVACOBRA, R., «En torno al Derecho Civil Asturiano», *RJA*, nº 18, 1994, pp. 83-89, a cuya clara exposición de las diferencias entre Derecho Foral y Derecho Autonómico me remito, esp. pp. 85-86, ARENAS GARCIA, R., «Derechos Forales, Derechos Locales y Derecho Consuetudinario en España: origen histórico y determinación de su ámbito de vigencia territorial», *RJA*, nº 21, 1997, pp. 93-113, esp. pp. 94 y 113, y, finalmente, el reconocimiento de esta circunstancia en el ya referido Dictamen de la Comisión especial de Derecho Consuetudinario Asturiano, pp. 5-6.

ble no por razones de vecindad de los destinatarios, sino de territorio, de establecimiento físico de la superficie que se denomine antojana dentro del territorio de Asturias (*lex loci*)⁸.

El transcurso de prácticamente una década desde la publicación del último trabajo en profundidad sobre la antojana del que tengo conocimiento, la posibilidad de contar en la actualidad con un consolidado cuerpo de «doctrina jurisprudencial asturiana», permítaseme la expresión, y mi contacto profesional con esta institución (bastante alejada, por lo demás, de los temas a los normalmente me dedico en la práctica profesional y en mis trabajos de investigación), me han animado a exponer sintéticamente la situación actual de una cuestión de evidente interés práctico cual es la del uso de la misma, a la luz de las aportaciones científicas y jurisprudenciales con que se cuenta.

2.- CONCEPTO Y CARACTERES

La definición jurídica de la antojana, que trasciende a su significado semántico⁹, se encuentra en la actualidad consolidada por la copiosa y constante jurisprudencia asturiana de las dos últimas décadas, pudiendo identificarse sobre la base del análisis de sus caracteres definidores¹⁰:

1.- Es una superficie de terreno no edificada. Entiendo que este requisito no precisa mayores explicaciones, debiendo destacarse que mientras que la antojana no podrá edificarse, pues si se edifica desaparecerá como tal (con independencia de las consecuencias que se pudieran derivar para quien edificase sin el consentimiento del resto de los copropietarios de la antojana y la posible aplicación de acciones de accesión invertida y/o derribo de lo edificado), no ocurre lo mismo con las fincas cuyos propietarios sean, a su vez, copropietarios de la antojana y se encuentran vinculadas a la misma, fincas sobre las que no concurre, por causa de la existencia de una antojana, ninguna limitación especial de disponibilidad. Lo nor-

8 En este sentido, DURAN RIVACOBIA, R., «En torno...», ob. cit., pp. 83-84.

9 Dice el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española, 1992, que antojana (del lat. *ante*, delante y *ostium*, puerta, con el suf. *-ana*) es en Asturias antuzano, siendo este último «atrio o plazuela delante de una casa».

10 *Vid.*, entre otras, las Sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de noviembre de 1992, de 5 de marzo de 1993 (Ponente: Iltma. Sr. D.ª. M.ª. José Pueyo Mateo *TA* 1993-II, 692), de 31 de enero de 1995 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; *TA* 1994/95-VIII, 3435), de 22 de mayo de 1997 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; *TA* 1997-XV, 6330), de 15 de diciembre de 1997, de 5 de octubre de 1999 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José M.ª. Alvarez Seijo; inédita) y de 22 de octubre de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José M.ª. Alvarez Seijo; *Jur.* 2003/11911), y de la Sección 4ª de 28 de abril de 1998 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *AC* 1998/4473) y de 5 de noviembre de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *Jur.* 2003/91070).

mal será que la citada superficie de terreno se encuentre toda ella al mismo nivel, de modo que la jurisprudencia ya consideró como indicio de que la antojana no se extendía a una superficie controvertida el que la misma estuviese a un nivel distinto de la superficie sobre la que no existía controversia que constituía antojana¹¹ o el que se pretendiese calificar de antojana un talud¹². El que se exija el mismo nivel de la antojana no debe entenderse como idéntico a que dicho nivel haya de ser llano, pues entiendo que no hay obstáculo para que el terreno antojana tenga alguna inclinación, siempre que la misma no impida los usos habituales de la antojana, también referidos en este trabajo¹³.

2.- Se encuentra inmediatamente delante de la casa, deslindada del resto de las fincas en función de la prolongación de la pared exterior de dicha casa¹⁴. Es este factor de localización el que sirve para diferenciar la antojana de los rodeos o arrodeos, que están a los costados o al fondo de la casa¹⁵.

3.- Resultante de la división, *mortis causa* o por cualquier otro motivo, de la quintana o caserío matriz¹⁶, en varias fincas independientes de distintos propieta-

- 11 Vid. la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 10 de marzo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero; *Jur.* 2003/181268), basándose en la existencia de un nivel de ochenta centímetros entre las dos superficies referidas, la que era pacíficamente antojana y la que la Sala calificó de privativa de uno de los comuneros propietarios de la antojana referida.
- 12 Vid. la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de diciembre de 2003 (Ponente: Ilma. Sra. Dª. Nuria Zamora Pérez; *Jur.* 2004/37486).
- 13 Por su parte, TUERO BERTRAND, F., *Diccionario....*, ob. cit., p. 15, identifica la antojana como «zona de terreno liso y llano».
- 14 Como se encarga de recordar la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 7 de noviembre de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; *Jur.* 2001/147572), así como la de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 18 de mayo de 2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; *Jur.* 2004/173919), añadiendo esta última que se trata de un patio.
- 15 Vid. las Sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 7 de noviembre de 2000, 5 de noviembre de 2002 y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de mayo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; *Jur.* 2003/151368) y de 3 de septiembre de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso; *Jur.* 2003/235634). También *vid.* el dictamen de la Comisión especial de Derecho Consuetudinario Asturiano, p. 26. En la doctrina, especialmente, TUERO BERTRAND, F., *Diccionario....*, ob. cit., p. 15.
- 16 Sobre el caserío en general, *vid.* G. ARANGO Y CANGA, L., «Notas al margen del caserío o casería asturiana», *RCDI*, nº 292, septiembre 1952, pp. 661 y ss. y MURIAS TRAVIESO, J., «Notas sobre el caserío», *RDP*, junio 1957, pp. 637-641; en particular, sobre la casería asturiana, *vid.* PRIETO BANCES, R., «La casería asturiana», *RCDI*, nº 162, noviembre 1941, pp. 657-670, nº 163, diciembre 1941, pp. 728-744 y nº 164, enero 1942, pp. 17-26, SERRANO ALONSO, E., «El Derecho Civil en el Principado de Asturias», *Derechos Civiles de España*, BERCOVITZ, R., y MARTINEZ-SIMANCAS, J., directores, Tomo II, *Aranzadi*, Pamplona, 2000, p. 2329, SANCHEZ CUETO ALVAREZ, F. J., «Notas sobre algunas instituciones propias del Derecho consuetudinario asturiano», *Derechos Civiles de España*, BERCOVITZ, R., y MARTI-

rios. Esto es, la quintana se segrega en varias fincas que se adjudican a diversos propietarios (por lo común herederos, unidos entre sí por vínculos de sangre), por ejemplo, a uno la casa (o incluso partes de la casa, que se divide verticalmente, de modo que uno se le adjudica la planta baja y a otro el piso¹⁷), a otro el hórreo, a otro las cuadras, a otro los tendejones, a otro la huerta, etc, pero manteniéndose sin adjudicar a ninguno de ellos esa superficie sin edificar, muchas veces central, en torno a la cual se apiñan esas fincas que sí se han segregado y a las que se accede a través de la meritada superficie, aunque en ocasiones puedan tener acceso también a camino público por otros de sus linderos.

4.- Sirve de acceso a esas fincas independientes y nada se ha establecido sobre su división o destino, pues de haber tal división la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en este ámbito obliga a respetarla¹⁸. Aunque en la doctrina jurisprudencial y científica es muy frecuente hacer referencia sólo a edificaciones¹⁹, como las fincas que acceden a la antojana, entiendo que también debe admitirse que participarán de la antojana aquellas fincas sin construcciones –mejor los propietarios de las mismas–, que, formando parte inicialmente de la casería o quintana, hayan devenido independientes como resultado de la división de la misma, pues no veo que haya razones que justifiquen un trato diferente del que merecen las fincas edificadas. De hecho, está admitido que una de las partes integrantes del caserío o quintana lo es su huerto o huertas, generalmente con árboles frutales²⁰, a los que es preciso acceder exactamente igual que a un hórreo, a una cuadra o a una casa, pues es justamente la centralidad, a modo de plaza privada²¹ de la casería, el carácter de la antojana que permite diferenciarla de los rodeos o *arrodeos*, aquellas superficies similares a la antojana, pero sitas a los costados y/o detrás de la casa²².

NEZ-SIMANCAS, J., directores, Tomo II, *Aranzadi*, Pamplona, 2000, pp. 2343-2345 y el dictamen de la Comisión especial de Derecho Consuetudinario Asturiano, pp. 30-31.

17 Como ocurre en el caso de la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 10 de marzo de 2003.

18 *Vid.* SERRANO ALONSO, E., «El Derecho...», ob. cit., p. 2329 y SANCHEZ-CUETO ALVAREZ, F. J., «Notas...», ob. cit., p. 2347.

19 *Vid.*, por ejemplo, BLANCO GARCIA, M., «La antojana», *BICAO*, nº 8, 2º semestre 1974, p. 18 y la doctrina jurisprudencial que he referido anteriormente.

20 Así, PRIETO BANCES, R., «La casería...», ob. cit., p. 658 y G. ARANGO Y CANGA, L., «Notas...», ob. cit., p. 662.

21 Nunca plaza pública, como destaca TUERO BERTRAND, F., *Diccionario...*, ob. cit., p. 15.

22 *Vid.* BLANCO GARCIA, M., «La antojana», ob. cit., pp. 17-18, que identifica, expresivamente, la antojana con el «corazón o centro nervioso» de la casería; SANCHEZ-CUETO ALVAREZ, F. J., «Notas...», ob. cit., p. 2351, es partidario de que se adscriba su propiedad a la casa, conservando el resto de los edificios un derecho de uso, siguiendo con esa tesis de la que discrepo de adscripción a la casa de la casería, cuando la utilidad de los rodeos está también en íntima

5.- Se constituye automáticamente en un elemento común y anejo inseparable de esas fincas independientes, objeto de una comunidad germánica, no romana, similar a la comunidad que rige sobre los elementos comunes de la actual propiedad horizontal²³, lo que implica el rechazo de la tesis de que la antojana se vincula exclusivamente a la casa de la casería²⁴. Comparto esta última posición, conflictiva, mantenida por la «Jurisprudencia asturiana» y ello por las siguientes razones:

a).- Porque no siempre la antojana aparece vinculada a la casa con un nexo distinto al que le une a los restantes elementos integrantes de la casería. Así, en las descripciones de las fincas resultantes de la división de la casería no necesariamente se vincula la casa a «su» antojana, pues hay casos en los que también el hórreo y la cuadra resultantes de la división de la casería se vinculan con esa misma antojana empleando incluso el mismo posesivo o sin emplearlo²⁵. Cabe, eso sí, la posibilidad de que la hora de dividirse la casería expresamente se vinculase la antojana con una de las porciones resultantes, concretamente con la casa, en cuyo caso ya no operaría la construcción jurídica que aquí se apoya, sino que podría operar la servidumbre de paso por destino del padre de familia²⁶. También es po-

vinculación con otros de los elementos de la casería; ARIAS DIAZ, I., «Antoxana...», ob. cit., p. 31, diferenciando los rodeos de la corralada o corrada, cuando la antojana está frente a la casa y cercada, como ya había defendido TUERO BERTRAND, F., *Diccionario...*, ob. cit., p. 15, diferenciando además la corralada de la corrada por su tamaño, mayor la primera de ellas, y también denominadas muriáu.

23 Aunque no por ello necesite normas específicas de utilización y conservación por los comuneros, por ser bastante con exigirles que han de comportarse *civiliter*, como razona la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de mayo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; *Jur.* 2003/233666).

24 En la doctrina, cfr. FONSECA GONZALEZ, R., «El régimen...», ob. cit., pp. 79-85 y 87 -aunque en su participación en el dictamen de la Comisión especial de Derecho Consuetudinario Asturiano, p. 50, ya hable de que la antojana está unida por un nexo jurídico a la casa «o construcción a la que sirve», que es partidario de vincular la antojana exclusivamente a la casa de la casería, calificándola de pertenencia suya, pero no al resto de sus edificaciones, tales como cuadras y hórreos; comparte dicha tesis SERRANO ALONSO, E., «El Derecho...», ob. cit., p. 2329.

25 Es el caso, por ejemplo, tratado en la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de diciembre de 1997, en la que se hace referencia a la Casería dividida, fruto de cuya partición hereditaria fueron, según constaban descritos en el cuaderno particional: una casa, a su vez dividida que «se deslinda al frente o sur su antojana»; un tendejón cuyos linderos se describen «por los demás vientos antojana»; un hórreo, que también se dice que «deslinda por todos los vientos con rodeos del mismo y antojana». Pese a que en las descripciones antes citadas se decía, respecto de la casa, «su antojana», se interpretó que el empleo de dicho posesivo no implicaba adjudicación exclusiva de la antojana al adjudicatario de la casa. Sigue expresamente la doctrina de la referida Sentencia la posterior de la misma Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 6 de junio de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Mª. Álvarez Seijo; *Jur.* 2003/268481).

26 *Vid.* TUERO BERTRAND, F., *Diccionario...*, ob. cit., p. 15.

sible que posteriormente a la división de la casería se divida la antojana, en línea perpendicular a la fachada²⁷, en cuyo caso la misma quedará efectivamente dividida, pero por causa de esa segregación posterior (también acabo de exponer que puede ser simultánea, si es expresa) a la de la casería²⁸; esta división, simultánea o posterior a la segregación de la casería, se ha defendido por la práctica jurisprudencial asturiana que ha de contar con prueba fehaciente de la existencia de línea divisoria alguna sobre la superficie de la antojana²⁹, aunque por mi parte defendiendo suavizar esa dura exigencia probatoria, interpretando que cuando se hace mención a la fehaciencia debe entenderse suficiente con la acreditación probatoria, por cualquier medio de prueba incluidas las presunciones, de la existencia de la segregación de la antojana³⁰.

b).- Porque la función complementaria que reviste la antojana no está exclusiva ni principalmente vinculada a la casa. Piénsese que de las funciones de la antojana que referiré más adelante, muchas de ellas guardan más estrecha relación con los hórreos, cuadras, tendejones, etc, que con la propia casa de la casería.

c).- Porque la transmisión de la propiedad de las fincas resultantes de la división de la casería sí ha de entenderse que lleva aparejada la transmisión de los derechos sobre la citada antojana.

La consecuencia del mantenimiento de esta interpretación ha de ser que si la casería se disgrega la antojana dependerá, bajo la comunidad antes citada, de los inmuebles resultantes de esa división y no exclusivamente de la casa.

Sentadas estas cuestiones introductorias sobre la antojana, que han de servir de base para lo que es objeto principal de este breve trabajo, lo que voy a analizar en concreto respecto de la antojana es su uso actual a la luz de la «jurisprudencia» más reciente.

27 Exige la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 7 de noviembre de 2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; *Jur.* 2001/47572), reiterando la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo de 4 de febrero de 1982.

28 *Vid.* la referencia a la división de la antojana en las Sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 28 de abril de 1998 y de 12 de septiembre de 2001 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; *Jur.* 2001/314172); en la doctrina, *vid.* BLANCO GARCIA, M., «La antojana», *ob. cit.*, p. 19.

29 Así lo tomo la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de diciembre de 1997, cuando dice que «... como es doctrina pacífica, a salvo de prueba fehaciente en contrario esta institución tradicional asturiana se entiende de uso común y en el caso de *litis*, como se ha dicho no consta línea divisoria alguna sobre su superficie».

30 En este sentido la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de octubre de 1999, al concluir, tras el análisis de las pruebas documental, pericial y de reconocimiento judicial practicadas, «... no habiéndose acreditado en el presente caso, como se dijo, que su uso haya sido fragmentado ni consta delimitación alguna».

3.- EL USO DE LA ANTOJANA.

3.A.- La antojana y la servidumbre de paso; relación de usos posibles.

Debe quedar clara, en primer lugar, la diferencia entre antojana y servidumbre de paso, especialmente por destino del padre de familia, cuestión que presenta problemas de delimitación a la hora de determinar el uso de la antojana, fundamentalmente para servir de acceso a las fincas que colindan con ella.

La existencia de la antojana excluye la existencia de la servidumbre de paso referida, porque siendo, como acabo de exponer, la antojana objeto de comunidad germánica de propietarios, queda, por definición, excluida la existencia de una servidumbre, que siempre implica necesariamente gravamen sobre finca ajena (artículo 530 CC). Falta, pues, una nota esencial de la servidumbre de paso, la ajenedad del predio sirviente, porque, como dice la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de diciembre de 1997, «... la figura de la servidumbre no tiene cabida sobre un condominio, pues es evidente que no cabe el referido gravamen sobre un bien propio...». Es claro: el comunero no goza de servidumbre de paso sobre la cosa común sino que es propietario de la misma, de modo que su derecho de uso sobre tal cosa se basa en un derecho de propiedad no en un derecho real de servidumbre, como se encargó de ratificar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Oviedo de 10 de febrero de 1999 en el procedimiento judicial que, entre los mismos litigantes, siguió al resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de diciembre de 1997, que acabo de citar. De este modo, a mi juicio, no es que no exista la servidumbre de paso, como dice a mayor abundamiento la Sentencia que acabo de citar, porque resulte «... imposible determinar donde empiezan y terminan los hipotéticos predios sirviente y dominante...», sino porque tales predios no existen, hay un solo predio —el correspondiente a la antojana— bajo mano común. Como ha dicho, en fin, la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de octubre de 1999, ya referida, falta el presupuesto para el éxito de la denegación de la servidumbre de paso, «... el dominio exclusivo y excluyente del actor»³¹.

Por ello, en el caso de que existan dudas acerca de la calificación jurídica del terreno sobre el que se pretende el paso (se dude sobre su condición o no de antojana) lo preferible es ejercitar dos acciones acumuladas: una principal, de calificación de tal terreno como antojana y consiguiente obligación de los demandados de estar y pasar por esa declaración, permitiendo el uso de la misma por los

31 En el mismo sentido, más recientemente, *vid.* la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de marzo de 2003 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz; *Jur.* 2003/188325).

comuneros mediante el tránsito por ella; otra subsidiaria, declarativa de la existencia de servidumbre de paso, habitualmente por destino del padre de familia³².

Lo dicho opera con independencia de que la antojana pueda, a su vez, estar gravada con servidumbre de paso a favor de un tercer predio, ajeno a la originaria casería³³.

De lo que hasta ahora he expuesto se desprende que cuando aquí analizo el uso de la antojana estoy pensando fundamentalmente en su empleo como acceso a la vía pública de las fincas colindantes con ella, al que se refieren la doctrina³⁴ y la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de mayo de 1997, así como lugar de esparcimiento de sus moradores³⁵ y de realización de actividades complementarias (debe entenderse que las propias de las partes re-

- 32 Así se evitará que, de ejercitarse sólo la primera, y estimarse inexistente la antojana, no haya forma de decidir acerca de la posibilidad de una servidumbre de paso, como se encarga de razonar, por motivos de congruencia (artículos 359 LEC 1881 y 218.1 LEC 2000), la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de marzo de 1993. En la doctrina, *vid.* la admisión de la servidumbre de paso sobre la antojana a favor de alguno de los predios resultantes de la división de la casería en BLANCO GARCIA, M., «La antojana», *ob. cit.*, p. 19.
- 33 Así, *obiter dicta*, la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 3 de junio de 1989 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero; *RJA*, nº 13, 1990, pp. 356-357); también *vid.* la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de enero de 1998 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Álvarez Sánchez; *AC* 1998/2953).
- 34 Así, FONSECA GONZALEZ, R., «El régimen...», *ob. cit.*, p. 77, cuando dice que la antojana «... es lugar de tránsito para todos los demás». En el mismo sentido, ya dijo también BLANCO GARCIA, M., «La antojana», *ob. cit.*, p. 17, con una visión bucólica, que «... allí [se refiere a la antojana] se detienen los voluminosos carros cargados de hierba para su depósito en la tenada...».
- 35 Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de noviembre de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. Don Jose Ignacio Álvarez Sánchez, *TA*, 1997-1998, XVII, 7147): «los estudiosos de esta institución asturiana [se está haciendo referencia a la antojana], singularmente Tuero Bertrand y Fonseca González, así como las diferentes resoluciones de la Audiencia Territorial de Oviedo (entre otras las sentencia de 4 de febrero de 1982) y de esta Audiencia Provincial (Sentencia de 28 de abril de 1986 de la Sección Primera y de 3 de junio de 1989 de esta sección), todas ellas citadas por la de la Sección 5ª de 24 de noviembre de 1992, ponen de manifiesto que [la antojana] comprende el espacio existente delante de la casa que constituye un desahogo de la misma en cuanto que se utiliza como lugar de esparcimiento y de acceso de maquinaria agrícola...». Más recientemente, con casi idéntico razonamiento, *vid.* las Sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 7 de noviembre de 2000, de 12 de septiembre de 2001 y de 27 de mayo de 2003, la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de mayo de 2003 y la Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de diciembre de 2003.
- «Zona de servicio», se dice en la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de enero de 1995; «complemento de la casa», en palabras de FONSECA GONZALEZ, R., «El régimen...», *ob. cit.*, p. 77, desde esa perspectiva suya tan favorable a vincular en exclusiva casa y antojana.

sultantes de la división de la casería, para actividades tales como el depósito de leña, abono, mullido, colocación de aperos de labranza, materiales de construcción y andamios, lugar de guarda para el carro, para levantar varas de hierba o narvaso y facinas de paja o palleiros, majar los cereales, realizar el Samartín, picar leña)³⁶; también considero que es posible utilizar la antojana como espacio para la toma de luces por los edificios que lindan con ella y sean de la propiedad de los cotitulares de la misma, pues en ese caso no es posible hablar de que haya una servidumbre de luces y vistas sobre el terreno común que es la citada antojana³⁷.

3.B.- La interdicción del abuso y la necesaria ponderación de la realidad social actual

El uso de la antojana no puede ser abusivo, esto es, no puede impedir ni perjudicar el uso de los demás. Ello es consecuencia de la aplicación del artículo 7.1 y 2 CC. Es evidente que un uso abusivo de la antojana, que cause daños y perjuicios a los demás copropietarios de la misma, será un uso no ejercido conforme a las exigencias de la buena fe y desbordando manifiestamente su función social³⁸. En tal caso, su consecuencia sería la de que tal uso quedaría desprotegido por el ordenamiento jurídico, que sólo protege un normal y correcto ejercicio de los derechos, de modo que tanto sería lícito a cualquier tercero obstaculizar dicho uso abusivo, como el abutente no podría impetrar la protección judicial para perpetuar tal uso y evitar la actuación impeditiva de un tercero³⁹, lo que trasladado al caso objeto de estudio implicaría la legitimidad, por ejemplo, de la interrupción del paso a través de la antojana.

Se está, por tanto, como se desprende la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de diciembre de 1997, ante el análisis de la tensión entre el *ius utendi* y el *ius abutendi* de la antojana, debiendo partirse, para llegar a una conclusión solvente en este análisis, de los elementos esenciales

36 Vid. las Sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 3 de junio de 1989 y de 27 de mayo de 2003 -esta última acogiendo literalmente ya el dictamen de la Comisión especial de Derecho Consuetudinario Asturiano, p. 26- y de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 18 de mayo de 2004 y en la doctrina, TUERO BERTRAND, F., *Diccionario...*, ob. cit., p. 15 y SANCHEZ-CUETO ALVAREZ, F. J., «Notas...», ob. cit., p. 2346, con su mención a las funciones de «poner los frutos a secar, cortar leña, preparar el carro, uncir el ganado, etc.»; en el mismo sentido, ARIAS DIAZ, I., «Antoxana...», ob. cit., p. 31.

37 Como ya entendió la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de noviembre de 2002.

38 Sobre la buena fe y el abuso de derecho, *vid.*, por todos, DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 49-51.

39 Sigo la interpretación de RIVERO HERNANDEZ, F., *Comentarios al Código Civil*, I, Título Preliminar, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 231.

del abuso del derecho, que, justamente en relación con el uso de una antojana, se ha encargado de recordar la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de febrero de 2000: «a) uso de un derecho objetivo o externamente legal; b) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; c) inmoralidad o antisocialidad de ese daño manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar, o, sencillamente sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho)». Además, no debe olvidarse el «muy cuidadoso» y excepcional uso que ha de hacerse del abuso del derecho, pues «la doctrina del abuso del derecho es uno de los conceptos denominados concepto jurídico indeterminado o concepto <<válvula>> que, por ello, no puede ser conceptualizado apriorísticamente, sino que es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador al resolver la contienda judicial en la que se hubiere planteado tal cuestión»⁴⁰.

Es preciso, por tanto, determinar cuál es la función social de la antojana para alcanzar a comprender cuándo el uso que se pretende hacer de la misma lo desborda, incurre en abusividad, debe quedar desprotegido y puede ser impedido judicialmente para el futuro mediante la correspondiente condena de no hacer. No debe, de otro lado, olvidarse que la normalidad del uso de la antojana ha de adecuarse al estándar jurídico actual, que debe permitirle al Juez apreciar lo que es normal o anormal en el día de hoy al respecto del empleo de una antojana, pues sólo cuando se sobrepasen los límites normales del mismo en las circunstancias actuales se podrá hablar de la existencia de un abuso del derecho⁴¹.

Es preciso señalar, adicionalmente, que esa realidad social actual a la que acabo de hacer referencia puede incidir en otro aspecto más en el contenido del régimen jurídico rector del uso en sí de la antojana. Tal análisis debe, a mi juicio, conciliarse con la realidad social actual, para de esa forma hacer una lectura moderna de esta veterana institución jurídica, que dé satisfacción al artículo 3.1 CC, proyectado en este caso sobre una norma consuetudinaria, la que rige la antojana. Ello partiendo del presupuesto de que la costumbre es una norma jurídica, en cuanto que regla rectora de un determinado supuesto de hecho para el que se es-

40 Como dice la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1999 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; *RAJ* 1999/642). Por lo demás, puede consultarse en esta Sentencia en su referencia histórica detallada sobre el origen del tratamiento del abuso del derecho en el ordenamiento jurídico español, arrancando de la famosísima Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 (*RAJ* 1944/293).

En la doctrina científica, *vid. esp.* DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 57-71.

⁴¹*Id.* DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Comentario...*, *ob. cit.*, p. 67.

tablecen consecuencias jurídicas⁴². Y siempre a salvo de mantener la discutida postura de que el artículo 3.1 CC, al referirse inicialmente a «las normas» lo hace en el sentido de comprender a todas las normas o reglas jurídicas y no sólo a las leyes en sentido estricto, tesis discutible dado que el mismo precepto se refiere a la interpretación de las palabras (las costumbres no tienen palabras, a menos que se compilen) y las costumbres más que interpretarse se explican o describen, pudiendo, eso sí, amoldarse a los cambios experimentados por la forma de actuar humana⁴³. De admitirse, con todos los peros que se acaban de exponer, la aplicación del artículo 3.1 CC a la institución consuetudinaria de la antojana, comparto que el denominado «activismo judicial», actúa acertadamente en este caso, pues el cambio económico y social experimentado en Asturias en las últimas décadas explicaría, con suficiencia, la relectura de la antojana en cuanto a los usos permitidos de la misma⁴⁴, usos que deben ser, siguiendo esta teoría, los conformes y adecuados a la realidad del momento en que se plantea la controversia, independientemente de que la actuación controvertida fuese más antigua⁴⁵. A mi juicio este criterio es el que se ha seguido en la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de febrero de 2000, aunque no figure expresamente invocado por la misma el artículo 3.1 CC, pues dice que «... teniendo en cuenta la realidad actual obvio parece que su uso (se refiere a la antojana) para tránsito de tractores o automóviles no puede ser vedado...»; hago notar la proximidad de la expresión empleada en la Sentencia («realidad actual») y la utilizada por el legislador en el artículo 3.1 CC («realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»), que me lleva a la conclusión antes expuesta.

Por los obstáculos que se acaban de exponer a la vía interpretativa de la antojana en cuanto que costumbre, dejo apuntada, además, la posibilidad de defender, con carácter adicional, que se está ante una evolución de la costumbre reguladora de la antojana, costumbre que, adaptada a la nueva realidad social, modifica su contenido, en congruencia con la superación de la clásica exigencia canó-

42 Siguiendo a DIEZ-PICAZO, L., *Comentario...*, ob. cit., p. 7.

43 Sobre la no interpretación de la costumbre conforme al artículo 3.1 CC, con apoyo en los argumentos que se acaban de reproducir, vid. SALVADOR CODERCH, P., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, volumen 1, 2ª edición, Edersa, Madrid, 1992, p. 523 y *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 22. Anteriormente, BATLLE VAZQUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, 1978, pp. 84-85, da por supuesto que se está tratando de la interpretación de las leyes y más recientemente hace lo mismo YZQUIERDO TOLSADA, M., *Comentarios al Código Civil*, I, Título Preliminar, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 101.

44 Sobre el citado «activismo judicial», vid. SALVADOR CODERCH, P., *Comentario...*, ob. cit., p. 25.

45 Sobre la realidad social del tiempo de aplicación de la norma, que no del tiempo de realización

nica de que una de las condiciones de la costumbre era la *inveterada consuetudo*⁴⁶, al resultar suficiente su continuidad, constancia o duración⁴⁷; a través de esta segunda argumentación no habrá necesidad de acudir a una reinterpretación de la costumbre reguladora de la antojana sino que bastará con una simple aplicación de dicha costumbre en su contenido actualizado.

Se mantenga una u otra de las tesis que acabo de apuntar, comparto que:

1.- Debe entenderse existente, hoy, un uso abusivo de la antojana en el caso del depósito en la misma de estiércol y escombros⁴⁸, no así de herramientas y frutos agrícolas⁴⁹, si bien hay que resaltar que antiguamente sí se consideraba uso normal de la antojana el depósito de estiércol⁵⁰, muestra preclara de la evolución de la costumbre reguladora de esta institución, ya por vía interpretativa ya por evolución de su propio contenido normativo. En estos casos la abusividad deviene de dos circunstancias:

a).- La molestia que supone el tener a la vista tales materiales de desecho, con independencia incluso de las sanciones administrativas a que hubiera lugar por causa de los posibles riesgos y perjuicios que para la salud pública pueda acarrear tal conducta. En este punto debe destacarse la evolución de la sociedad, que ha conducido a acrecentar los mínimos de salubridad exigibles, argumento que permite entender el porqué el depósito de estiércol, originariamente normal y permitido, hoy ha devenido abusivo y prohibido.

b).- La obstaculización del acceso al resto de las fincas que colindan con la citada antojana. Por su relación con la cuestión que vengo a tratar seguidamente, me detendré en la misma a continuación.

No debe confundirse lo que acabo de exponer con la posibilidad de que el uso de la antojana pueda generar otros desechos, que deberán ser limpiados por

de lo juzgado, en cuanto que elemento interpretador de la norma, *vid.* ALBALADEJO, M., «A la realidad social de qué tiempo ha de acudirse para interpretar las normas. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 7 de marzo de 1998», *RDP* 1998, pp. 648-649.

46 *Vid.* CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo 1., vol. 1, reimpresión de la duodécima edición, revisada y puesta al día por DE LOS MOZOS, J. L., Reus, Madrid, 1988, pp. 470-471.

47 *Vid.* BATLLE VAZQUEZ, M., *Comentarios...*, Edersa, Madrid, 1978, p. 50 y RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil, I*, Título Preliminar, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 65-66.

48 *Vid.* las Sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de enero de 1995 y de 27 de mayo de 2003.

49 En este sentido, *vid.* las Sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 3 de junio de 1989 y de la Sección 1ª de 18 de mayo de 2004.

50 *Vid.* BLANCO GARCIA, M., «La antojana», *ob. cit.*, p. 17, FONSECA GONZALEZ, R., «El régimen...», *ob. cit.*, p. 77 y especialmente PRIETO BANCES, R., «La casería...», *ob. cit.*, p. 17, cuando decía que «la vivienda en la aldea asturiana es pobre y antihigiénica... delante de la casa se amontona el estiércol hasta que llega el momento de llevarlo a la tierra».

el cotitular que, con su uso, los haya generado. Si se tienen en cuenta los usos que pueden hacerse de la antojana, que refiero en este mismo trabajo, se aprecia que tales desechos no serán normalmente de gran importancia, lo que me lleva a compartir el criterio jurisprudencial de estimar innecesaria la previsión en estos casos del establecimiento de turnos o la contratación de personal asalariado para el desempeño de tales labores de limpieza⁵¹.

2.- Debe admitirse el uso moderno de la antojana, de modo que pueda servir para el tránsito de vehículos de tracción mecánica hasta las diversas fincas que, colindantes con la antojana, devienen de la división de la casería.

El uso de la antojana como lugar de tránsito es una de las funciones clásicas y esenciales de la misma y la evolución de los medios de transporte, que ha llevado al empleo de vehículos de tracción mecánica, es algo que no precisa de mayores disquisiciones. De todos es sabido que en bastantes ocasiones las cuadras y la parte baja de las paneras y hórreos se está empleando en la actualidad para el aparcamiento de vehículos a cubierto de las inclemencias meteorológicas, tal y como se reconoce en las ya mencionadas Sentencias de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de enero de 1995 y de 27 de mayo de 2003 y del Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Oviedo de 10 de febrero de 1999, en clara superación del destino agrícola originario de tales construcciones.

De esta manera, una institución íntimamente ligada al campo asturiano, como es la casería, en cuanto que «unidad orgánica de explotación agropecuaria, capaz de sostener a una familia campesina, a la que sirve de hogar y solaz»⁵², está evolucionando, sobre todo en las proximidades de las grandes aglomeraciones urbanas asturianas, al tiempo que evolucionan la economía rural y los usos y costumbres, para así dar satisfacción a intereses que originariamente resultaban impensables. La evolución antes citada se ha plasmado en que, como se desprende de la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de febrero de 2000, de un inicial uso para el acceso peonil (en un procedimiento anterior sobre la misma cuestión litigiosa, el Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Oviedo, en Sentencia de 4 de diciembre de 1996, había limitado el derecho de paso por la antojana, equivocadamente interpretado como servidumbre de paso, a un tránsito peonil) o valiéndose de animales de labranza con su tiro y aperos, se ha pasado al empleo de la antojana para permitir el acceso de tractores y otros vehículos de tracción mecánica.

51 Con la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de mayo de 2003. Respecto de la previsión de algunas Ordenanzas Locales en relación con la limpieza de antojanas, *vid.* TUERO BERTRAND, F., *Diccionario...*, *ob. cit.*, p. 15.

52 Es la definición de casería que proporciona G. ARANGO Y CANGA, L., «Notas...», *ob. cit.*, p. 663.

En todo caso, es evidente que la intensidad del uso de la antojana para el acceso de vehículos ha de tomarse como canon indicativo del uso normal o abusivo de la misma. Así, tal uso será normal cuando se trate de un acceso que, aunque cotidiano, se limite a atravesar la misma para guardar el vehículo en alguna de las dependencias resultantes de la división de la casería (un hórreo, una cuadra, los bajos de la misma casa, por ejemplo), pues en ese caso, como dice, la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 15 de febrero de 2000, «... no parece pueda de por sí implicar una molestia tan notoria que perturbe la paz del lugar». Considero que la solución habrá de ser la misma en el caso de que el vehículo pueda quedar momentáneamente estacionado en la antojana para carga y descarga de objetos y apeo de las personas que transporte, así como incluso para pequeñas estancias en alguna de las fincas resultantes de la segregación de la antojana, siempre que no ello no implique obstaculización para el acceso a las demás fincas y el propietario del vehículo esté al tanto para, en su caso, mover el mismo para permitir tal acceso.

Distinto podría ser el caso en el que, por ejemplo, se pretendiese la instalación de un taller de vehículos en los bajos de una panera o de una casa originariamente integradas en la correspondiente casería, con el constante trasiego de los mismos a través de la antojana, e incluso su estacionamiento permanente en la misma, pues en ese caso sí que considero que podría plantearse la existencia de un abuso de derecho, al chocar el destino rural de la casería y la antojana con un empleo industrial y, sin duda, molesto de la misma, e implicar un uso de una intensidad tal que agotaría la utilización de la antojana por todos los comuneros, al hacer imposible al resto dicha utilización (no se podría emplear, por ejemplo, la antojana atestada de vehículos constantemente, que estacionan, entran y salen, para el solaz del resto de los vecinos propietarios de porciones de la antigua casería, por lo que sí se estaría entonces ante lo que *obiter dicta* refiere la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 10 de febrero de 2000 como «... una utilización más allá de la normalidad o que pudiese entorpecer el uso de los demás»).

De otra parte, deviene de aplicación al objeto del presente estudio del paso de vehículos a través de la antojana para el acceso a las dependencias de la casería dividida, la doctrina jurisprudencial decantada en relación con la interpretación de las servidumbres de paso, que admite incluso la ampliación de las mismas para permitir el tránsito de vehículos⁵³, doctrina que, además, cuenta con plasma-

53 En este sentido, entre otras, las Sentencias de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de octubre de 1992 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos J. Valdivia Pizcueta; *RGD*, nº 588, setiembre 1993, pp. 9261-9262) y de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 18 de octubre

ción legal en la Ley 400 de la Compilación de Navarra y en el artículo 27 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, sobre Derecho Civil de Galicia⁵⁴. Con mayor razón, aún cuando la antojana presenta dimensiones suficientes, habitualmente reducidas⁵⁵, para permitir el acceso de vehículos, se justifica la admisión de esta utilización que acabo de analizar, dado que ni tan siquiera es necesario proceder a su ampliación física, a diferencia de lo que ocurre con las superficies gravadas con la antes expuesta servidumbre de paso. En este supuesto objeto de estudio resulta, por tanto, necesario hacer un uso menos intensivo de la realidad social actual como elemento interpretador de la antojana moderna (artículo 3.1 CC).

Como resultado de todo lo dicho hasta ahora, para concluir, hay que analizar la actuación del copropietario de la antojana que materialmente impidiese a los demás los usos permitidos que se han analizado en este trabajo. Tal conducta sería, a mi juicio, abusiva y contraria a derecho (infracción del artículo 7.2 CC), por lo que el resto de copropietarios estarían legitimados para alzar los obstáculos y, en su caso, impetrar el amparo judicial a tal fin.

de 1994 (Ponente: Iltra. Sra. D^a. M^a. Isabel Serrano Frías; AC 1994/2417). En la doctrina, *vid.* la síntesis que realiza GONZALEZ PORRAS, J. M., *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1451.

54 *Vid.* la Sentencia de la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de abril de 1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Esaín Manresa; RGD, nº 660, septiembre 1999, pp. 12262-12264).

55 Como dice la Sentencia de la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de diciembre de 2003.

ABREVIATURAS

AC	<i>Aranzadi Civil</i>
BICAO	<i>Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo</i>
CC	Código Civil
cfr.	confróntese
cit.	citada
esp.	especialmente
Jur.	<i>Westlaw</i>
<i>La Ley</i>	<i>Revista Jurídica Española La Ley</i>
LEC 1881	Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881
LEC 2000	Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000
L.O.	Ley Orgánica
ob.	obra
RAJ	<i>Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia</i>
RCDI	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
RGD	<i>Revista General de Derecho</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Privado</i>
RJA	<i>Revista Jurídica de Asturias</i>
TA	<i>Tribunales de Asturias</i>
vid.	véase
vol.	volumen

PRONTUARIO DE JURISPRUDENCIA

- Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 (RAJ 1944/293).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 3 de junio de 1989 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero; RJA, nº 13, 1990, pp. 356-357).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 21 de enero de 1992 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz; AC 1992/98).
- Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada de 27 de octubre de 1992 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Carlos J. Valdivia Pizcueta; RGD, nº 588, setiembre 1993, pp. 9261-9262).
- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de noviembre de 1992 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Lucas Gil; RJA, nº 16, 1993, pp. 326-327).

- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de marzo de 1993 (Ponente: Iltma. Sr. Dª. Mª. José Pueyo Mateo *TA* 1993-II, 692).
- Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1994 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez; *RAJ* 1994/6580).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 18 de octubre de 1994 (Ponente: Iltma. Sra. Dª. Mª. Isabel Serrano Frías; *AC* 1994/2417).
- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de enero de 1995 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; *TA* 1994/95-VIII, 3435).
- Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1995 (Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes; *La Ley* 1995/857).
- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de mayo de 1997 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Francisco Luces Gil; *TA* 1997-XV, 6330).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 25 de noviembre de 1997 (Ponente: Ilmo. Sr. Don Jose Ignacio Alvarez Sánchez, *TA*, 1997-1998, XVII, 7147).
- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo 15 de diciembre de 1997 (Ponente: Iltma. Sra. Dª. Mª. José Pueyo Mateo; *TA* 1997/98-XVII, 7181).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 24 de enero de 1998 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *AC* 1998/2953).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 28 de abril de 1998 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *AC* 1998/4473).
- Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1999 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; *RAJ* 1999/642).
- Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 29 de abril de 1999 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Jaime Esaín Manresa; *RGD*, nº 660, septiembre 1999, pp. 12262-12264).
- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de octubre de 1999 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Mª. Alvarez Seijo; inédita).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 7 de noviembre de 2000 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *Jur.* 2001/47572).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 12 de septiembre de 2001 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *Jur.* 2001/314172).
- Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León de 19 de febrero de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Agustín Pedro Lobejón Martínez; *Jur.* 2002/102498).

- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 22 de octubre de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Mª. Alvarez Seijo; *Jur.* 2003/11911).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de noviembre de 2002 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *Jur.* 2003/91070).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 10 de marzo de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero; *Jur.* 2003/181268).
- Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de marzo de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz; *Jur.* 2003/188325).
- Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de mayo de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; *Jur.* 2003/151368).
- Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 27 de mayo de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez; *Jur.* 2003/233666).
- Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 3 de septiembre de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. Rafael Martín del Peso; *Jur.* 2003/235634).
- Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 6 de junio de 2003 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Mª. Alvarez Seijo; *Jur.* 2003/268481).
- Sentencia de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 31 de diciembre de 2003 (Ponente: Iltma. Sra. Dª. Nuria Zamora Pérez; *Jur.* 2004/37486).
- Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de 18 de mayo de 2004 (Ponente: Iltmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana; *Jur.* 2004/173919).

DOCUMENTOS

LAS ORDENANZAS DE LORENZO SANTOS DE SAMPEDRO*, ALGO MÁS QUE UN TEXTO JURÍDICO. EL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN 1659

JOSEFINA VELASCO ROZADO

Archivera-Bibliotecaria de la Junta General del Principado de Asturias

La entrada en la modernidad de la Península Ibérica, según acuerdo general de los historiadores, se produce con la prolija y bien orientada labor de gobierno llevada a cabo por los Reyes Católicos. La unificación de las dos principales coronas (Castilla y Aragón), la apuesta por un futuro de unión peninsular mediante una política matrimonial acertada con Portugal (que se sumaría al conjunto imperial en época de Felipe II) la liquidación del largo proceso de la Reconquista con la toma del último reducto musulmán de Granada, la apuesta por la consolidación de un proyecto de extensión de influencia en Europa, mediante matrimonios que conformarían la fusión de grandes posesiones en manos de Carlos I, el Emperador, y la colosal gesta del descubrimiento de América son puntales de un reinado, el de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, que pasa por ser un hito en la Historia de España. Bien es verdad que aún no existía propiamente concepción del Estado separado de la idea de propiedad patrimonial regia, que aún ellos, los Reyes Católicos y sus descendientes, sentían sus dominios como suyos y no como entidades en sí mismas y que fueron circunstancias a veces fortuitas (por ejemplo la falta de sucesión entre Fernando el Católico y su segunda esposa Germana de Foix) las que contribuyeron a hacer de Carlos I de España y V de Alemania (en la historiografía más tradicional) el poseedor de un gran Imperio. Pero la misma existencia de este hecho, de un estado peninsular sobre reinos diversos y un imperio europeo y colonial también sobre organizaciones y estructuras diferentes, obligó a crear un conjunto de organismos estables que fueran capaces de intentar gobernar, con mejor o peor fortuna, aquellas realidades.

Se creó una clase funcional que asumió una burocracia cada vez más compleja. Consejos territoriales de gobierno centralizados, administración de justicia,

* En la mayoría de los textos publicados en los que este Corregidor aparece se le denomina Lorenzo Santos de San Pedro, lo que no es incorrecto. Pero aquí utilizamos la forma de transcripción de nuestras Actas Históricas revisada por la Catedrática de Ciencias y Técnicas Historiográficas de la Universidad de Oviedo, Josefa Sanz Fuentes.

divisiones administrativas locales, cortes territoriales, etc. todo estaba al servicio del monarca, pero conformaba una cada vez más diversificada organización con sentido de Estado.

Y es en esta etapa, la de los Austrias, donde se dan procesos de organización territorial y administrativa que proseguirán hasta el nuevo giro que ya en el siglo XVIII impulsarán los Borbones ante nuevas realidades.

En el siglo XVII la corona con residencia en Castilla –Madrid fue convertida en capital de la monarquía por Felipe II y sólo relegada un breve lapso de tiempo por Felipe III– agrupaba territorios en Europa, en los Países Bajos e Italia, aunque cada vez más acosada por Inglaterra, Holanda y, ahora, Francia; aún era poseedora de grandes espacios en las todavía denominadas Indias Occidentales –con algunas posesiones en las Indias Orientales - y controlaba toda la península, superada temporalmente la crisis catalana de 1640 y aletargada la portuguesa, que oficialmente no se independizaría hasta 1668.

Por muy poco trabajadores, inteligentes, hábiles o preparados que estuvieran los monarcas de tan amplios dominios –y esto era lo que les sucedía a los Austrias menores del siglo XVII, Felipe III, Felipe IV y sobre todo Carlos II– un tan dilatado espacio habría de gobernarse, con más o menos acierto. Así que una nobleza cortesana cada vez más influyente pugnaba por tocar poder, junto con los favoritos de turno, de desiguales dotes, como el relevante y ambicioso Lerma o el todopoderoso e innovador Olivares en los reinados de los Felipes, III y IV, o el menos destacado Valenzuela de Carlos II. A ella, a la nobleza, se sumaba una clase funcional especializada y teóricamente más competente y formada, constituida por juristas, doctores salidos de la filas secundarias de la nobleza y de una burguesía en alza a la sombra de los negocios favorecidos por el Imperio. Y finalmente el influyente brazo eclesiástico que en sus escalones superiores, los que contaban para el gobierno, eran producto de la nobleza y alta burguesía.

La masa “ciudadana” –palabra sin el sentido actual, pues nulos derechos tenía– los pecheros, los que pagaban, labradores, campesinos y oficiales urbanos, junto a una ingente legión de desfavorecidos totales, se situaban en los niveles más bajos de la sociedad y nutrían, más o menos forzados, o pagaban, los ejércitos imperiales, cultivaban los campos ajenos o abastecían de productos diversos las ciudades.

Sobre este panorama, dibujado con trazos aislados e imprecisos, con una monarquía absolutista y un poder cada vez más centralizado, los diversos territorios se organizaban entorno a los oficiales reales (gobernadores o corregidores) manteniendo en muchos casos sus antiguas instituciones (Cortes o Juntas), eso sí bajo control de las oligarquías seculares o eclesiásticas locales.

En Asturias el corregidor, y frecuentemente capitán a guerra, de nombramiento regio, "compartía" el poder con la tradicional Junta General del Principado de Asturias. Y, aunque ésta institución tenía un carácter consultivo respecto a la monarquía y Asturias no llegó nunca a tener voto en Cortes —por otro lado cada vez más depreciadas—, sí contaba para el gobierno interior del Principado, decidiendo nombramientos y materializando los acuerdos adoptados en una labor realmente ejecutiva. Además no siempre se plegó a las demandas del monarca —en impuestos y reclutas militares para sostener la maquinaria imperial — negociando cambios o proponiendo rebajas y en algunos casos poniendo en difícil tesitura al corregidor de turno, cogido entre las presiones del poder central y las demandas de los notables locales en la Junta.

La Junta General del Principado de Asturias contaba para su organización con un ordenamiento debido a Duarte de Acuña, gobernador que en tiempos de Felipe II las redactó sobre un precedente anterior (de Hernando de Vega de 1494) y consiguió para ellas sanción real¹. Pero esta normativa se encontraba medio siglo más tarde desfasada, siendo incompleta, y no respondiendo a las nuevas necesidades. Por ese motivo las Ordenanzas Generales de Principado de Asturias de 1659 redactadas siendo corregidor-gobernador de este Principado Lorenzo Santos de Sampedro constituyen un documento de primer orden para el conocimiento de la organización administrativa, económica y social del siglo XVII.

El siglo XVII es para Asturias un práctico desconocido. Hay estudios realizados sobre la historia de la Iglesia, algunas referencias a la puesta en funcionamiento de la Universidad y otras sobre personajes concretos o de ámbito local, pero falta una visión de la organización político-administrativa del Principado en esta época y de su situación global en el conjunto de un Imperio que, aquejado de numerosos males internos y acosado por enemigos exteriores, parecía venirse abajo.

Las Ordenanzas del Principado de Asturias han sido compiladas por el magistrado e historiador asturiano Francisco Tuero Bertrand en más de una publicación², permitiendo el estudio de numerosos usos y costumbres, así como el de la

1 Las Ordenanzas de Duarte de Acuña están insertas en el tomo I, volumen 1 de la colección *Junta General del Principado de Asturias. Actas Históricas I: Libros de Actas desde el 19 de diciembre de 1594 hasta el 16 de marzo de 1636*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 1997

2 D. Francisco Tuero Bertrand, fallecido el pasado 2003, había publicado unos comentarios y una primera transcripción de las Ordenanzas en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, después preparó para la Colección Popular Asturiana el libro *La Junta General del Principado de Asturias*. Oviedo: Ayalga, 1978 y colaboró en la obra colectiva *Historia de Asturias*. Oviedo: Ayalga, 1977, 9 tomos. Además publicó varios estudios sobre el derecho consuetudinario, instituciones tradicionales y administración de justicia, con lo que ha pasado a ser uno de los referentes en la historia política y administrativa de la Edad Moderna en Asturias.

organización política del Principado de Asturias en los periodos en cada Ordenanza tratados. Completadas con la revisión de las Actas de la Junta General y sus Diputaciones, suponen un legado que facilita el conocimiento del desenvolvimiento de las gentes del Principado desde fines del siglo XV (Ordenanzas de Hernando de Vega de 1494), pasando por el XVI (Ordenanzas de Duarte de Acuña, de 1594) y el XVII (Ordenanzas de Lorenzo Santos de Sampedro, de 1659) hasta el XVIII (Ordenanzas de 1781) e inicios del XIX (las de 1805), si bien sólo las dos primeras fueron sancionadas por el rey, requisito éste imprescindible para conferir valor "legal" a estos conjuntos normativos.

Las Ordenanzas de Lorenzo Santos de Sampedro insertan las anteriores, en cuanto que sus disposiciones estuvieran en vigor, y se aproximan a un código de usos y costumbres territoriales tradicionales. Es posible que no obtuvieran sanción real, pero ¿qué más sanción que su aplicación efectiva?. Además, como confirmadas, incluían las de Hernando de Vega, dadas por los Reyes Católicos en Medina del Campo a fines del XV, y las de Duarte de Acuña, otorgadas por Felipe II en la última década del XVI, (estas últimas, como se apuntó al principio, copiadas íntegramente también en el Libro de Actas Históricas correspondiente al primero de los originales de la serie que el Parlamento Asturiano está publicando en una colección en curso³). No tuvo interés el buen corregidor en incorporar en su corpus las Ordenanzas dadas por un predecesor suyo en el cargo, muy próximo en el tiempo, Chumacero de Sotomayor, en 1622, de las que hay referencias en las actas de la Junta pero que no parecieron obtener beneplácito real y no debieron resultar sugestivas a Santos de Sampedro en su objetivo de aportar novedades a su ordenamiento.

En el libro, editado por Bibliófilos Asturianos en 1974, ya citado, el magistrado Tuero Bertrand hace ver que las Ordenanzas recopiladas por el corregidor del Principado, el licenciado Lorenzo Santos de Sampedro, tienen mayor extensión que las anteriores *formando ya un pequeño Código*.⁴ Se trata de un texto que D. Francisco Tuero no estudió en su original porque lo desconocía (aunque sí existe y se custodia provisionalmente, una vez restaurado, en el Archivo del Parlamento Asturiano, porque fue esta institución quien subvencionó su recuperación en 1992, encargando este trabajo al taller del Real Monasterio de San Pelayo de Oviedo). Recurrió Don Francisco Tuero en su *ánimo de buscar un corpus completo de estas Ordenanzas* a un manuscrito conservado en la Biblioteca Nacional

3 *Junta General del Principado de Asturias. Actas Históricas I: Libros de Actas desde el 19 de diciembre de 1594 hasta el 16 de marzo de 1636*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 1997, 2 vols. Han sido publicados otros tres tomos en cuatro volúmenes que dan cuenta de las reuniones hasta 1674.

4 Op. Cit. nota 3 p. VII

del siglo XVIII, citado por Somoza en su catálogo "Registro Asturiano" con signatura 454.

Estas andanzas del magistrado-historiador me impulsaron a comprobar qué libro era el depositado en la Biblioteca Nacional, analizar su origen y contenido, contrastándolo con lo publicado por él hasta entonces. Por eso me tomé tiempo de estudiarlo en la Sala Cervantes, de consulta de manuscritos de la Biblioteca Nacional, una vez comprobé que efectivamente la signatura reseñada era la correcta.

Se trata de un ejemplar manuscrito, que en el lomo lleva inscrito *Libro Ordenanza de Asturias*. BNE, mss 454, antigua D-185. Así pues el título en singular y la abreviatura de manuscrito (mss), junto al número, dan muestra que se trata del que decía Tuero Bertrand y que era copia de las Ordenanzas referidas. Es un libro de 125 folios, numerados en el margen superior izquierdo, escrito en recto y verso, y todos con letra que parece corresponder al mismo redactor, salvo al final. Pero, revisado el conjunto de tan interesante librito (21,2 x 15,2 cm. en el exterior y 20,2 x 14 cm. en el interior), de encuadernación holandesa del siglo XIX (seguro que no es la primitiva; que ésta que hoy lo viste corresponde a la fecha de conversión de la Biblioteca Real en Nacional, allá por 1836), comprobé que no se trataba sólo de una copia de las Ordenanzas de 1659, sino que incluía algunas peculiaridades más.

En el cierre del manuscrito, a modo de colofón y explicación de la copia, se redacta *Esta última noticia está escrita de mano de Don Juan Isidro Yañez Faxardo; y este libro de Ordenanzas del Principado de Asturias se contenía con otro Papel de M.S. en el Tomo 2 de Papeles Genealógicos, que con otros muchos Libros mstos compré de la librería del expressado cavallero para la R' Bibliotheca en 9 de abril de 1741*. El expresado caballero Faxardo lo vendió al Bibliotecario de S.M., D. Juan Yriarte, que es quien hace la anotación antedicha y cuya letra difiere de la del conjunto del texto. Sólo hay anterior a la nota transcrita otra en letra diferente, en un párrafo que antecede al colofón y que dice: *El año 1717 se estableció la Audiencia de Asturias en Oviedo por haverse experimentado que los perjuicios y agravios que se siguen por los nobles y los vecinos del Principado y las usurpaciones que hicieron a la Real Hacienda*. La última fecha del libro de 1750 se corresponde con una anotación final del Bibliotecario: *Y para que en todo tiempo conste puse aquí esta nota. En Madrid 16 de junio de 1750*.

Era pues de un texto adquirido por el Bibliotecario Yriarte para la Biblioteca Real, que creada por Felipe V (decreto fundacional de 1716, aunque inició sus andanzas en 1712) y dotada de prerrogativas, como el derecho de tanteo para adquirir los textos de las librerías en venta, para lograr incrementar su patrimonio hasta que en 1836 pasó a depender del Ministerio de Gobernación y se transformó en Biblioteca Nacional.

Aún antecede a la nota sobre la creación de la Audiencia de Asturias una interesante relación que ocupa desde el folio 109 r. hasta el relatado colofón, que no forma parte de la copia de las Ordenanzas tras las que en un principio iba. Esta relación es la de los corregidores que ocuparon el cargo de tales en el Principado de Asturias, desde el primero señalado “*Pedro de Lodena, comendador de la Orden de Santiago, es el Corregidor más antiguo del Principado de que hay noticias y tomó posesión en 26 de marzo de 1498 (?)*”. La fecha puede ser correcta porque alude a los Reyes Católicos, pero en todo caso la anotación no se corresponde a la realidad, puesto que las primeras Ordenanzas, otorgadas por Isabel y Fernando, son las de 1494 (antecesor en el cargo), siendo Hernando de Vega *corregor. de ese nro dho Príncipe de Asturias de Obiedo* (=Corregidor de ese nuestro dicho Principado de Asturias de Oviedo). Sin duda la relación de corregidores, iniciada con Pedro de Lodena, olvida a Hernando de Vega, pero tal vez porque fuera aquel (Pedro de Lodena) el primer corregidor ordinario, pues bien es sabido que, aunque el cargo tuviera ya historia como oficial del Rey en los municipios, fue con los Reyes Católicos con quienes los corregidores se convirtieron en oficiales superiores, delegados regios, directos colaboradores en la misión de pacificación y articulación política de la Monarquía. En el caso del Principado de Asturias, los corregidores ejercía la presidencia de la Junta General y sus Diputaciones, la asamblea general del Principado o la diputación y gobierno regional más antiguo de este territorio, a donde acudían los procuradores de los concejos y donde se determinaban las políticas de desarrollo de Asturias y su relación con la Monarquía, siempre representada por el fiel corregidor.⁵

La relación de corregidores ofrecida en este manuscrito, que se incluye al final de la copia de las Ordenanzas, inscribe a 64 corregidores, siendo el último mencionado Francisco Conde de Cerecedo que tomó posesión el 23 de septiembre de 1688⁶. Poco después, a partir de 1717 se establece la Audiencia, y esta nueva institución asumirá muchas de las funciones de la primitiva Junta General, res-

5 Numerosos son los libros publicados sobre la histórica Junta General del Principado de Asturias, pero señalamos entre ellos: Caveda y Nava, José. *Memoria histórica sobre la Junta General del Principado de Asturias*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, 1988, fács. de la ed. de 1834 con introducción de Juan Ignacio Ruiz de la Peña. Tuero Bertrand, Francisco. *La Junta General del Principado de Asturias*. Oviedo: Ayalga, 1978. Menéndez González, Alfonso. *Elite y poder: la Junta General del Principado de Asturias, 1594-1808*. Oviedo: Instituto de Estudios Asturianos, 1992. Frieria Álvarez, Marta. *La Junta General del Principado de Asturias a fines del Antiguo Régimen, 1760-1835*. Oviedo: KRK: Junta General del Principado de Asturias, 2002.

6 Esta debió ser la fecha de copia o redacción del manuscrito adquirido para la Biblioteca Real y tal vez realizado en tiempos del Corregidor García Pérez de Araciél.

tándole atribuciones, contribuyendo a su decadencia, y además será el regente quien lleve el control sobre la Junta en un anticipo de lo que significará la definitiva liquidación de esta centenaria organización representativa cuando en 1835 se creen las Diputaciones Provinciales y se anulen las antiguas administraciones territoriales particulares. Se resistió la Junta a morir, como demuestra el memorial de José Caveda y Nava⁷, un balance de la historia de esta asamblea, un recuerdo de los servicios prestados en bien del Principado por la venerable Junta. Pero todo esfuerzo fue inútil. La Junta no dejaba de ser Antiguo Régimen y moría con él.⁸

Tal parece que la redacción del libro manuscrito mencionado viniera a suponer, casi un siglo antes que el memorial de Caveda y Nava, un intento de preservar el corpus jurídico vigente en el Principado de Asturias y sus antecedentes, junto con la relación de sus agentes principales, los corregidores. Así, si la Biblioteca Real tenía que disponer de las obras que permitieran conocer cómo se vivía y se regía la actividad de los pueblos de la monarquía, este manuscrito era representativo de la ordenación de los oficios y otros asuntos administrativos en el Principado de Asturias, según las normas redactadas conforme a la costumbre, fueran éstas sancionadas (caso de las de Hernando de Vega y Duarte de Acuña) por el Rey, o no (caso de las de Santos de Sampedro). Si el Principado de Asturias no tenía unas Cortes legislativas propias, ni asistía a las del Reino, sí tenía su institución, aunque ésta se limitara a recoger las órdenes del poder central —que no siempre cumplía de buena gana— a plantear reivindicaciones en contra, y a organizar la vida interna del Principado, lo que dicho así no era poco.

Las Ordenanzas del Principado de Asturias de 1659 constituyen un documento de primer orden porque son un texto bien articulado, recoge las anteriores, que obtuvieron sanción real, e incorpora nuevos usos. Son las que realmente regían, tenían operatividad, en el siglo XVII asturiano. Este hecho no queda empañado porque no hallan recibido confirmación real, pues son una recopilación de usos y normas que sí tenían vigencia.

En este repaso utilizo el texto manuscrito, también el libro recopilatorio de Francisco Tuero Bertrand y el original restaurado por el Parlamento Asturiano indistintamente, en cuanto que para este trabajo se complementan.

Según la redacción dada en el original éstas son las

7 Véase nota 5.

8 Sobre la influencia de la Audiencia en la decadencia funcional de la Junta General del Principado de Asturias véase: Tuero Bertrand, Francisco. *La creación de la Real Audiencia en la Asturias de su tiempo, siglos XVII – XVIII*. Oviedo: Instituto de Estudios Asturianos, 1978.

“Ordenanzas del Principado de Asturias hechas en los tiempos de los señores Duarte de Acuña, Lorenzo Santos de Sampedro y Hernando de Vega”.

Las de Duarte de Acuña son las más antiguas y están aprobadas por S.M. aunque algunas de las cláusulas de ellas no rigen y se han reformado en las últimamente hechas por Lorenzo Santos de Sampedro; pero estas sólo están aprobadas por la Junta General y son las que actualmente rigen en todo o la mayor parte.”

Como puede apreciarse el mismo escribano comete un pequeño error, porque las más antiguas eran las de Hernando de Vega, también sancionadas. Pero, por el contrario, nos saca de una duda, y es que las Ordenanzas de 1659 no obtuvieron aprobación real, pero si operatividad práctica.

En el manuscrito de la BNE se abre con una relación de lo gestionado en Madrid por el comisionado Sancho de Yncian Arango, alférez mayor de la villa y Concejo de Navia —una pujante localidad costera asturiana—, respecto a las exigencias de soldados y de empréstitos. Todo ello sucedía en 1589, poco antes de que Felipe II aprobara las Ordenanzas de Duarte de Acuña copiadas en los folios 19r a 33v.

El fin de siglo XVI fue para el Principado muy cruel debido a la extensión de la peste que dejó muy mermada la población. Una epidemia que entró por mar e hizo mella grave, como lo demuestran las múltiples quejas de los procuradores en las Juntas, que no olvidan este episodio ni aún en 1610, había reducido drásticamente la población. La recuperación no llegaría hasta muy avanzada la centuria y a ello no fue ajena la situación general de la Monarquía, empeñada en mil batallas externas que sangraba, para mantener esa política, a una población empobrecida.

Pero **la actividad institucional** precisaba readaptarse a nuevas situaciones y el Corregidor Lorenzo Santos de Sampedro puso empeño en ello. Sobre el redactor de las Ordenanzas de 1659 dice el manuscrito de la Biblioteca Nacional, en el capítulo dedicado a la vida de los corregidores, que fue oidor de Valladolid, tomando posesión de su puesto en Asturias en octubre de 1657. *Que recopiló las Ordenanzas y volvió a su plaza de Valladolid, y después se le dio la de Alcalde de Corte, y, estando en ella, se puso el hábito de Santiago, y paso a la Regencia de Sevilla, y le mandaron fuese a visitar la Audiencia de Canarias, y de vuelta le capturaron los moros y al cabo de algún tiempo le rescataron, y se fue a servir a la plaza del Consejo que le habían ofrecido ...sucediole Pedro de Gomara. Así de*

9 Como se ve no sigue orden de antigüedad en la enumeración de los oficiales regios, pues el último debería ser el primero. Yo tampoco he sido fiel a la transcripción y no he respetado abreviaturas ni puntuaciones. Lo he pasado a castellano actual sin más.

escueta es la novelesca relación de andanzas del corregidor del Principado, compensado al final, según parece, con un buen puesto.

Tal parece que el cargo en Asturias fuese tenido por estos oficiales como paso previo a otros destinos más apetecibles que la apartada tierra astur. Este es un comportamiento que se repetía con otros oficios señalados, como los obispos responsables de la mitra ovetense, que también justificaban sus ausencias compatibilizando cargos en otros lugares y buscándose un destino mejor, argumentando la soledad, el aislamiento, la lejanía y hasta el mal tiempo perjudicial a la salud ¹⁰.

Pero yendo al fondo del asunto las Ordenanzas Generales de 1659 compendian muchas normas de habitual respeto, así como pautas de organización territorial. En los dos primeros títulos son una especie de reglamento de las instituciones básicas (la Junta y sus Diputaciones). En un símil que no soportaría un examen jurídico, pero sí es válido por comprensible, son un reglamento parlamentario de la época.

El representante del Rey, corregidor, oficial supremo, acepta la "tutela y autoridad" de la Junta en cuanto que es representación de Asturias, aquella institución medieval, asamblea de los concejos del Principado que tenía como función aprobar medidas de bien común y preservar los intereses regionales. Se establece que la Junta se reuniría para recibir y jurar al nuevo corregidor, para resolver asuntos graves y generales. Entre reuniones, una diputación intermedia se ocuparía de la gestión de los acuerdos adoptados.

El **título primero** se refiere a *la Junta General del Principado de Asturias y la elección de procuradores para ella*. Eran procuradores los nombrados por la ciudad de Oviedo, los concejos realengos y los de obispalía redimidos, pero no se admitían los concejos o cotos de señorío. No tenían salario los procuradores, *por quanto sin el ay muchos que desean dhas procuraciones*¹¹, lo que indica el prestigio y el acceso a áreas de poder que el puesto representaba. Se regulan las convocatorias de las reuniones, estableciendo que se entreguen debidamente en cada concejo, así como las sustituciones que deben hacerse, caso de imposibilidad de asistencia del titular.

Una parte importante es la ordenación del voto de los procuradores, que ha de ser libre *voto decisivo conlibertad de poder determinar loque juzgaren más conveniente*. Voto por concejo, que si envía dos procuradores se reparte por medio voto cada uno en caso de desacuerdo entre ellos. Con menos peso, los anti-

10 Así queda recogido en el Tomo 6 de *Historia de Asturias*. Salinas (Asturias), Ayalga Ediciones, 1978

11 Esto significa que el cargo era apetecible porque desde él se decidían asuntos importantes (como los repartos de impuestos, levas para las guerras y otros de interés personal)

guos concejos de Obispalía eran un tercio del voto de realengo. Las Juntas representaban una sociedad estamental, mediatizada por la influencia de los encumbrados en cada estamento, que reconocía como lógica una desigualdad de vieja raigambre.

La representación en Junta se establecía dividiendo el territorio en seis partidos sin criterio geográfico comprensible o relacionado por su dedicación o economía. Así, el primer partido era la ciudad de Oviedo y su Concejo. El segundo estaba compuesto por una diversidad sólo justificable por interés nobiliario como veremos; estaba formado por Avilés, villa y Concejo, Lena, Aller, Carreño, Laviana, Gozón y Corvera. El tercero la villa y Concejo de Llanes, Ribadesella, Colunga, Onís, Caso, Cangas de Onís, Parres, Ponga, Amieva, Piloña, Cabrales y Caravia; en total doce. El cuarto Villaviciosa, Gijón, Siero, Nava, Sariego, Cabranes; seis en conjunto. El quinto que llaman de los cinco concejos son Grado, Pravia, Valdés, Salas, Miranda y, rompiendo el número de su titulación, incorpora a posteriori Somiedo. El sexto partido, de antigua jurisdicción de Obispalía, estaba formado por Castropol, Ribera de Abajo, Langreo, Llanera, Quirós, Teverga, Noreña, Las Regueras, Navia, Morcín, Ribera de Arriba, Tudela, Proaza, Santo Adriano, Pajares, Riosa, Olloniego, Yermes y Tameza, Bimenes, Paderni, Sobrescobio y el Coto de Peñaflor; en total veintidós que corroboran el poder ancestral de la Mitra ovetense; y aunque muchos habían redimido en tiempos de Felipe II su dependencia Obispal seguían contando como tales en la Junta. Su representación era menor y la elección de procuradores estaba regulada por costumbres al margen de la organización general.

Una peculiaridad más eran los concejos de las Cuatro Sacadas¹². Algunos fueron incorporados a los partidos antedichos, quedando Tineo y Cangas de Tineo fuera, aunque se les permitía comparecer en Junta, ocupar asiento y votar como los demás.

Oviedo, sede episcopal, centro político de la región, bien situada y comunicada, la única ciudad, núcleo burocrático y de enseñanza –con Universidad– goza de un puesto privilegiado. Tiene prerrogativas únicas, como tomar posición en primer lugar o paralizar, para consultas, las discusiones; pero además ejerce honda influencia en muchos concejos. Regidores perpetuos, en crecido número en el XVII, surgidos de la venta del cargo, tradicional desde mediados del XVI, tenía gran ascendiente sobre el resto del territorio. La ciudad –sede de las reuniones de las Juntas– participa siempre y además controla la Diputación Provincial.

12 Llamados así porque una disposición de los Reyes Católicos los liberó- sacó- de la dependencia señorial en la que estaban desde la Alta Edad Media. Con esto además Isabel y Fernando castigaron al díscolo Conde de Luna a quien pertenecían.

El partido encabezado por Llanes es grande y variado. Ofrece concejos costeros, del surco prelitoral y de montaña. Tal parece que sea un área estructurada entorno a la cuenca del Sella y sus afluentes.

El partido de Villaviciosa ocupa el sexto lugar en cuanto a extensión, el segundo en cuanto a población. Tienen en él menor influencia las zonas de montaña, apenas presentes, no hay constancia de hermandades o agrupaciones anteriores que justificaran su unión en un partido, por lo que su formación es en principio más aleatoria, pero que seguro respondía a intereses concretos de “grupos de presión”.

El partido de Avilés (Avilés es segunda en honores, de asiento en la Junta General al lado izquierdo del corregidor), el quinto en cuanto a superficie y a población, agrupa una variedad de concejos de litoral y montaña, no contiguos, separados por Oviedo y sus señoríos. Si ha de buscarse un nexo común puede ser éste el vínculo de tráfico comercial en el camino de Castilla por un lado (Lena), la cuenca fluvial del Nalón, arteria de Asturias (Laviana), hasta el puerto de Avilés, muy activo desde la Alta Edad Media. Pero no bastan estas explicaciones y se ha de acudir al poder de los Bernaldo de Quirós, con posesiones en todas estas tierras. En todas las Diputaciones hay un Quirós.

El partido de Graño es tercero en cuanto a población y superficie. Incorpora zonas de mar y montaña entre las cuencas del Narcea y bajo Nalón. En estos, como en otros casos, los linajes de poder se añaden a otras consideraciones de relación tradicional. En este caso, y en anteriores, los Quiñones o los Miranda se suman al más poderoso Marques de Camposagrado (de los Quirós) a la hora de estructurar circunscripciones representativas –partidos.

El partido de Obispalías –el sexto– es el más diverso. Presenta variedades en cuanto a su mayor o menor independencia. Hay concejos con jurisdicción vecinal desde 1574, redimidas de la Mitra; otros bajo jurisdicción de particulares por adquisición; otros de encomiendas y monasterios y otros asimilados a obispalías. Las Ordenanzas de 1594 –las de Duarte de Acuña– casi ni los consideraban, en tanto que las de 1659 –estas que analizamos– regulan hasta el número de entidades con derecho a voto en las 22 señaladas más arriba, lo que viene a indicar que fueron adquiriendo presencia tras su “liberación” señorial.

Finalmente queda el partido de Tineo y Cangas de Tineo. Independizadas por los Reyes Católicos de la dependencia de los Quiñones, junto con Ribadesella y Llanes, formaron el grupo de las Cuatro Sacadas. Desligados Tineo y Cangas del resto del Principado a efectos fiscales, acuden a Junta y sólo intervienen en caso de asuntos que les conciernen. Apenas participan y por eso las Ordenanzas de 1659 constatan su aislamiento, reconociéndoles, en todo caso, el carácter volun-

tario de su participación. A fines del XVII consta que se incorporaron e incluso pleitearon por su reconocimiento¹³ en plano de igualdad.

La Ordenanza regula los asientos de los representantes de forma exhaustiva, a modo de protocolo. Tenía por objeto facilitar y agilizar las reuniones, sin que los inicios fueran caóticos. Sabiendo el asiento y ocupación de cada cual se contribuía al buen orden. Empezando por las ciudades de Oviedo y Avilés se ordenaba el resto, finalizando el partido de Obispalía.

El **título segundo** de las Ordenanzas de 1659 se ocupa de *la Diputación del Principado, y del nombramiento de diputados y procurador general*. Se crea una diputación como organismo que debería ocuparse de la ejecución de los asuntos acordados en la Junta General, de la resolución de problemas menores en unión del corregidor en los periodos que la Junta no estuviera reunida. Los procuradores de cada partido han de votar a un diputado y todos al procurador general¹⁴; el oficio de procurador general estaba remunerado con 50.000 maravedíes a pagar con bienes del Principado, o por reparto entre los partidos caso de que las arcas estuvieran exhaustas, excluyendo al partido de Obispalía, que no participaba en el cargo. En el puesto de procurador general se turnaban los cinco partidos con derecho¹⁵.

Conscientes los procuradores de la disparidad interna de algunos de los partidos pretenden contrarrestarla con ciertas medidas. Así en el caso de el partido de Avilés se repartirán la elección entre los concejos de marina (Gozón, Carreño y Corvera) y los de montaña (Lena, Aller y Laviana), para que los habitantes de ambos se sintieran igualmente representados.

Son estas ordenanzas claras en lo que a las reuniones, convocatorias y deberes de los diputados atañe. Por ejemplo aconseja que tengan buen cuidado en no hacer gastos excesivos, pues éstos han de contar con aprobación de la Junta General. Leyendo lo regulado en algunos aspectos, se puede entender cuáles eran las preocupaciones más acuciantes del Principado: la fábrica de caminos (esto es la provisión para el arreglo de las comunicaciones tan difíciles en Asturias) tenía un puesto destacado, cuidando de la honradez de quienes habían de vigilar el tema. Otro tanto cabe decir de la cobranza de impuestos, en particular del maíz y la escanda, cereales de suma importancia en la dieta de la población. El maíz había si-

13 Sobre este tema de los partidos y su posible origen véase el interesante apartado en el libro de Menéndez González, Alfonso: *Elite y poder: la Junta General del Principado de Asturias, 1594-1808*. Oviedo: Instituto de Estudios Asturianos, 1992, pp. 81 y ss.

14 Este cargo estaba unido, en tiempo de duración de mandato, al de corregidor y parece que había de cambiar con aquel.

15 Parece que esta es la norma para todos, aunque el partido de Llanes, por ser el mayor en número de vecinos, solía tener una mayor representación que no se traducía en este nombramiento.

do introducido en Asturias en los inicios de la centuria y fue básico para mitigar las penurias. Por ese motivo en la Junta y las Diputaciones se tiene buen cuidado en regular los precios (*con atención a que no sea el mayor, ni el menor*) y en cuidar que los vendedores no cometan fraude, controlando las medidas.

Una población como la del Principado de Asturias, con escasa comunicación exterior, una propiedad muy atomizada y escasa tierra cultivable debía tener fuertes déficits que provocaban bolsas de pobreza. Para paliar en algo estas carencias se creaban cofradías. La emblemática, por estar bajo advocación de la patrona tradicional de Asturias, era la de la Virgen Mártir Santa Eulalia de Mérida, que en antigua tradición se decía que sus restos habían reposado en el Monsacro, tras ser sustraídos a los musulmanes. Entorno a la Santa se fundó la Cofradía que organizaba las fiestas patronales y repartía limosnas. Así pues todo caballero que se preciase y quisiera contar algo debería ser cofrade por obligación.

Conviene detenerse en este punto porque la diputación era una institución más que relevante. Así se aclara que los diputados fueren *personas de inteligencia y capacidad; experimentados y noticiosos de las cosas del Principado y del bien publico*. Que ayuden y apoyen al corregidor y al procurador general en su cometido, respeten las reuniones legalmente convocadas y no envíen embajadas fuera que ocasionen gastos excesivos sin que lo apruebe la Junta General. Asimismo es clara la encomienda de actuar con celo cuando se trate de hacer repartimientos, impuestos o gastos en las distintas instituciones dependientes de la Junta y su Diputación. Entre advertencias lógicas, un límite de dinero para que la Diputación pueda sin la Junta determinar gastos, inferior siempre a 50.000 maravedís y para atender asuntos graves, como la reparación de caminos o las fiestas de Santa Eulalia. Conviene tener claro que el camino prioritario a preservar es el de Castilla *por ser los mas necesarios para el comercio universal deste Principado*.

Procuradores y Diputados eran directa o indirectamente representantes de intereses de grandes familias nobiliarias, emparentadas entre sí, que acumulaban votos de sus zonas de influencia y mediatizaban el funcionamiento institucional. Pero este tema es asunto que escapa al estudio de estas Ordenanzas.

Llegados al **título tercero** de estas Ordenanzas compiladas, tenemos que tratan de *la elección de jueces y regidores y demás oficiales públicos de la ciudad de Oviedo y concejos del Principado*. Y en este apartado Lorenzo Santos de Sampedro reproduce las Ordenanzas redactadas por Hernando de Vega y confirmadas por los Reyes Católicos en 1494, que, aunque fueron concebidas para la ciudad de Oviedo, se aplicaron a todo el Principado. Ello significa que aún ahora mantenían su vigencia o que siendo unas normas con cobertura legal mejor era mantenerlas.

Costumbre ancestral, recogida en muchas cartas pueblas y documentos locales, era que la elección de cargos se realice por San Juan –el solsticio de verano aún seguía siendo un punto de inflexión en la vida de los pueblos que tras la siembra esperaban los frutos del verano–. En Oviedo se efectuará en el lugar de la Iglesia de San Tirso, después de oír misa. En otras localidades sin duda será elegido el lugar que la tradición había marcado como punto de reunión.

La elección de jueces y regidores ha de hacerse por los electores que escribirán su nombre en papel y en secreto, se introducirán en un cántaro y un niño extraerá los papeles, siendo destruidos el resto. Los electores seleccionados deberán ser personas de bien, honradas, que no repetirán en el cargo, que jurarán su oficio en la Iglesia de San Tirso –tradicional templo contiguo a la Catedral– y el día de San Juan (todo este ceremonial era para la ciudad de Oviedo); en otros lugares se harán las elecciones el día que por tradición se acostumbre, salvo que el corregidor quiera presidirlas y decida otra fecha. Han de ser los oficiales elegidos vecinos de la ciudad a la que han de servir, no se deben ocupar cargos seguidos en periodos consecutivos, aunque sean distintos, pues se debe esperar dos años mínimo. Se excluye del cargo de jueces a quienes *vivan de mercadear con tienda abierta de qualquier genero... ni personas que tengan off^o mecánico*, salvo que no haya entre quienes elegir. En todo caso han de ser vecinos y tener casa propia, no vivir dependiendo de otro. Deben ser *personas maduras*, de veintiséis años, salvo que sean jueces letrados. No está permitido ceder los oficios para los que han sido designados, prohibición ésta que debe atajar un problema bastante generalizado, el de la compra de oficios por grupos de interés.

Respecto a las competencias se estipula la de los jueces –que han de ser hijosdalgo– en causas civiles y criminales. Estos y los regidores visitarán las distintas feligresías de cada concejo y nombrarán un encargado que ponga precios a los abastecimientos, que vigile la venta del vino y las tabernas. Habrá dos merinos, como ayudantes del corregidor, en la vigilancia de prisiones, ejecuciones y orden público; un procurador general de asuntos de la ciudad, un mayordomo que cobre rentas para la beneficencia y hospital de Oviedo, así como receptores de rentas reales, alcabalas, papel sellado (nuevo impuesto), servicios, un alguacil de millones, un vigilante de los pesos y medidas de harina y un largo etcétera.

Se regula también el oficio de escribano con detalle, estableciéndose que en Oviedo ha de haber dos y renovarse de uno en uno, para que siempre haya conocimiento de lo que ha de hacerse. A estos cargos se añadían algunos más que existían en la capital, con una organización más compleja, pero no en otros concejos. Tales eran los que se encargaban de los expósitos, archivero, juez de la malatería y hospital de San Lázaro, examinadores y veedores de cada oficio para controlar el buen hacer en el mismo (silleros, tejedores, cereros...), por ejemplo. A ello se

sumaba la dependencia del Concejo de Ribera de Abajo respecto a Oviedo, para el que habían de nombrarse otros cargos dependientes de los de la capital, así como para el coto de Bendones y el Concejo de Paderni. En los cargos de oficiales menores se realizaba la elección por insaculación pero de forma más simple, sin nombrar electores previos.

Este título tercero sería por sí sólo un buen punto de partida para el estudio de la burocracia administrativa de la capital del Principado, que como norma supletoria servía para el resto de Asturias. Si fuera el caso de detenerse en lo que a cada oficial competía tendríamos un buen dibujo, no solo del quehacer funcional, sino de las prioridades de la vida local, hasta en los detalles más cotidianos, tales como los correspondientes a los oficiales menores u otros esporádicos, como las monterías para limpiar de fieras los montes, que se han de hacer frecuentes en invierno.

El **título cuarto** describe el cometido del *corregidor de la ciudad de Oviedo y Principado de Asturias, su jurisdicción y orden que deben guardarse en su tribunal y juzgado*.

Como máximo oficial del monarca, el corregidor es la más alta instancia de la justicia, así en causas civiles como criminales en los concejos de realengo y, aún, en los que fueren de señorío, obispalía o abadengo tenía cierta autoridad, aunque no usurpando la jurisdicción reservada. El Principado de Asturias había de dirimir sus litigios mayores (los relacionados con las pruebas de nobleza por ejemplo) ante la Chancillería de Valladolid, porque el Principado, aunque lo pidió, no tuvo Audiencia propia hasta el siglo XVIII (1717), como ya se ha escrito.

En este punto inserta una Real Cédula de Felipe II en orden a clarificar que las jurisdicciones particulares no pueden amparar delincuentes huidos de los concejos realengos, siendo posible perseguir a los delincuentes allí donde estuvieren. De la misma forma se confirma que el corregidor tenga poder en otros asuntos relacionados con nombramientos de cargos y supervisión del funcionamiento de la justicia, para mejor servicio del orden público, en todos los concejos del Principado, incluyendo los de obispalía redimidos recientemente y los de jurisdicción particular (las Cuatro Sacadas¹⁶). Se viene a fijar cómo el corregidor era la figura central que ordenaba y organizaba la vida política e institucional del Principado.

Parece el tema de la administración de justicia un punto débil en el entramado institucional del Principado. Interesa ante todo que la atomización de jurisdicciones no perturbe la persecución de los delitos. Así se insiste en el derecho de supervisión que debe amparar al corregidor como juez supremo. Se regula también el funcionamiento del tribunal en cuanto a cómo establecer la aceptación de

16 Eran los concejos de Ribadesella, Llanes, Cangas y Tineo, como ya se ha dicho.

testigos, definición de pleitos criminales y civiles, forma de presentación de pleitos, agilidad en la finalización de los mismos para evitar *gastos que en esta tierra son mas sensibles porla poca substancia desus naturales*.

Queda claro que este tema traía serios perjuicios a los habitantes del Principado y que no siempre, en tiempos antiguos, había actuado correctamente el corregidor, razón por la cual ya Felipe II había redactado esta Real Cédula de ordenación de la administración de justicia, que ahora el Corregidor Santos de Sampedro incorpora a sus ordenanzas porque es la que rige.

El **título quinto**, también de organización entorno a la figura del corregidor, trata *de los merinos, escribanos, procuradores administrativos y demás ministros del corregidor y de su audiencia*.

Se relaciona un grupo de oficiales ligados al corregidor, que los nombra para ayudarle en el gobierno del Principado, menos en el caso de la ciudad de Oviedo que tiene los suyos. Son ayudantes judiciales, con salario establecido, que se ocupan de prisiones, ejecución de sentencias, cobro de rentas reales, etc. Se relacionan qué causas les son competentes, cuánto pueden cobrar, cómo han de anotar lo que hacen, y cuándo dar cuenta de su trabajo, entregando un inventario general al final del cometido de sus funciones.

Se instituye un cargo de Merino Mayor, que no puede venderse ni perpetuarse, según disposición del Real Consejo de 1630, así como otros cargos de merinos menores y alguaciles. Al final de las Ordenanzas se insertan los aranceles de los derechos que pueden percibir por sus actuaciones. Aquí se detienen en delimitar las competencias entre estos oficiales y los escribanos, porque debían ser fuente de continuos conflictos. Por eso se paran las Ordenanzas en casos varios, incluyendo las dietas por salidas a concejos del Principado, e incluso fuera de él, si fuera el preciso. El caso es que los distintos oficios cobraban en función de los asuntos resueltos y por ello se establece una exhaustiva ordenación de cómo y cuánto, a la vez que se fijan las tasas de los escribanos a fin de evitar tensiones entre oficiales. Una interesante obligación, que se dice es antigua del Reino pero que se recuerda con rigor porque debía estar olvidada, es la de que los escribanos salientes dejen a quien ocupe su puesto los antecedentes, los papeles, los asuntos tratados para asegurar futuras actuaciones.

En la compleja confluencia de jurisdicciones propias están los procuradores de los tribunales eclesiástico y seglar de la ciudad y su cofradía de Santa Eulalia. También aquí se tiene en cuenta la opinión del corregidor, que además ha de nombrar procurador de pobres que asegure a los desamparados asesoramiento ante la justicia.

El último apartado de este título constituye una advertencia a los oficiales que carentes de escrúpulos quieran enriquecerse con su oficio, instándoles a res-

petar los aranceles establecidos y lo demás dispuesto por las leyes de estos Reynos so las penas en ellas contenidas, las cuales se encarga mucho al corregidor y jueces executen como en ellas se manda para que aya escarmiento general de todos.

Con el título sexto de los jueces ordinarios de la ciudad de Oviedo y concejos de todo el Principado, se cierran los cuatro títulos (más de un tercio del total de estas Ordenanzas) destinados a delimitar las competencias, deberes, salarios y código ético de los oficios involucrados en los distintos aspectos de la administración del Principado, bajo la figura del corregidor. Es significativa la extensión que a estos títulos y, en particular, a la lucha por desterrar malos vicios dan las Ordenanzas, lo que significa que se había detectado una gran relajación en las costumbres y las prácticas. En el caso de los jueces fija estrictamente su trabajo: dos días de audiencia a la semana en la capital del concejo, o lugar tradicional, con pena a los jueces que lo incumplan; advertencias de no cobrar sino lo estipulado (y aquí alude a los despachos que se expiden a los navíos que entran y salen de puertos, lo que demuestra que hubo abusos); que los jueces no utilicen a los vecinos para realizar trabajos para ellos y sus familiares; respetar las misas y no ejercer durante ellas; no utilizar las tabernas para autos; no abusar de cobros en las herencias; que pongan celo en que los vecinos respeten las siembras cercando las del maíz *—alimento de pobres—* para que no las estropeen *cerdos y perros*; que se cuiden los papeles del escribano difunto entre tanto no se le sustituya; que extremen diligencia en el reparto de impuestos entre los vecinos, con apoyo de los regidores; que se ocupen, en cada ayuntamiento, de preservar la obligación de un libro de acuerdos firmados por ellos y que vigilen a los escribanos, haciéndoles respetar rigurosamente los aranceles.

A cada incumplimiento de funciones se le asigna un castigo, demostrando el hecho de explicitar las prácticas incorrectas con tanto detenimiento que debía ser frecuente que estos funcionarios *—todos—* aprovecharan los privilegios de su puesto, lo que el Corregidor Santos de Sampedro quería atajar.

Un capítulo importante es el destinado al reparto de impuestos, en el que se ha de extremar el escrúpulo. Junto con dos regidores deben lo jueces (juez hidalgo y juez labrador) marcar lo que a cada feligresía corresponde pagar, dejando constancia de ello en un libro de acuerdos (libro trascendental si leemos que la negligencia en su archivo y orden genera serio castigo para el escribano infractor), que debe ser particular para este caso. El reparto ha de hacerse teniendo en cuenta el caudal de cada vecino, y los desacuerdos han de dirimirse ante el juez del concejo.

Los siguientes títulos, siete, ocho, nueve, diez y once, están circunscritos en un ámbito distinto, el de la promoción de la riqueza y bienestar del país.

Con el título séptimo se cambia la preocupación del “legislador”, tocando a los asuntos de mejora de la actividad económica y el abastecimiento de la población. **El título séptimo de la saca de escanda, maíz y otros frutos del Principado** es muy importante y recoge acuerdos de la Junta General —uno muy significativo de 1658— por los que se prohíbe exportar por mar, o de cualquier forma, escanda, siempre que la producción no asegure las necesidades. La escasez era frecuente con lo que muy poco remanente debía quedar para el comercio exterior. Se encarga al corregidor velar por este cumplimiento. Se prohíbe absolutamente el tráfico externo con maíz, haba y panizo, básicos *para el mantenimiento de la gente pobre*. Sí se permite cambiar mercancías con los navíos que traen otras, pero que las que se cambien sean de menor urgencia para el alimento de los naturales; limón, naranja (ambos escasos y de mala calidad en Asturias), avellanas, nuez y castañas. Para que conste que estas limitaciones no son caprichosas se acude a confirmaciones reales, refiriendo a los correspondientes documentos antiguos en la mayoría de ellas.

La persecución del contrabando, con la compra ilegal de estos productos, se endurece con penas de pérdida de *escanda y embarcación... y destierro por seis años de todo el Principado*. Un dato que demuestra cómo el comercio marítimo preocupaba más que el terrestre, es que en éste la vigilancia y la prohibición era menor. Y es que por mar se podían transportar mayores cantidades y más rápidamente que en caballerías obligadas a sortear obstáculos geográficos difíciles.

El título octavo, más extenso que el anterior, es *de la conservación de los términos y pastos comunes de los plantíos* y está destinado a establecer medidas de conservación del patrimonio de los concejos en terrenos comunales, un patrimonio muy atacado cuando escaseaba la tierra, el minifundio hacía que los terruños apenas pudieran servir para el sustento campesino y los desfavorecidos —pero con esa excusa no sólo ellos— sintieran la necesidad de apropiarse de los bienes comunales.

En este apartado respetan las Ordenanzas viejas tradiciones (*ordenanza antigua y costumbre deste Principado*) al confirmar que estos bienes puedan beneficiar a los pobres, a quienes se permite cercar y labrar una cierta superficie por cuatro años, respetando las servidumbres de paso, fuentes, ríos y propiedades colindantes. Pero ha de tener claro que la propiedad se reserva al concejo y los oficiales han de cuidar que no se produzcan apropiaciones indebidas y una vez transcurrido el tiempo de usufructo éste revierta a propiedad concejil. Así pues los oficiales deben vigilar que nadie venda como suyo un terreno comunal. Por este motivo las cesiones deben ser públicas para que todos los vecinos conozcan los términos en que se hacen y, si es el caso, puedan oponerse.

Resulta significativo comprobar cómo estas propiedades sirven para múltiples funciones. Se permite, previo pago de un canon anual y conformidad del vecindario, que los recién casados o nuevos vecinos sin recursos puedan tener dónde construir su casa y tener un huerto o tierra de labor.

Lo mismo sucede con los árboles plantados en terrenos comunales, que aunque el árbol y fruto son del plantador la propiedad del suelo permanece del concejo. La plantación de árboles y la conservación de los bosques es una actividad que se incentiva para contrarrestar la deforestación. En esto se constata el beneficio para la economía regional por cuanto los árboles son básicos para construcción familiar e industrial (barcos, por ejemplo), fuente de energía, etc. La tala de árboles estaba penada si no mediaba permiso de los oficiales locales y además se establecía la obligatoria reposición mediante nuevas plantaciones. Son estas Ordenanzas de 1659 recurrentes al esgrimir otras más antiguas para regular estos aspectos económicos. Y en cuanto a este importante asunto de los plantíos se reitera la limitación de cortar desordenadamente árboles en las cuatro leguas de la costa del mar (sin duda muy atacada por la necesidad de madera para la construcción de barcos); pero la prevención se extiende a todo el Principado, a excepción de los lugares de montaña *donde aya mucha sobra de montes*. Que la situación debió ser dramática lo demuestran las medidas de reforestación; a cada vecino le tocará plantar entre noviembre y diciembre de cuatro a seis árboles y los jueces de los concejos girarán visitas en primavera para comprobar el cumplimiento. Además se ataja otro mal extendido como es el quitar las cortezas a los árboles para confeccionar suela de calzado; aquí el castigo también es grave pues se prevé el destierro del Principado por cuatro años y una considerable multa.

Para evitar el expolio de los terrenos comunales y baldíos se manda hacer un apeo periódico (uno en cada corregimiento) y relata cómo confeccionar este inventario por feligresías, distinguiendo las tierras de labor, las de pasto, de monte, los plantíos, anotando en su caso los vecinos que llevan las explotaciones, años de uso, tiempo de reversión al concejo, etc., advirtiendo, en caso de construcciones no autorizadas por los ayuntamientos en tierras comunes, que si bien éstas no se demolerán para evitar perjuicios, sí se gravarán con un canon anual que el beneficiario deberá hacer efectivo. Y para que de todo quedé constancia se guardarán los documentos en el archivo del concejo. Para estimular el celo de los jueces regidores y escribanos encargados se les asigna un sueldo por día de trabajo en el apeo.

El título noveno, de la guarda de los papeles que tocan al Principado en común y de los que tocan a la ciudad de Oviedo, y en particular a cada Concejo debe incluirse aquí, porque se estaba viendo en la propia redacción de las Ordenanzas la importancia que tenía la organización de un Archivo en cada concejo para

preservar sus propios derechos. Es pues un capítulo más, nada despreciable, del fomento de la riqueza. Debe haber llaves, tres, de un archivo en el que se debe redactar inventario actualizado del contenido. En él se custodiarán todos los papeles que importen, como pleitos, privilegios, documentos de hacienda, bienes, fábrica de caminos, cofradías (la más destacada la ya mencionada de Santa Eulalia), etc. Y en caso de no disponer de originales han de redactarse copias fidedignas.

A un lamento significativo, por los perjuicios que hasta la fecha se han derivado del descuido de los papeles, sigue el nombramiento de un regidor archivero con salario y obligaciones, con exigible celo profesional y con castigo para la negligencia. Aunque al que se refiere esta ordenanza es al Archivo del Principado y de la ciudad de Oviedo, luego habla de la obligación de mantener un archivo en todos los concejos y que si éstos no pueden traigan los papeles al de la ciudad de Oviedo.

El **título diez**, *del Ayuntamiento de la ciudad de Oviedo y concejos del Principado, Comisiones y semanas de los regidores, cuentas y administración de propios, fábrica de San Lázaro y pobres de la dicha ciudad*, parece, por el enunciado, tener un carácter más local, pero, como en el resto de los casos, muchas de las disposiciones dadas para la ciudad de Oviedo se aplican al resto del territorio del Principado. Así sucedió a fines del siglo XV con las Ordenanzas de Hernando de la Vega y con la definición y asignación de funciones a muchos oficios.

En este caso, la organización del ayuntamiento, la celebración de reuniones con periodicidad determinada, o extraordinarias cuando lo requieran asuntos urgentes, la celebración de las mismas en un lugar fijo y las obligaciones de los componentes son similares.

Así se enumeran los asuntos de policía de jueces y regidores, con visitas a carnicerías, tabernas y otros establecimientos destinados al abastecimiento de la población, multando a los que incumplieren las buenas normas. Y esto vale sobre todo para ciertos productos con los que los proveedores jugaban a sacar ganancias rebajando calidades. Tal era el caso del vino, para el que se fijan los lugares que pueden vender vino de Castilla, o local, sin que ambos se mezclen.

De ámbito más local, porque era en Oviedo donde se situaban los centros asistenciales, son las ordenanzas referidas al cuidado de la malatería, Hospital de pobres de San Lázaro —un barrio de la ciudad que aún conserva este nombre. Se establece el nombramiento de dos regidores comisarios y un mayordomo de rentas y visitas e inspecciones periódicas. Es este un asunto de trascendencia por ser establecimiento único en su género, con un médico que tiene que informar de la enfermedad y pobreza de los enfermos, para que se admita sólo a los pobres, salvo en caso de lepra que también se extenderá a vecinos que no quieran causar

contagio a su entorno. Se organizan las peticiones de limosna, incluso por pedigüños de encargo, las visitas del juez y médico, los libros registro de entrada y salida de enfermos, el destino de herencias de enfermos difuntos para mantener a niños expósitos (otro área de beneficencia importante, porque requería el contrato de amas de cría o familias de “acogida”). Para llamar a la voluntad ciudadana se traía a los expósitos el día de San Mateo (tradicional fiesta ovetense celebrada al concluir un jubileo religioso) y se los hacía desfilar por la ciudad, pidiendo los regidores limosna para su crianza.

El título once, último de estas Ordenanzas, se ocupa en detalle *del fiel del peso de la harina en la ciudad de Oviedo, y orden que se ha de tener en él con los molineros, que llevaren pan en grano, y lo devolvieren en harina*.

Se trata nuevamente de unas normas de prevención del fraude a través de la regulación de pesos y medidas oficiales. El oficial –fiel– a quien se le encomienda esto debe tener guardadas las pesas, el sello y los cuadernos en que se anoten la escanda que se lleva al molino y la harina que se trae, obligatoriamente. Se llevará un registro de incidencias por cada molinero.

Las balanzas y pesas serán custodiadas. En la casa del peso no se consienten armas, para evitar las intimidaciones. Deben sellar los sacos de harina, una vez comprobado que corresponden con el cereal previamente pesado, y éstos se entregarán de inmediato a los dueños. El encargado de los pesos y medidas tendrá autoridad para perseguir delitos relacionados con su oficio. Asegurará el servicio rápido de los molineros. Se ocupará de la inspección de los molinos para que estén limpios y también que en el transporte el grano no sufra daño, previniendo taparlo si llueve (una previsión lógica en Asturias). Advierte reiteradamente esta ordenanza la necesidad de que todo el grano destinado al molino sea pesado antes y después, y que se castiguen los incumplimientos a todas las normas. La diversidad de variables (las dichas y otras como que no se manipule la balanza, que no se pese harina húmeda) que se contemplan, el horario amplio para pesar, la fijación de salario del molinero, las multas graves (incluso de cárcel) establecidas por su inobservancia, indican cuán importante era la ordenación de esta mercancía, base de la alimentación de la población, además de fuente de ingresos públicos por impuestos varios. Por supuesto del mismo modo que las previsiones en corregir desviaciones ocupan un buen espacio, también lo que los molineros deberían cobrar por su trabajo.

En este último título, como en algunos anteriores, o parte de ellos, se anota al final, como coletilla, que deben guardarse estas “leyes” por el bien común y el beneficio de la república, indicando a continuación la fecha en la que se dictaron. Esta última, de regulación de pesos y medidas y del comercio de la harina, es de 1651, ocho años anterior a estas ordenanzas que la incorporan.

Estas Ordenanzas de Lorenzo Santos de Sampedro finalizan con un apéndice pormenorizado del Arancel de los derechos que han de llevar los jueces y escribanos de este Principado en todas las causas que ante ellos se pasaren, formando realmente una lista de precios “oficiales” muy minuciosa en función de cada trabajo.

Hasta aquí el resumen del contenido de las Ordenanzas de 1659. Cada título, o grupo de ellos, requeriría un análisis en solitario. Por ejemplo los dos capítulos iniciales sobre organización, composición y funciones de la Junta General y sus Diputaciones son muy interesantes para conocer los grupos territoriales y de poder, así como los vicios frecuentes que aquejaban aquella institución, trasunto, sin duda, de las relaciones entre poderosos. Los capítulos dedicados a los oficios múltiples (corregidor, merinos, regidores, jueces...) sirven para distinguir cómo se estructuraba la administración en sus distintos niveles y las competencias, así como para ver la complejidad de un aparato burocrático que empezaba a definir tareas en aras de un mejor gobierno. Intención buena que chocaba con frecuentes corruptelas. Los apartados referidos a la promoción económica facilitan la comprensión de las limitaciones de una Asturias marginal y pobre que debe cuidar sus pocos bienes aún cerrándolos al comercio, pero también que lucha por romper la marginalidad cuidando sus comunicaciones (la necesidad de llevar libros de fábrica de caminos y arreglo de puertos y los muchos recursos en ello empleados corroboran esta prioridad).

Después de estas Ordenanzas compiladas, se intentaron aún otras dos “codificaciones” en 1781 y 1805 que no llegaron a buen puerto y ello porque en el siglo XVII la influencia de la Junta General del Principado de Asturias se vio mermada.

La decadencia de la Junta General como institución la sitúa Tuero Bertrand, en una explicación no rebatida hasta la fecha, tras la puesta en marcha de la Audiencia creada por Real Cédula fundacional en 1717 y cuyo primer regente fue José Antonio de Cepeda, su gran valedor¹⁷. De la importancia del regente da idea, hasta muy avanzado el siglo XIX, el personaje de la Regenta, en la famosa novela de Clarín, aunque ya éste estaba también en decadencia en sus funciones de gobierno por entonces atribuidas a la Diputación y dejando al regente en la Audiencia con su función jurisdiccional.

En 1835 la nueva organización territorial provincial había hecho desaparecer la venerable *Junta General* que queda como autora de un gran fondo documental que permite conocer la Historia Moderna del Principado de Asturias en la que fue pieza clave.

Oviedo, febrero de 2005

17 Sin duda Tuero tomó esta conclusión después de haber leído nuestro manuscrito (el de la BNE que he utilizado) y el texto que literalmente dice eso. Véase pág. 6 este trabajo.

UN DOCUMENTO DEL SIGLO XVI SOBRE LOS PROBLEMAS DEL GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN DEL PRINCIPADO

JUAN URÍA MAQUA

El gobierno y administración del Principado de Asturias, cuyo soporte y funcionamiento tuvo como base sus dos instituciones claves como lo fueron el Corregidor y la Junta General, se nos presenta en pleno siglo XVI con serios problemas derivados fundamentalmente de una serie de irregularidades y abusos que cometían algunos de los encargados de la administración, a la hora de hacer llegar a los distintos concejos y villas del Principado las directrices y ordenanzas que emanaban de la Corte o de la Junta General, sobre todo en aquellos lugares más apartados.

Fue en pleno reinado del monarca Felipe II, y más concretamente en los años setenta del siglo XVI, cuando las autoridades del Principado tomaron conciencia de la necesidad de atajar aquellas irregularidades y abusos, proponiendo ante la corte, entre otras cosas, una serie de reformas de la Junta General dirigidas a mejorar su funcionamiento. La propia corte ya nos muestra su preocupación en relación con los problemas del gobierno del Principado, cuando el año 1572 Felipe II, por Real Provisión, otorgó al corregidor las mismas competencias que tenían los Alcaldes Mayores de los adelantamientos de Castilla, Campos y León, para poder intervenir en los cotos y lugares de jurisdicción señorial, tanto laicos como eclesiásticos, en asuntos de carácter criminal, pues con frecuencia los malhechores se refugiaban en aquellos lugares con el amparo de los propios señores escapando a los dictámenes de la justicia ordinaria¹. No obstante, será en el verano de 1574 cuando el procurador Hernando de Salas², en nombre de los concejos y vi-

1 La Provisión en Archivo General de Simancas, Registro General del Sello (en adelante A. G. S., R. S.), Madrid 7 de octubre de 1572; en el documento se hace referencia a una provisión anterior de fecha 21 de julio de 1567, dando ciertas competencias al corregidor para intervenir en señoríos jurisdiccionales, pero las de los alcaldes mayores de Castilla, Campos y León le serán otorgados en la de 1572. También transcribe la provisión G. M. de Jovellanos en «Colección de Asturias», T. II, pp.181-182, Madrid 1949, aunque la fecha del documento es de 12 de septiembre de 1578, y la referencia a la provisión anterior de 21 de julio de 1577, en lugar de 1567, seguramente por una mala lectura.

2 En el documento se le dice vecino de Salas, y aunque no parece que sea el hermano y testamentario del arzobispo Valdés Salas, de nombre también Hernando de Salas, pues no se dice aquí que fuera canónigo y el hermano del arzobispo lo era, es probable que fuese pariente del Inquisidor General.

llas del Principado, lleve a cabo cerca de la corte de Madrid una serie de gestiones con el fin de poner coto a algunos de los males que afectaban al buen funcionamiento de la administración del territorio.

En su gestión cerca de la corte, el procurador asturiano atenderá prioritariamente a los problemas que atañen a la máxima institución del gobierno del Principado, es decir, a la Junta General, denunciando algunos de sus vicios y proponiendo una serie de reformas en su composición y funcionamiento con el fin de atajarlos, que se contienen en un interesantísimo documento del Registro General del Sello del Archivo de Simancas que transcribo íntegro al final de este artículo, y al cual me remito; pero además, Hernando de Salas, en su gestión, denuncia algunos abusos que cometían las autoridades del Principado a la hora de ejercer sus funciones, y a los que quiero referirme, aunque sea brevemente, antes de hacer la transcripción del documento citado objeto fundamental de este artículo, pues nos ponen en conocimiento de algunos de los problemas concretos más acuciantes que incidían negativamente en la administración del Principado.

Estas denuncias que el procurador asturiano hizo ante la corte, se contienen en tres documentos del Registro General del Sello del Archivo de Simancas. Por orden cronológico el primero de los tres está fechado en Madrid a 15 de julio de 1574, y se trata de una carta del monarca Felipe II al corregidor del Principado en la que le pide información sobre los abusos que cometen los alguaciles a la hora de rematar el cobro de sus actuaciones, pues el procurador general Hernando de Salas, en nombre de dicho Principado y de los vecinos, concejos y villas de él, le había hecho relación por su petición que dichos alguaciles además del diezmo que les correspondía por realizar las correspondientes ejecuciones, cobraban otros derechos, al tiempo que retrasaban el envío de los autos de dichas ejecuciones en perjuicio de los vecinos de dicho Principado. El procurador solicitaba a la corte diese las órdenes oportunas para que aquellos funcionarios no cobrasen otro derecho que el que les correspondía del diezmo, y además que enviasen a los correspondientes archivos los autos en el plazo de dos días tras realizarse la ejecución.³

El segundo de estos tres documentos es a mi juicio el más interesante, pues refleja los desórdenes e irregularidades que se producían en torno a la gestión económica del quizás mayor problema a resolver por las autoridades del Principado, como lo era el de las precarias comunicaciones del territorio con carácter general. Este documento es de fecha en Madrid a 21 de agosto de 1574, y se trata de una Provisión del monarca Felipe II dirigida al corregidor del Principado, en torno a buscar soluciones para acabar con las irregularidades que se cometían a la hora

3 A. G. S., R. S., Madrid, 15 de julio de 1574.

del cobro y administración de los dineros recaudados por el sistema impositivo de la sisa —o impuesto sobre la venta de ciertas mercancías, sobre todo del vino— y otros repartimientos, con destino a obras públicas, y fundamentalmente de caminos y puentes. Según la información que el procurador Hernando de Salas hizo ante la corte y que el monarca trasladaba al corregidor en la provisión, *de veinte quatro años a esta parte algunas personas avian benido en nombre del dicho prinçipado ante los del nuestro consejo a pedir liçençia para hechar sisa y haçer rrepartimientos para haçer puentes y camynos. y por ynteligençias que auian tenydo con los corregidores que abian seydo en ese prinçipado los abian nombrado por cobradores de las dichas sisas y rrepartimyentos y abian cobrado mucha cantidad de marauedis sin aver hecho el efeto para que se rrepartieron y avn algunos dellos eran falleçidos sin haçer rrestituçion. y aunque en su testamento lo hubiesen mandado haçer sus herederos lo auian disimulado*. En fin, el procurador del Principado pedía al monarca se hiciese información al respecto, y apremiase a los directos responsables de aquellas acciones, o en su caso a sus herederos, para que devolviesen lo así cobrado.⁴

Por otra parte, el procurador, suplicaba al monarca que ordenase al corregidor hacer un arca con tres llaves, una en poder suyo del corregidor se entiende, otra en poder del obispo⁵, y la tercera en el de una persona nombrada para tal efecto por el Principado, en la que se depositarían los maravedís que se recaudaban para obras públicas, pues hasta ahora se depositaban *en personas veçinos de la çiudad de oviedo, los quales lo procurauan de tal manera que trayan pleitos sobre quien auia de ser tal depositario a fin de aprouecharse como hasta aqui lo auian fecho*. El dinero así depositado en el arca, no podría emplearse más que para caminos, puentes y otras obras públicas, y con el consentimiento conjunto de los tres poseedores de las llaves.

Vistas estas peticiones en el Consejo Real, el monarca, por su Provisión, ordenaba al corregidor lo siguiente: en relación con la primera de las dos, que hubiese la información correspondiente, conminando a las personas que hallase culpables, o en su caso a los herederos, a que devolviesen los dineros que habían recaudado de las sisas y que no habían sido gastados en el efecto para el que se ha-

4 Ibidem..., « », 21 de agosto de 1574

5 Sobre el protagonismo en estos años del obispo Gonzalo de Solórzano y del corregidor Diego de Sandoval en asuntos y negocios del Principado, es bien significativo el hecho de que en marzo de 1574 fuesen nombrados para formar parte de la comisión que habría de llevar las gestiones para la realización del edificio de la Universidad de Oviedo, junto con el testamentario Diego de Valdés. Los tres firmarán el acuerdo en junio de este mismo año para la realización de dicho edificio, con el maestro de Cantería Rodrigo Gil de Hontañón. Ver Archivo de Chancillería de Valladolid, Pleitos Civiles, Cevallos Escalera (F), c. 1329-5. Vaya aquí mi agradecimiento a la profesora M^a Ángeles Faya quien me proporcionó este documento.

bían recaudado, dineros que se depositarían en una persona «llana y abonada» para ser destinados a las obras correspondientes. En cuanto a la segunda, que según veíamos se refería al arca con tres llaves, el monarca pedía al corregidor del Principado información al respecto para que el Consejo decidiese lo más conveniente⁶.

El tercero y último de los tres documentos de referencia, está fechado en Madrid a 27 de agosto de 1574, y en él Felipe II se dirige al tesorero o receptor de los encabezamientos del Principado, exceptuando las «Cuatro sacadas», informándole de la petición que ante la corte había hecho el procurador Hernando de Salas, en relación con las irregularidades que en las villas y concejos asturianos se cometían a la hora del cobro de dichos encabezamientos y fundamentalmente de las alcavalas⁷.

Y a continuación, sin otro comentario, paso a transcribir íntegramente el documento que según decía más arriba se refiere a la situación de desgobierno general que parecía presentar el Principado por aquellos años, y fundamentalmente a las propuestas que el procurador Hernando de Salas, en nombre de la Junta General, hizo a la corte tratando de remediar la crisis.

Don Phelipe etcr..., a uos el nuestro corregidor del Prinçipado de Asturias de Ouiedo o vuestro lugarteniente en el dicho ofiçio, e a cada vno de uos a quien esta nuestra carta fuere mostrada salud y graçia. Sepades que Juan de Guzman , en nombre de Hernando de Salas procurador general desse Prinçipado, y en nombre del dicho prinçipado, villas conçejos y veçinos dellas, por lo que tocaua y conbenia al bien de todo el dicho Prinçipado, nos hizo relaçion diçiendo que asta aora en el dicho prinçipado auia auido negligencia y descuydo en hordenar las cosas y negoçios que conçernian al bien de la republica, y auian pasado por vsos y estilos sin auturidad ni mandato nuestro, bariandose estas cosas muy hordinariamente por faltar horden acordada, de que auian rresultado muy grandes daños e ynconbenientes que auian puesto el dicho Prinçipado en terminos de tan gran perdiçion que, como cosa tan dañossa y que no se podia tolerar, se auia acordado e mouido todo el dicho Prinçipado a nos dar quenta dello, e nos pedir e suplicar lo que conbiene y es neçesario para el remedio vniuersal. Y lo que mas prinçipalmente auia que rremediar hera que en ese dicho Prinçipado auia treynta villas sin otros conçejos e sin la çiudad de Ouiedo,

6 Ibidem.... Madrid, 21 de agosto de 1574

7 « ... Madrid, 27 de agosto de 1574

que algunos dellos estauan a diez e ocho e a veynte leguas de la dicha çiu-
dad y otros menos, en los quales auia pueblos de gran beçindad. Y por cau-
sa de ser la tierra pobre y no tener propios, y estar tan derremados y des-
biados los dichos conçejos de la dicha çiu-
dad a donde vos y el obispo de-
lla residades con vuestras audiencias, auia muy gran deshorden en haçer
y hordenar las cosas y negoçios generales de todo el dicho Preuçipado y
particulares de cada conçejo; porque la dicha çiu-
dad, sin horden, liçençia
y mandato nuestro, e sin llamar las dichas villas e conçejos, e sin comuni-
carles cosa alguna que les tocasse, se entremetia por su propia autoridad ha
açer los repartimientos de las terçias y alcaualas, y de los seruuiçios hordi-
narios y estrahordinarios, y de sisas generales y particulares, sin guardar la
horden de las leies del encaueçamiento ni seruuiçio, ni otra cosa alguna de
lo que heran obligados. Y haçian repartimientos so color de rreperar cami-
nos e puentes y edefiçios y otras cosas neçesarias, por todo el dicho Preuçi-
pado, por los quales de todo punto rreleuan a la dicha çiu-
dad e su conçejo
e tierra y cargan e agrauian demasiadamente a las otras villas e conçejos,
de manera que benia la dicha çiu-
dad e su tierra a no pagar de quarenta par-
tes vna de lo que paga el dicho Prinçipado. De lo qual tambien se seguia
que deuiendo cometer la execuçion y cobrança y administraçion de los di-
chos rrepartimientos a las propias villas y conçejos, para que en cada vna
se hiçiesen y diputasen personas para ello, no lo haçian assi, si no que los
del ayuntamiento de la çiu-
dad se nonbrauan vnos a otros por alguaçiles, y
ellos y otras pesonas yban con baras de justiçia y salarios muy cresçidos a
costa del dicho preuçipado, y andauan por todas las dichas villas e conçe-
jos con achaque de executar los dichos negoçios; e haçian muy grandes
molestias e bejaçiones lleuando los dichos salarios y causando costas y
gastos en gran suma e cantidad. Que todo hera en daño y destruyçion de
las dichas villas y conçejos por ser como hera gente muy pobre, y lo sen-
tian mucho biendo que les lleuauan sus haçiendas sin causa ni rraçon al-
guna. Lo qual todo se rremediaría conquel dicho preuçipado pudiese non-
brar vna o dos personas que no fuesen naturales de la dicha çiu-
dad ni su
conçejo, para que estos fuesen procuradores generales del dicho preuçipa-
do por el tienpo que paresçiese a la Junta del, al tienpo que los eligiesen.
Los quales tuuiesen cargo de seguir e pedir todo lo que conbiniese a las di-
chas villas y conçejos e rrepublicas, e informasen e diesesen notiçia a los
nuestros corregidores e sus tenientes, de los agrauios que hiçiesen los
jueçes, alguaçiles, rregidores e otras personas, e mirasen por los pobres, e
hiçiesen todo lo que conuiniese al bien del dicho Preuçipado. E que estos
procuradores rresidiesen en la çiu-
dad de Ouiedo con algun comodo sala-

rio, y asistiesen e se hallasen presentes en los ayuntamientos e juntas que se hiçiesen en la dicha çuadad e su rregimiento, para lo qual fuesen llamados; y se les diese asiento en los dichos ayuntamiento e juntas con la justiçia e rregidores; e que se allasen a todos los rrepartimientos que se hiçiesen tocantes al dicho Prinçipado, asi de terçias y alcaualas, e seruiçios hor dinarios e extrahordinarios, como de sisas y otra qualquier cosa en que viuesen de contribuir qualesquier villas, conçejos e veçinos del dicho Preuçipado. Y que quando se tratase de haçer rrepartimientos de alcaualas y seruiçios, la dicha çuadad de Ouiedo no los pudiese haçer sin llamar de cada villa y conçejo vna persona que asistiese y estuuiese presente en nombre de su conçejo, pues hera conforme a lo dispuesto por las leies de nuestros rreynos, los quales adbirtirian e pedirian lo que conbiniese para que los dichos rrepartiemientos se hiçiesen bien y justamente. Y que cada y quando se tratase de sacar prorrogaçion de jurisdicçion para los nuestros corregidores del dicho Prinçipado, siendo cosa que tocava general e particularmente a todo el, e a sus villas e conçejos e veçinos, esa dicha çuadad, sin llamarlos ni comunicarlos e sin tomar voto ni paresçer de nayde, ymbiauan por las prorrogaçiones; e por quanto todos los corregidores gouernauan de vna manera, sino que auia mucha diferençia de vnos a otros, e algunas vezes conbenia, antes que se prorrogase la dicha jurisdicçion, darnos cuenta de como el dicho corregidor auia gouernado, era neçesario presçisamente que quando esa dicha çuadad ouiese de ynbiar a pedir las tales prorrogaçiones, se hiçiese con la voluntad, consentimiento y paresçer de la Junta, diputados e procuradores del dicho Preuçipado; e que sin esto no se pudiese enbiar a pedir. Y que los dichos procuradores que ansi fuesen electos, tuuiesen cargo de yr y benir a esta nuestra corte y a la nuestra avdiençia y chançilleria de Valladolid, y a las otras partes que fuese neçesario, a seguir los dichos pleitos e negoçios que tocasen y conbiniesen al dicho Preuçipado, y que pudiesen salariar letrados y procuradores para el seguimiento de los dichos pleitos y negoçios. Y que las ydas y benidas de los tales procuradores fuesen quando y como, y para los negoçios del dicho Preuçipado que paresçiere a la Junta General del, o a la particular de los diputados. Y que en la primera Junta General que se hiçiese por el dicho Preuçipado, se nombrasen quatro personas que fuesen vezinos de las dichas villas e conçejos, por diputados, para haçer quando fuese neçesario, las mismas juntas y negoçios que la Junta General auia de haçer, en presençia e con asistenciã del nuestro corregidor del dicho Preuçipado. Y porque los salarios de los dichos diputados auian de ser forçosos, y los del procurador general, letrados e procuradores del nuestro Consejo e Chançille-

ria, y los gastos de los pleitos y negoçios del dicho Prinçipado, y porque en él no auia propios, era nesçesario que se diese liçençia e facultad para rrepartir lo que fuese menester para lo susodicho entre los vezinos de las villas y conçejos del dicho Prinçipado, e para echarlos por sisa en los mantenimientos o como mejor paresçiese. Y porque este hera negoçio que en el dicho Prinçipado se auia conferido e tratado muchas y diuersas vezes, nesçesitados de los acaesçimientos que auia auido, y con gran acuerdo tenian por çierto que era lo que conbenia para el rremedio del dicho Prinçipado, nos pidio e suplico mandasemos que de aqui adelante se hiçiese e proveyese en el dicho Preuçipado segun y como por su parte se pedia, porque esto hera lo que mas conbenya al seruiçio de Dios Nuestro Señor y nuestro y bien del dicho Prinçipado, o que sobre ello proueyesemos como la nuestra merçed fuese. Lo qual visto por los del nuestro Consejo, fue acordado que deuiamos mandar dar esta nuestra carta para uos en la dicha raçon; e nos tuuimoslo por uien, por la qual os mandamos que luego que con ella fueredes rrequerido, veays lo susodicho y agais juntar a Junta General la villa y conçejos dese dicho Prinçipado, y estando juntos confirais e platiqueis sobre todo lo contenido en esta nuestra carta, y rresçiuais los botos y contradiciones que sobre ella vuiere. Y esto echo, llamadas e oydas las partes a quien toca, ayais ynformaçion e sepais lo que çerca de todo lo susodicho ha pasado y passa; y que daños y enconbenientes se an seguido a causa de no auer auido hasta haora en el dicho Preuçipado los dichos procuradores y diputados, y si conbiene que los aya, y si con aberlos se escusaran; y que salarios seria bien se les diese en cada vn año, e a cuya costa; y si conberna demos liçençia para que se elijan e nonbren los dichos procuradores y diputados, y que hagan las cosas que por parte del dicho Prinçipado se piden, de que de suso se haçe minçion, y si de haçerse bendra o puede venir alguna vtilidad e prouecho, daño y perjuiçio, e a quien e por que causa e rraçon. E de todo lo otro que uieredes nesçesario auer la dicha ynformaçion çerca de lo susodicho, la ayais. La qual auida e la uerdad sauida, escripta en linpio e firmada de vuestro nombre, e sinada del escriuano ante quien pasare en publica forma y en manera que haga fee, juntamente con vuestro paresçer de lo que en ello se deua probeer, lo dad y entregad a la parte del dicho Procurador General para que lo pueda traer e presentar ante los del nuestro Consejo; y por ellos visto prouean lo que conbenga. E no fagades ende al so pena de la nuestra merçed e de diez mill marauedis para la nuestra camara. So la qual dicha pena mandamos a qualquier nuestro escriuano para esto rrequerido, os la notifique e dello de testimonio para que nos sepamos como se cumple nuestro mandado. Dada en

Madrid a doze dias del mes de julio de mill e quinientos y setenta y quatro años. D. episcopus segobiensis. El liçençiado Pero Gasco. El liçençiado Fuenmayor. El doctor Françisco de Auedillo. El doctor Domingo de Cardenas Çapata.

Jorge de Olalde Bergara.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL
SOBRE LIBERTADES PÚBLICAS 2004:
CASOS Y REGLAS

Coordinador

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN

LEONARDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Oviedo.

M^a JOSÉ BOBES, JAVIER GARCÍA LUENGO

Profesores de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo.

LUIS ANTONIO FERNÁNDEZ VILLAZÓN, ÁNGELES CEÍÑOS SUÁREZ

Profesores de Derecho del Trabajo. Universidad de Oviedo

M^a DOLORES PALACIOS GONZÁLEZ, LUZ M^a GARCÍA

Profesoras de Derecho Civil. Universidad de Oviedo.

SUMARIO

ACUSACIÓN PARTICULAR.....	192	LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	214
ALCOHOLEMIA.....	192	LIBERTAD RELIGIOSA.....	215
ANULACIÓN DE SENTENCIA.....	192	LIBERTAD SINDICAL.....	215
ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA.....	193	MENORES.....	217
ASISTENCIA LETRADA.....	193	MOTIVACIÓN.....	217
CADUCIDAD.....	194	NOTIFICACIÓN.....	220
COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD.....	194	PARLAMENTARIO.....	221
COSA JUZGADA.....	194	PENITENCIARIO.....	221
DEMANDA.....	195	PENSIÓN DE VIUEDEDAD.....	223
DERECHO A CONOCER LA ACUSACIÓN.....	196	PLANES DE PENSIONES.....	223
DERECHO AL HONOR.....	196	PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN.....	224
DERECHO DE ASOCIACIÓN.....	198	PRESCRIPCIÓN DEL DELITO.....	224
DERECHO EXTRANJERO.....	199	PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO.....	225
DILACIONES INDEBIDAS.....	199	PRISIÓN PROVISIONAL.....	225
DOMICILIO.....	200	PRUEBA.....	227
EJECUCIÓN.....	201	PUBLICIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES.....	231
ELECCIONES.....	202	RECONOCIMIENTO MÉDICO.....	231
ELECCIONES SINDICALES.....	203	RECURSO DE ACLARACIÓN.....	231
EMPLAZAMIENTO.....	203	RECURSO DE AMPARO.....	232
ERROR ARITMÉTICO.....	204	RECURSO DE APELACIÓN.....	234
ERROR MANIFIESTO.....	205	RECURSO DE CASACIÓN.....	237
EXTRADICIÓN.....	205	RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.....	239
GARANTÍA DE INDEMNIDAD.....	206	RECURSO DE QUEJA.....	240
HABEAS CORPUS.....	207	RECURSO DE SUPPLICACIÓN.....	241
IGUALDAD ANTE LA LEY.....	207	RECUSACIÓN.....	241
INCAPACIDAD.....	208	RETRACTO.....	241
INCONGRUENCIA.....	208	SALARIO.....	242
INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRÁFICO.....	210	SANCCIONES ADMINISTRATIVAS.....	242
JUEZ COMPETENTE.....	211	SEGUROS PRIVADOS.....	243
JUEZ IMPARCIAL.....	212	SUSPENSIÓN DE CONDENA.....	244
LEGALIDAD.....	212	TRABAJADORA EMBARAZADA.....	244
LEGITIMACIÓN.....	213		

ACUSACIÓN PARTICULAR

La prohibición del ejercicio de la acción penal en calidad de acusación particular a un militar contra sus superiores jerárquicos vulnera los derechos a la igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva: STC 107/2004; BOE 180, STC 119/2204; BOE 193.

En el primer caso el recurrente, guardia civil, no pudo personarse como acusador particular, en el sumario abierto por el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 32 como consecuencia de su denuncia contra un superior por la presunta comisión de un delito de abuso de autoridad. La razón estriba en que en los artículos 127 de la Ley Orgánica Procesal Militar y 103 de la Ley Orgánica de competencia y organización de la Jurisdicción militar, se prohíbe el ejercicio de la acusación particular a un militar contra otro cuando exista relación jerárquica ente ambos. Se estiman lesionados los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo (VP disidente: Conde Martín de Hijas).

En segundo el caso el Juzgado Togado Militar Territorial núm. 52 de las Palmas de Gran Canaria denegó la solicitud del soldado MPTM, Víctor Manuel Franco Carrero, de que se le tuviera como parte, con el carácter de acusación particular, en el sumario abierto contra otros militares por supuestos malos tratos hacia él. La decisión del Juzgado se basaba en los artículos 127 Ley Orgánica Procesal Militar y 103 de la Ley Orgánica de competencia y organización de la Jurisdicción militar, por ser los inculpados superiores jerárquicos del ofendido. El recurrente considera vulnerados los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

ALCOHOLEMIA

La mera prueba positiva de alcoholemia no justifica la condena por un delito contra la seguridad del tráfico si en el proceso penal no se ha probado la influencia de la ingesta de alcohol en las facultades de conducción del condenado: STC 68/2004; BOE 120.

D. Gonzalo Torres Imaz interpone recurso de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Palma de Mallorca, confirmada por la Audiencia Provincial, que le condenaban por un delito contra la seguridad del tráfico sobre la base de haber dado positivo en la prueba de alcoholemia practicada en un control preventivo, pero sin haberse practicado en el proceso prueba alguna que acreditase la influencia que tal ingesta de alcohol provocó en sus facultades psicofísicas para la conducción de vehículos a motor. Se invoca el derecho a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

ANULACIÓN DE SENTENCIA

La destrucción fortuita del acta del juicio oral en un incendio del Juzgado no justifica que la Audiencia Provincial anule la Sentencia absolutoria dictada en primera instancia con orden de retroacción de actuaciones para celebrar un nuevo juicio: STC 4/2004; BOE 37.

D. José Luis Pizarro Villazán interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que anuló, en apelación, la Sentencia del Juzgado de Instrucción de Sevilla que le había absuelto de la falta de vejaciones injustas de la que había sido acusado, ordenando la retroacción de las actuaciones y la celebración de un nuevo juicio. Entendía la Audiencia que la destrucción del acta del primer juicio, provocada por un incendio en el Juzgado, le impedía revisar las declaraciones de las partes y testigos, y a los apelantes combatir la valoración probatoria de la instancia. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho al proceso con todas las garantías. El TC otorga el amparo.

ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

En un juicio de faltas, el acusado no puede solicitar el aplazamiento del juicio para poder comparecer asistido de Letrado de oficio si previamente no ha solicitado la asistencia jurídica gratuita: STC 215/2003; BOE 7.

En el caso se recurre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial, que condenó al recurrente en amparo –D. Antonio Autillo Pérez– como autor de dos faltas de lesiones, y que fue dictada sin atender la petición formulada por el acusado en el acto del juicio de que se aplazara el mismo para poder acudir asistido de Letrado de oficio, invocando al efecto la imposibilidad de solicitar previamente la asistencia jurídica gratuita por estar ingresado en un centro penitenciario y disponer únicamente de 4 días (de los que 2 eran festivos) para formular tal pretensión. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a la defensa. El TC deniega el amparo.

La fecha relevante a la hora de determinar si procede la reanudación del cómputo de plazos procesales tras la designación de letrado de oficio, no es la de nombramiento del citado letrado sino la de la efectiva notificación de dicho nombramiento al interesado: STC 219/2003; BOE 17.

En el asunto la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla inadmite el recurso contencioso interpuesto por el recurrente al considerarlo extemporáneo ya que no procedía la suspensión del plazo de recurso fundada en la tramitación del expediente de nombramiento de abogado de oficio puesto que dicho nombramiento se había realizado dentro del plazo de recurso. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La falta de respuesta del Tribunal ante el que se formula una petición de nombramiento de Abogado y Procurador de oficio, aún aquejada de defectos formales, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 187/2004; BOE 290.

En el caso, los recurrentes, que habían solicitado ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la designación de Abogado y Procurador para la formalización del recurso de casación, según el procedimiento del derogado art. 1708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no de conformidad con la ya vigente Ley 1/1996, de 10 de enero, sin obtener respuesta a su petición, acuden en amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contra el Auto que lo declara desierto y del que tuvieron conocimiento a través de la diligencia de ordenación notificada a quien había sido su procuradora en el proceso a quo. El TC otorga el amparo.

ASISTENCIA LETRADA

En un juicio de faltas, la comparecencia del acusado en el juicio sin asistencia de Letrado no produce indefensión si la autodefensa por él desarrollada no se revela insuficiente: STC 215/2003; BOE 7.

En el caso se recurre la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Madrid, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial, que condenó al recurrente en amparo –D. Antonio Autillo Pérez– como autor de dos faltas de lesiones, y que fue dictada sin atender la petición formulada por el condenado en el acto del juicio de que se aplazara el mismo para poder acudir asistido de Letrado de oficio. Ello motivó que tuviera que defenderse a sí mismo –al igual que las otras partes, que acudieron al juicio sin asistencia letrada–, coincidiendo las tesis mantenidas en su autodefensa con las de la defensa técnica de la que disfru-

to en segunda instancia. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a la defensa. El TC deniega el amparo.

CADUCIDAD

El plazo de caducidad previsto para la acción sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo sólo resulta exigible cuando la modificación pueda ser reconocida como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores: STC 126/2004; BOE 199.

En el caso, Don José Luis de la Calle Rodríguez, controlador aéreo de AENA, asumió en 1996, además, ciertas funciones docentes. Ante la decisión empresarial de dar por finalizada la encomienda de esas funciones antes del plazo inicialmente pactado, el trabajador presentó demanda por el proceso laboral ordinario, obteniendo sentencia favorable del Juzgado de lo Social nº. 33 de Madrid. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia declaró en suplicación la nulidad de las actuaciones por inadecuación del procedimiento, al entender que, pese a que la empresa no había cumplido ninguno de los requisitos formales del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, se trataba de una reclamación sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que debía tramitarse por su procedimiento especial. El actor, ahora recurrente en amparo, se queja, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva, de la sentencia del Juzgado que, en el nuevo procedimiento iniciado, declaró la caducidad de la acción, por haber sido inicialmente interpuesta fuera de los veinte días previstos en el proceso especial. El TC otorga el amparo.

COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD

El convenio colectivo no debe establecer una diferenciación en el cálculo del complemento salarial de antigüedad basándose, exclusivamente, en la fecha de entrada en la empresa: STC 27/2004; BOE 83.

En el caso, el convenio colectivo de la empresa MOHN SL había establecido, para los trabajadores ingresados después del 31 de enero de 1995, un complemento de vinculación regido por reglas diferentes al de antigüedad, que seguía reconociéndose a los trabajadores fijos que lo hubieran estado percibiendo a 31 de enero de 1995. El recurrente, trabajador de dicha empresa desde el 3 de enero de 1996, se queja, alegando su derecho a la igualdad y a la no discriminación, de la Sentencia del Juzgado nº. 18 de Barcelona que desestimó su pretensión de que se utilizasen para calcular su complemento de vinculación las mismas reglas que para los trabajadores más antiguos. El TC otorga el amparo (VP disidente Conde Martín de Hijas).

COSA JUZGADA

Un Tribunal no puede modificar la clasificación en el grupo A de unos funcionarios que les reconoció por sentencia firme cuando vuelve a enjuiciar la cuestión con motivo de una resolución de la Administración contraria a dicha clasificación, aunque la doctrina legal del Tribunal Supremo haya rechazado la interpretación que favoreció a dichos funcionarios: STC 204/2003; BOE 7.

En el caso los recurrentes, ocho maestros integrados en los servicios de apoyo del Ministerio de Educación y Ciencia en Cantabria, consiguieron que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria les reconociese, en sendas sentencias, su clasificación en el grupo A. Dicha clasificación fue alterada posteriormente por resolución de 22 de septiembre de 1997 de la Delegación en Cantabria de dicho Ministerio.

Recurrida dicha resolución en vía judicial, la misma Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria desestima el recurso al considerar la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de abril de 1999. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

DEMANDA

Exigir para la interposición de una demanda de despido por parte de un futbolista que éste desglose las relaciones contractuales de las que nacen sus derechos de imagen vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 203/2004; BOE 306.

En el caso, don Ángel Cuellar Llanos, interpuso una demanda por despido contra el Real Betis Balompié, que fue inadmitida provisionalmente. El juzgado que debía conocer del asunto remitió un escrito a don Ángel en el que ponía de manifiesto que el actor debía concretar algunos aspectos de la demanda. En concreto, se le exigía, entre otras cosas, determinar la naturaleza jurídica de los derechos de imagen. El demandante contestó al escrito mencionado, afirmando que la demanda cumplía los requisitos legales, sin perjuicio de ofrecer una respuesta diferenciada a cada una de las interrogantes planteadas por el juzgado. Finalmente el juzgado decretó a través de auto el archivo de las actuaciones, ante lo que don Ángel interpuso recurso de reposición que también fue desestimado, de lo que se queja alegando su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

No cabe inadmitir por extemporáneo el aval exigido como caución de la anotación preventiva de la demanda si previamente no se ha determinado judicialmente plazo alguno para la adopción de dicha medida cautelar: STC 213/2003; BOE 7.

La entidad Atkinje Española S.A. interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía solicitando como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda, a lo que accedió el Juzgado previa prestación de aval por 10.000.000 pesetas. Tras distintas vicisitudes procesales en relación a dicho aval (su elevación a 100.000.000 pesetas y la solicitud de su sustitución por bienes de los demandantes), la demandante procedió a su aportación, que fue inadmitida por Providencia de 5-9-01 al entender el Juzgado que había transcurrido con exceso el tiempo señalado para la anotación preventiva de la demanda, decisión que fue ratificada por Auto de 5-12-01. Se interpone recurso de amparo frente a ambas resoluciones invocando el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales, que se entiende vulnerado al no haberse indicado en ninguna de las resoluciones precedentes a las recurridas plazo alguno para la prestación de la caución. El TC otorga el amparo.

Una demanda de despido que se interpone fuera de plazo debido a un error que tiene su origen en la actuación de la Administración contra la que se interpone no puede ser desestimada: STC 154/2004; BOE 255.

En el caso, el recurrente, don Felipe Domínguez, que prestaba servicios como conserje en el colegio público Pardo Bazán a cambio del uso de una vivienda, fue despedido por no realizar correctamente las funciones que tenía encomendadas. En la resolución que se notificó a don Felipe se ponía de manifiesto que contra ella cabía interponer recurso de reposición ante el órgano que la dictó en el plazo de un mes o recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses, ambos a contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución. Don Felipe interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que dictó un auto en el que declaró su incompetencia para resolver de una reclamación por despido. Un mes después de la recepción de dicha notificación don Felipe presentó reclamación previa y demanda por despido ante la jurisdicción de

lo Social, que fue desestimada al considerar que el plazo para ejercitar la acción ya había caducado. En suplicación se adoptó la misma solución que en la instancia, de lo que el recurrente se queja alegando su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

DERECHO A CONOCER LA ACUSACIÓN

En una Sentencia de apelación penal no puede cambiarse el título de imputación de los hechos, de calumnia a injuria: STC 35/2004; BOE 83.

El recurrente, abogado, fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Jerez de la Frontera como autor de un delito continuado de calumnias con publicidad, en virtud de la querrela interpuesta por un Juez por las declaraciones que el demandante de amparo había realizado en el diario "Jerez información". En el proceso el Ministerio Fiscal no ejercitó la acusación. Interpuesto recurso de apelación y habiendo el Fiscal instado la absolución del condenado, la Audiencia Provincial de Cádiz revocó en parte la sentencia condenando al recurrente como autor de un delito de injurias graves continuadas. Se alega vulneración del derecho a no padecer indefensión, del derecho a la defensa y del derecho a conocer la acusación ya que la calificación de los hechos se modificó en la sentencia de apelación. El TC otorga el amparo.

DERECHO AL HONOR

La investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica: STC 43/2004; BOE 99.

En el caso, los recurrentes de amparo, hijos de un fallecido político catalán, dirigen su demanda contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que casó la dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimosexta, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Barcelona. Los solicitantes de tutela jurisdiccional aducen la lesión del derecho al honor de su padre, no reparado por las sentencias recurridas, por parte de la retransmisión en la Televisió de Catalunya, S.A., de un reportaje-documental titulado "Sumaríssim 477". En el mismo se relataba la condena a muerte de un sujeto por parte de un Consejo de Guerra en el que había participado el padre de los recurrentes. Estos, entienden que el reportaje incurre en una falsa apreciación de los hechos históricos suponiendo en ese sentido una lesión del honor de su padre. El TC deniega el amparo (VP. disidente: Jiménez de Parga y Cabrera García-Calvo y Montiel).

Para determinar si una información vulnera el derecho al honor no basta con aludir al carácter ilícito de su obtención sino que es necesario, además, que el contenido de la noticia sea contrario, por sí mismo, a aquél derecho: STC 54/2004; BOE 120.

En el caso, la revista "Claro" solicita la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que declara la existencia de una vulneración contra el honor del ex ministro Mújica Herzog. La noticia publicada se refiere a la posible utilización de su posición política para apoyar la concesión a una empresa privada de una lotería que iba a poner en marcha la Administración autonómica valenciana, hecho por el que en un Juzgado de Valencia ha abierto un procedimiento penal por un posible delito de tráfico de influencias, sometido a secreto sumarial. La noticia habría sido difundida por una periodista profesional recogiendo las declaraciones de dos personas, procedentes no sólo del procedimiento judicial sino también de las conversaciones mantenidas con ellos. A juicio de la recurrente la sentencia impugnada declara la existencia de vulneración del derecho al honor basándose ex-

clusivamente en la obtención ilícita de la información, en la medida en que sobre su contenido pesa el secreto sumarial, y sin tener en cuenta que la información relatada es veraz y sobre un personaje de trascendencia pública. Por ello entiende violado su derecho a la libertad de información. El TC otorga el amparo (VP. disidente: Jiménez de Parga y Cabrera y Jiménez Sánchez).

El periodista que califica de “sexual” el acoso comprobado en fuentes documentales atendiendo a las declaraciones de una concejal conocida de la víctima satisface las exigencias de comprobación de la veracidad de la información: STC 61/2004; BOE 120.

Los recurrentes en amparo, periodistas de “El Mundo de Valladolid” impugnan la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid que a su vez confirmó en apelación la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid que condenó civilmente a los demandantes de amparo al considerar que una noticia publicada en el periódico lesionó el honor de un guarda de seguridad. La noticia publicada daba cuenta de una denuncia por acoso sexual presentada ante la Fundación Municipal de Deportes por una monitora de natación del polideportivo municipal contra un guardia de seguridad. La sentencia impugnada entendió que los periodistas constataron la información consultando efectivamente las actas de la Fundación Municipal de Deportes; pero en las mismas nada se decía acerca del contenido “sexual” del acoso. Por ello la sentencia afirma que, no existiendo una mínima constatación de ese hecho, se habría producido una lesión del derecho al honor. Los quejosos entienden que el contenido sexual fue deducido de las declaraciones realizadas por una concejal, por lo que la condena a ellos impuesta habría constituido una lesión de su derecho a la información. El TC otorga el amparo.

La alcaldesa que difunde públicamente que un médico otorga diferente trato a los pacientes según la opción política de los mismos, basándose en denuncias y quejas de los usuarios, no lesiona el derecho al honor, porque la información es veraz y sobre un personaje de trascendencia pública: STC 115/2004; BOE 193.

La recurrente de amparo, alcaldesa de la localidad de Campos del Río, solicita la nulidad de la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, parcialmente estimatoria del recurso de apelación, y también contra la previamente dictada en primera instancia por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Murcia, que condena a la demandante de amparo por una falta de injurias. En los hechos reputados ilícitos, la demandante suscribió y firmó un escrito extendido en papel oficial del Ayuntamiento y dirigido a los vecinos de Campos del Río que ponía de manifiesto las presiones que sufrían los pacientes de un médico solicitándoles su voto. Estas declaraciones fueron posteriormente reiteradas en el programa “la Ventana” de la Cadena Ser. A juicio de la recurrente estas declaraciones, por las que fue condenada, constituyen un legítimo ejercicio de su libertad de expresión e información. El TC otorga el amparo.

Afirmar respecto de un concejal que “tú y otros dos más estáis en el Ayuntamiento por motivos personales y económicos” es una expresión sobre asuntos de interés público y que atañe a personas con relevancia pública por lo que, al no ser intrínsecamente vejatoria, no atenta contra el derecho al honor: STC 127/2004; BOE 199.

En el caso, el solicitante de amparo requiere la nulidad de la Sentencia del Juzgado de Instrucción núm.1 de los de Haro, que confirmó la dictada por el Juzgado de Paz de Santo Domingo de la Calzada, que condena al demandante de amparo como autor penalmente res-

ponsable de una falta de injurias. Las sentencias impugnadas han tomado en consideración únicamente el animus iniuriandi. Sin embargo, el recurrente entiende que en el caso no puede acudirse sólo a este elemento ya que sus expresiones se refieren a un personaje de trascendencia pública que ha de soportar las críticas vertidas hacia el mismo. El TC otorga el amparo.

La información que relata las presiones de un concejal a su asistente para que contraiga matrimonio con un presidiario, si es veraz, no vulnera el derecho al honor, en la medida en que la noticia se refiere a un personaje con trascendencia pública: STC 136/2004; BOE 248.

El recurso de amparo, interpuesto por una concejal del Ayuntamiento de Baza, se dirige contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en la que se desestimó la vulneración de su derecho al honor por la publicación en la revista "Interviú" de un reportaje sobre su relación con su sirvienta. En el reportaje, titulado "Marido te doy" con el subtítulo "Baza (Granada): Carmen Castellano, concejal del PP y abogada, coaccionó a su asistente para que se casara con un presidiario" se ponía de manifiesto, además de la existencia de dichas coacciones, su "relación victoriana" con la asistente, relatándose la obligación de esta de presentarle el correo en una bandeja y de servirle el té con guantes. A juicio de la recurrente, dichas informaciones constituyen una invasión de su derecho al honor. El TC deniega el amparo.

No constituye vulneración del derecho al honor la reproducción de una información que previamente, en numerosas ocasiones y por un largo periodo de tiempo, haya sido difundida por otros medios de comunicación sin ser desmentida por el agraviado: STC 171; BOE 279.

El sacerdote D. Román Landera Martín interpuso demanda sobre protección de su derecho al honor ante las informaciones periodísticas publicadas por el diario El Mundo los días 12 de julio de 1992 y 17 de febrero de 1993, en las que expresamente se le mencionaba como miembro del aparato económico de la organización terrorista ETA. El Juzgado de Primera Instancia de Bilbao estimó la demanda, condenando a la editorial y a los periodistas autores de los reportajes. La Audiencia Provincial de Bilbao revocó la Sentencia de la Instancia absolviendo a los demandados, entendiendo que la previa difusión de esa misma información en distintos diarios (Egin, Deia, El Correo Español-El Pueblo Vasco y ABC) y por un largo periodo de tiempo (desde 1987 hasta 1992), sin reacción del Sr. Landera para impugnar su veracidad, excluía la responsabilidad de los demandados. Dicha Sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo, mediante Sentencia frente a la que el demandante interpone el presente recurso de amparo. Se invoca el derecho al honor. El TC deniega el amparo.

DERECHO DE ASOCIACIÓN

La adscripción obligatoria al Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local con habilitación nacional de funcionarios públicos del citado cuerpo, vulnera el Derecho a la libertad de asociación en su vertiente negativa: STC 210/2003; BOE 7, STC 216/2003; BOE 7, STC 217/2003; BOE 7, STC 226/2003; BOE 17, STC 227/2003; BOE 17, STC 21/2004; BOE 74, STC 67/2004, BOE 120; STC 70/2004; BOE 120, STC 80/2004; BOE 120, STC 90/2004; BOE 140, STC 92/2004; BOE 140, STC 141/2004; BOE 248.

En todos los casos, a los recurrentes, Secretarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional, se les reclamaron en concepto de cuotas colegiales, diversas

cantidades por parte de varios Colegios de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración local con habilitación nacional. Dicha reclamaciones tuvieron éxito en vía judicial por lo que los condenados al pago recurren en amparo, al considerar que las resoluciones judiciales en cuestión vulneran el derecho a la libertad de asociación en su vertiente negativa, en tanto no han considerado la inconstitucionalidad de la incorporación obligatoria a los mencionados Colegios, que hace improcedente la reclamación de las citadas cantidades. El TC otorga el amparo.

Entender que tres formaciones políticas constituyen, de facto, un único partido imputándole a este los actos cometidos por aquellas no vulnera el derecho de asociación: STC 6/2004; BOE 37.

En el caso, Herri Batasuna solicita la nulidad de la Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo por la cual se declara la ilegalidad de diferentes partidos políticos. Para el partido recurrente, su ilegalización habría tenido lugar tomando como punto de partida conductas procedentes, en realidad, de los otros partidos ilegalizados, Euskal Herritarrok y Batasuna sin que se tuvieran en cuenta las conductas realizadas individualmente por aquella formación. Ello habría supuesto una vulneración de su derecho a la libertad de asociación. El TC deniega el amparo.

DERECHO EXTRANJERO

La declaración de procedencia de un despido de un ciudadano español que trabajaba para la Embajada española en Montevideo de acuerdo con la ley uruguaya, cuando esta normativa ha sido alegada en la carta de despido, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 172/2004; BOE 279.

En el caso, don Ignacio Puig Fernández, que trabajaba en la embajada española en Uruguay y ostentaba el cargo de delegado sindical de UGT en la Administración pública española en Uruguay, fue despedido por haber tramitado irregularmente la concesión de un pasaporte español en favor de un futbolista uruguayo. El solicitante del pasaporte, el futbolista don Álvaro Adrián Núñez, había presentado documentación falsa que fue aceptada por don Ignacio, quien además falsificó los datos en el ordenador relativos al padre de don Álvaro, que era uruguayo, creando una ficha nueva en la que constase que era español. Ante este comportamiento la Embajada española comunicó a don Ignacio su despido, quien presentó demanda por despido en un juzgado de Madrid. El despido fue declarado procedente, por lo que don Ignacio interpuso recurso de suplicación al considerar que no debería haberse aplicado de oficio el derecho uruguayo, pues no había quedado probado con la suficiente claridad. Sin embargo, el juzgador en suplicación consideró que la aplicación de la normativa uruguaya no se había decidido de oficio, porque se hacía referencia a ella en dos ocasiones en la carta de despido y, por tanto, estaba suficientemente probado. Don Ignacio se queja de esta solución, al considerar que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC deniega el amparo.

DILACIONES INDEBIDAS

En un procedimiento abreviado, la entrega tardía y no simultánea de los autos al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, para formular acusación, con un retraso de trece meses en la cumplimentación del trámite, vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: STC 160/2004; BOE 270.

Don Álvaro Núñez Fernández presentó denuncia por delito de lesiones el 17 de febrero de 1998. Tras su fallecimiento se personaron como acusación particular su esposa y sus hi-

jos. Por Auto del Juzgado de Instrucción de Navalcarnero, de 21 de febrero de 2000, se acordó la acomodación de las actuaciones a procedimiento abreviado y el traslado a las acusaciones pública y particular para que en el plazo común de 5 días formularan acusación, si bien sólo fueron entregadas al Fiscal, sin que conste la fecha. Transcurridos más de seis meses, una de las hijas del denunciante, después recurrente en amparo, solicitó al juzgado la cumplimentación del trámite. Una vez que el Ministerio Fiscal presentó su escrito de acusación, el 25 de octubre de 2000, y no habiéndosele aún entregado los autos, la recurrente remitió al juzgado tres escritos más denunciando la situación. Una vez que le fueron entregadas las actuaciones presenta escrito de acusación el 3 de abril de 2001. Se considera vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. El TC otorga el amparo.

La duración de once años de un procedimiento de retracto de aparcerero de finca rústica y diez años de un interdicto de recobrar, con retrasos injustificados en las actuaciones, vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: STC 162/2004; BOE 270.

En el caso el recurrente, don José Pina Bernal, interpuso sendas demandas de retracto de aparcerero de finca rústica y de interdicto de recobrar, que dieron lugar a dos procedimientos que se dilataron durante once y diez años respectivamente. Los dos procesos fueron suspendidos mientras recaía resolución en una querrela por falsedad en documento público presentada en el mismo juzgado por el propio recurrente; no obstante, en el juicio de retracto, a los dos años de alzarse la suspensión aún no había recaído sentencia, y en el interdicto, la suspensión no se alzó hasta que había transcurrido más de un año desde la firmeza de la resolución penal. Se denuncia vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. El TC otorga el amparo.

En unas diligencias previas sobre falsedad en documento privado, el transcurso de tres años y seis meses sin que se haya practicado la pericial caligráfica solicitada por el querrelado para el esclarecimiento de los hechos vulnera el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: STC 177/2004; BOE 279.

La mercantil Changepoint S.A. interpuso demanda de desahucio por impago de rentas contra el subarrendatario del local que ésta, a su vez, tenía arrendado, a lo que el demandado se opuso alegando la falsedad del contrato de subarriendo aportado de contrario e interponiendo la correspondiente querrela criminal. Dicha querrela dio lugar a la incoación de las correspondientes diligencias previas tramitadas en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Torremolinos, acordándose la suspensión del proceso civil de desahucio. Transcurridos 3 años y 6 meses desde la presentación de la querrela sin que en tales diligencias previas se hubiese practicado la pericial caligráfica solicitada por Changepoint S.A. para el esclarecimiento de los hechos, y a pesar de haber sido reiterada la solicitud en cinco ocasiones, se interpone el presente recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. El TC otorga el amparo.

DOMICILIO

El auto que autoriza la entrada en domicilio debe precisar el periodo de duración y tiempo en que puede realizarse la entrada: STC 139/2004; BOE 248.

En el caso, la recurrente acude en amparo contra el Auto del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 6 de Madrid que en ejecución de sentencia por la que se declara en situación de desamparo a sus hijos menores de edad y se asume la tutela con el fin de ingresarlos en un centro de protección, autoriza la entrada en el domicilio de los padres de la demandante, donde reside junto a los menores, por vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio. El TC otorga el amparo.

Las habitaciones de las residencias militares son domicilio y por lo tanto necesitan, para su entrada, autorización judicial: STC 189/2004; BOE 290.

En el caso, el recurrente en amparo, brigada del Ejército de Tierra, se dirige contra la decisión del Coronel Director de la Residencia Militar Gran Capitán de Granada de acordar su desalojo de la habitación que ocupaba en una residencia militar, así como el empaquetado y traslado de sus ropas, enseres y efectos personales a otras dependencias de la misma residencia. Para el recurrente esto habría supuesto una lesión de su derecho a la inviolabilidad del domicilio en la medida en que habían procedido a la entrada en el mismo sin su autorización. El TC otorga el amparo.

EJECUCIÓN

Dictada sentencia en proceso de despido que, tras rechazar que los finiquitos firmados por los trabajadores tengan efectos sobre el curso del proceso, declara improcedentes las decisiones extintivas, no cabe en vía de ejecución afirmar que tales finiquitos hacen ineficaz la sentencia que se ejecuta, por haberse extinguido ya de mutuo acuerdo la relación laboral cuando se dictó: STC 18/2004; BOE 74.

En el caso, la empresa "Ediciones Musicales Horus, S. A." decidió extinguir por causas económicas los contratos de Don Emilio Sánchez Lorenzo y Don Carlos Martín Arrabal. Presentada demanda por despido, el Juzgado de lo Social declaró procedentes las extinciones, interponiendo los trabajadores recurso de suplicación. En fecha posterior al anuncio del recurso, pero anterior a su formalización, los actores firmaron finiquito aceptando la extinción del contrato de trabajo y comprometiéndose "a no reclamar por concepto alguno". Planteado por la empresa en el recurso el efecto liberatorio de ese finiquito, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid lo desestimó, anulando la sentencia de instancia y declarando la improcedencia de los despidos. Los actores, ahora recurrentes en amparo, se quejan, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de las sentencias firmes, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, en vía de ejecución, declaró no haber lugar a la misma, por ser ineficaz la sentencia ejecutada, al haberse extinguido la relación laboral de mutuo acuerdo, a través de los finiquitos, antes de que fuera dictada. El TC otorga el amparo.

El derecho a la tutela judicial efectiva ampara la posibilidad de verificar a través de un perito informático el efectivo cumplimiento de una sentencia que otorga el amparo en un supuesto en el que una empresa poseía un fichero informatizado con diagnósticos médicos de los trabajadores sin su conocimiento ni su consentimiento: STC 153/2004; BOE 255.

En el caso, don Sergi Lafont Escayola, presidente del comité de empresa de la oficina principal del Banco Central Hispanoamericano S.A, interpuso contra esta entidad una demanda sobre vulneración del derecho a la intimidad porque el Banco, que ostentaba la condición de entidad colaboradora de la Seguridad Social, disponía de una base de datos informática común para los facultativos de la Seguridad Social y los servicios médicos propios de la empresa denominada "absentismo con baja médica" en la que constaban los resultados de las revisiones periódicas realizadas a los trabajadores del Banco por los servicios médicos de la empresa y empresas médicas subcontratadas, así como los diagnósticos de las enfermedades que dieron lugar a una situación de baja laboral de los trabajadores y las fechas de baja y alta sin consentimiento de los afectados y sin que el fichero estuviese dado de alta como tal en la Agencia de Protección de Datos. La demanda fue desestimada, tanto en la instancia como en suplicación, contra lo que el demandante recurrió en amparo, que le fue otorgado por STC 202/1999. El demandante solicitó al Banco la posibilidad de comprobar

que la sentencia mencionada había sido ejecutada, pero el Banco se limitó a proporcionarle un documento en el que se mencionaban los datos personales que se recogían en el fichero. A través de providencia se requirió al Banco para que cumpliera de forma exacta lo establecido en la sentencia que había otorgado el amparo al demandante, a lo que el Banco contestó que ya había cumplido de forma exacta su contenido. El demandante considerando que la alegación del Banco no era prueba suficiente solicitó que se acreditase dicho extremo por parte de un perito informático, pero el Juzgado denegó dicha pretensión, de lo que el demandante se queja alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

Los autos dictados en ejecución de sentencia no pueden asumir una interpretación rechazada expresamente en aquélla: STC 190/2004; BOE 290.

En el caso, la mercantil recurrente, acude en amparo por considerar vulnerado su derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos, frente a los Autos dictados por la Sección Cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en ejecución de sentencia que siguiendo una aclaración efectuada por el Abogado del Estado—Secretario del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña de la resolución de este órgano, expresamente rechazada por la sentencia, condenaban a la Generalidad de Cataluña a un pago mucho menor que el estipulado en ésta consistente en el pago de una cantidad líquida más los intereses legales en concepto de devolución de ingresos debidos correspondientes a la aplicación del gravamen complementario de la tasa de juego para 1990 a los ejercicios de 1992 a 1996. EL TC otorga el amparo.

ELECCIONES

Cabe la presentación de una candidatura al Senado por correo sin que sea necesaria la comparecencia personal del representante de la misma: STC 26/2004; BOE 74.

El partido político Falange Auténtica presentó por correo su candidatura al Senado por Granada que fue rechazada por la Junta Provincial al considerar que la falta de comparecencia personal es un defecto formal en la presentación. Emplazado el representante de la candidatura ante al Junta éste alega que no puede comparecer personalmente, lo que motiva la no proclamación de la citada candidatura. Frente a dicha resolución se presenta recurso contencioso-electoral ante el Juzgado de lo Contencioso número 1 de Granada que confirma la decisión de la Junta provincial. Se alega el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad. El TC otorga el amparo.

La denegación de proclamación de la candidatura de una agrupación de electores basándose en una carta suscrita por destacados miembros y dirigentes de formaciones políticas ilegalizadas en la que se apoyaba aquella agrupación, se indicaba una cuenta bancaria cuyo titular es un miembro de la Mesa Nacional de Herri Batasuna para la sufragación de los actos electorales y se indicaba como domicilio de contacto el de un miembro de Batasuna es constitucionalmente admisible al evidenciar su pretensión de continuar la línea del partido ilegalizado: STC 99/2004; BOE 140.

La agrupación electoral Herritaren Zerrenda impugna de las Sentencias de la Sala del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo que estimando los recursos contencioso-electorales interpuestos por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, declararon que no era conforme a Derecho y anularon el Acuerdo de la Junta Electoral Central en lo relativo a la proclamación de la referida candidatura a las elecciones de Diputados al Parlamento Europeo. El recurso de amparo alega una vulneración, entre otros, del derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad en la medida en que la denegación de la candidatura se ha

basado en una inadecuada presunción de que la agrupación electoral pretendía proseguir la actividad de un partido político ilegalizado. A juicio del solicitante de amparo ni de los miembros de la candidatura ni de su organización cabe inferir tal identidad. El TC deniega el amparo (VP. concurrente: Casas Baamonde).

El empleo del acta de escrutinio para corregir errores materiales, de hecho o aritméticos del acta de sesión, no vulnera el derecho a acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos: STC 135/2004; 199.

En el caso, la recurrente, la coalición "Galeusca-Pueblos de Europa", acude en amparo frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que, al no alcanzar las irregularidades observadas el número de votos suficientes para alterar la asignación del escaño en liza, confirma el Acuerdo de la Junta Electoral Central de proclamación de electos al Parlamento Europeo en las elecciones celebradas el 13 de junio de 2004, y también, por tanto, los actos de escrutinio general de determinadas Juntas Electorales Provinciales confirmados en vía administrativa por la Junta Electoral Central que atribúan indebidamente votos al Partido Popular en detrimento de la recurrente, que considera vulnerado el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos. El TC deniega el amparo.

ELECCIONES SINDICALES

Los sindicatos más representativos tienen legitimación para promover elecciones sindicales en las empresas de entre seis y diez trabajadores, siempre que cuenten con la decisión favorable de la mayoría de la plantilla, que puede ser manifestada tácitamente a través de la participación en las elecciones: STC 36/2004; BOE 83, STC 62/2004; BOE 120, STC 64/2004; BOE 120, STC 66/2004; BOE 120, STC 103/2004; BOE 151, STC 175/2004; BOE 279.

En todos los casos, un sindicato más representativo, UGT o Comisiones Obreras, había promovido elecciones en una empresa de entre seis y diez trabajadores, en las que participó la inmensa mayoría de la plantilla y fue elegido un delegado del sindicato promotor, único que presentó candidatura. Los promotores, recurrentes en amparo, se quejan, alegando su derecho a la libertad sindical, de las sentencias que, a instancia del Sindicato Independiente de la Comunidad Valenciana, anularon tales elecciones. Los órganos judiciales entendieron que, aunque el artículo 67.1 del Estatuto de los Trabajadores reconoce a los sindicatos más representativos legitimación para promover las elecciones sindicales, esa legitimación no se extiende a las empresas de entre seis y diez trabajadores, donde el artículo 62.1 de la misma Ley exige la decisión mayoritaria de la plantilla. El TC otorga el amparo.

EMPLAZAMIENTO

No procede la declaración en rebeldía del demandado por resultar infructuosos los emplazamientos efectuados en el domicilio señalado en la demanda y mediante la notificación por cédula a terceros sin que previamente el órgano judicial haya agotado las gestiones de averiguación del paradero de su destinatario: STC 19/2004; BOE 74.

La Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona interpuso en el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de la acción de división de la cosa común contra la recurrente, D^a Isabel del Río Guallar, señalando como domicilio de la misma el del inmueble cuya división se solicitaba. Intentado sin éxito el emplazamiento de la demandada en dicho domicilio en dos ocasiones, así como la notificación a través de una vecina del inmueble, se siguió el procedimiento en rebeldía hasta la eje-

cución de la Sentencia, donde para la entrega a la demandada de determinada cantidad de dinero se practicaron diligencias para averiguar su paradero (entre otras, oficio a la Policía Judicial) que dieron como resultado su inmediata localización. Teniendo así conocimiento del procedimiento, la demandada formuló incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado por Auto del Juzgado frente al que se interpone el presente recurso de amparo. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El TC otorga el amparo.

Para que sea válida la notificación por cédula a terceros efectuada mediante entrega del emplazamiento a una vecina de la demandada, es necesario que realmente exista esa relación de vecindad o proximidad que facilite la llegada de la notificación a su destinataria: STC 19/2004; BOE 74.

La Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona interpuso en el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de la acción de división de la cosa común contra la recurrente, D^a Isabel del Río Guallar, señalando como domicilio de la misma el del inmueble cuya división se solicitaba. Intentado sin éxito el emplazamiento de la demandada en dicho domicilio en dos ocasiones, y manifestando los vecinos que hacía tiempo que no vivía allí, se entregó la cédula de emplazamiento a una vecina del mismo inmueble para su comunicación a la demandada. Ante la incomparecencia de la demandada en el juicio, se le declaró en rebeldía teniendo por válido este emplazamiento a pesar de que en autos existían datos que debían provocar en el órgano judicial la duda de que la vecina pudiera entregar a la demandada la notificación, pues ésta no residía en su mismo edificio. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El TC otorga el amparo.

La comparecencia de un interesado en el pleito no es suficiente para probar el conocimiento extraprocesal del mismo en un momento adecuado a la defensa de sus derechos: STC 102/2004; BOE 151.

En el caso la recurrente, cuyo domicilio es la propiedad referida en el anuncio de subasta acude en amparo frente a la sentencia de la Sección 7^a de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y el Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones contra la mencionada Sentencia por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva al no haber sido emplazada personalmente. El TC otorga el amparo.

ERROR ARITMÉTICO

El error patente en el cálculo de la posición del recurrente en una prueba selectiva en que incurre el órgano judicial vulnera su derecho a la tutela judicial: STC 63/2004; BOE 120.

En el recurrente acude en amparo frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid que confirma la legalidad de las resoluciones sobre pruebas selectivas de promoción interna para ingreso en el Centro de Formación de la Guardia Civil que capacita para el acceso a la escala ejecutiva de dicho cuerpo, al considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir la resolución judicial en un error aritmético (afirmar que si al puesto ciento ochenta y cinco —que ocupa el ahora demandante— se le restan cuarenta puestos correspondientes a las personas que estando en mejores posiciones no superaron las pruebas físicas— se conseguiría la posición ciento cuarenta y seis y no la ciento cuarenta y cinco) que le ha llevado a rechazar sus pretensiones sin reparar la vulneración producida en sede administrativa del derecho a la tutela judicial efectiva. EL TC otorga el amparo.

ERROR MANIFIESTO

Constituye error manifiesto con relevancia constitucional la desestimación de una demanda por no ejercitar la acción correspondiente para sustentar la pretensión cuando en realidad la misma sí había sido ejercitada: STC 176/2004; BOE 279.

La comunidad de propietarios del edificio Gran Vía Parque de Córdoba demandó a la mercantil promotora y constructora del edificio reclamando 11.593.093 ptas. en concepto de indemnización por ciertas deficiencias que presentaba la edificación, demanda que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia de Córdoba. Apelada la Sentencia por la mercantil demandada, la Audiencia Provincial la revocó parcialmente por entender que no todos los conceptos reclamados respondían al concepto de «vicio ruinógeno» sino a un incumplimiento contractual, no habiéndose ejercitado en autos la acción por incumplimiento sino únicamente la del art. 1591 del Código Civil, y ello a pesar de que en distintos apartados de la demanda sí se hacía referencia a dicho incumplimiento contractual. Se interpone por tanto recurso de amparo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir la Sentencia en error patente. El TC otorga el amparo.

EXTRADICIÓN

En un proceso de extradición, si el reclamado sostiene la persecución política como causa de denegación de la extradición y desarrolla al respecto una actividad probatoria de la que puedan desprenderse indicios de veracidad, la decisión de acceder a la extradición no podrá fundarse sin más en la inexistencia de prueba plena, sino que el órgano judicial debe desarrollar una actividad probatoria encaminada al esclarecimiento de los hechos: STC 148/2004; BOE 248.

El recurrente, D. Kastriot Jaupi, impugna el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto frente al Auto de la Sección Primera de la citada Sala de lo Penal, que acordó acceder a su extradición a Albania para ser juzgado en ese país por dos delitos de homicidio y tenencia de armas. El recurrente se opuso a dicha extradición alegando motivos de persecución política como consecuencia de ser miembro del Partido Democrático y oponerse a la dictadura comunista, aportando al efecto cuantas pruebas estaban a su alcance (recortes de prensa, el asesinato de un tío materno, de un primo y de un hermano, condena del abuelo a 20 años, certificación del ex-presidente del Parlamento albanés sobre la persecución política de la que fue víctima la familia del reclamado, incluido el destierro de toda ella, actas notariales de testigos de los supuestos homicidios en que reconocían haber declarado en contra del reclamado bajo presión policial...), y proponiendo además la práctica de diligencias judiciales (traducciones, recabar información a Italia -sobre otro proceso de extradición en su contra allí seguido y del que fue absuelto- y a Bélgica -donde solicitó asilo político y estuvo ingresado en un centro de refugiados- ...) que fueron denegadas en repetidas ocasiones por entender que excedían de la competencia del Tribunal. Así, la Audiencia Nacional entendió que la prueba aportada no acreditaba plenamente la realidad de las alegaciones formuladas en contra de la extradición, por lo que acordó la misma. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho al proceso con todas las garantías en relación con el derecho a las pruebas pertinentes para la defensa. El TC otorga el amparo.

La mala situación general de las cárceles venezolanas no constituye un riesgo concreto de padecer torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes que impida declarar procedente la extradición a ese país: STC 181/2004; BOE 290.

En el caso la Audiencia Nacional declaró procedente la extradición del recurrente, don José Bouza Izquierdo, a los efectos de su enjuiciamiento en la República de Venezuela, si bien condicionada a que el Estado venezolano diese garantías suficientes de que, en el caso de privación de libertad, se cumplieran en su internamiento de forma efectiva las exigencias de respeto a los derechos humanos. A pesar de ello, el recurrente considera vulnerado, entre otros, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, dada la situación de las cárceles en Venezuela. El TC deniega el amparo.

La extradición de quien ha sido condenado en su ausencia a una pena grave privativa de libertad ha de condicionarse a que el Estado que la solicita preste garantías de poder impugnar la sentencia: STC 183/2004; BOE 290.

En el caso el recurrente, don Patrizio Cuoco, considera vulnerados sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión, a ser oído en juicio, a ser informado de los cargos por los que se formula acusación contra él y a la defensa, como consecuencia de que la Audiencia Nacional concede su extradición a Italia, sin condiciones, para cumplir dos condenas impuestas por dos sentencias firmes dictadas en rebeldía, si bien realmente esa circunstancia sólo se daba respecto de una de ellas ya que en el otro caso estuvo presente en el juicio de instancia. Consta que el condenado tuvo conocimiento de que se estaba tramitando un procedimiento criminal contra él y se sustrajo a la acción de la justicia. El TC otorga el amparo.

GARANTÍA DE INDEMNIDAD

Despedir a un trabajador que ha comunicado a la empresa en la que trabaja la intención de ejercitar acciones judiciales contra ella por la apropiación indebida de una patente de la que es inventor vulnera la garantía de indemnidad: STC 55/2004; BOE 120.

En el caso, don Julián Sánchez, que trabajaba en la empresa Tioxide Europe S.A. desde 1982, había dado a un ingrediente químico, el monohidrato, un aprovechamiento desconocido hasta el momento. En 1991 la empresa solicitó el registro de dicha invención, figurando como inventores de la misma dos compañeros de don Julián. De otro lado, entre 1989, año de la invención, y 1991, fecha en la que la empresa había solicitado el registro de la patente, don Julián había sido separado del cargo que venía ocupando en la empresa sin justificación alguna. En octubre de 1996 don Julián, a través de su abogado, envió una carta a la empresa poniendo de manifiesto que él era el inventor de la patente, que la empresa había actuado de forma irregular y que los dos compañeros a quienes se atribuía la invención no tenían conocimientos sobre las materias desarrolladas en la patente. Un mes más tarde, en noviembre de 1996, don Julián recibió carta de despido porque la empresa consideraba que su actuación constituía una falta grave de ofensas verbales a sus compañeros y de trasgresión de la buena fe contractual. El recurrente se queja frente a este despido al considerarlo una violación de la garantía de indemnidad. El TC otorga el amparo.

La discriminación de una persona en la valoración de un concurso para cubrir una plaza temporal de peón municipal porque había ganado un pleito al Municipio mientras ocupaba un puesto similar constituye una violación de la garantía constitucional de indemnidad: STC 87/2004; BOE 129.

En el caso, la recurrente vio rechazada su solicitud de contratación para cubrir una plaza de peón para el grupo municipal de intervención rápida del Concello de Cervo, al ser calificada como persona conflictiva por varios miembros de la Comisión de contratación, al haber ganado un proceso laboral contra el Ayuntamiento con motivo de otro contrato similar. Recurrida la resolución del Ayuntamiento el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Lugo estima la impugnación que, sin embargo, desestima la Sala de lo contencioso-ad-

ministrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

HABEAS CORPUS

La denegación de apertura del procedimiento de habeas corpus basándose en que la detención obedece a la existencia de indicios suficientes de comisión del delito anticipa el fondo del asunto impidiendo al detenido formular alegaciones y proponer los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditar el carácter ilegal de la detención: STC 23/2004; BOE 74.

El recurrente de amparo dirige su demanda contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Valladolid, por el que se denegó incoar el procedimiento de habeas corpus solicitado por aquél para la comprobación de la existencia de una supuesta detención ilegal. Para el quejoso, la denegación de apertura de dicho procedimiento se basó en un juicio anticipado de una conclusión a la que el juez tendría que haber llegado después de escuchar las alegaciones y de valorar las pruebas presentadas por el recurrente. Ello habría impedido al juez reparar la lesión de su derecho a la libertad personal. El TC otorga el amparo.

IGUALDAD ANTE LA LEY

El Tribunal que admite en una sentencia, sin justificar su cambio de criterio, la forma de aplicar un recargo al impuesto de actividades económicas que había censurado en múltiples ocasiones, tanto anteriores como posteriores, incurre en arbitrariedad: STC 13/2004; BOE 60.

La congregación religiosa recurrente es titular de un colegio privado al que se le liquidó por el Ayuntamiento de Madrid el impuesto de actividades económicas con un recargo cuyo cálculo consideró ilegal. Recurrida la liquidación, la Sección cuarta de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid avala en este caso la interpretación del Ayuntamiento, cuando en múltiples sentencias tanto anteriores como posteriores había rechazado sin fisuras dicha interpretación. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La distinta puntuación reconocida a la participación en cursos de formación, según estén impartidos por una Universidad y centros homologados, o bien por otras entidades privadas no es contraria al principio de igualdad: STC 86/2004; BOE 129.

En el caso, la recurrente, que accedió a una plaza de periodista convocada por la Universidad Jaume I de Castellón, acude en amparo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que anula aquella resolución y reconoce el derecho de otra concursante a obtener y ocupar la referida plaza, al estimar que vulnera el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos, por haber seguido un criterio distinto para valorar los méritos de ambas consistentes en la asistencia a cursos de formación impartidos por la Universidad San Pablo-CEU y la Confederación de Empresarios de Castellón. El TC desestima el recurso.

La sentencia que motivadamente inicia una nueva línea jurisprudencial condicionando el derecho a percibir un determinado complemento retribuido al crédito presupuestario, a tal fin asignado según prescribe la norma que lo regula, no vulnera el principio de igualdad. STC 117/2004; BOE 193.

En el caso, los recurrentes acuden en amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que confirma las reso-

luciones que les denegaron el reconocimiento y abono del complemento de especial dedicación durante el tiempo que llevaban embarcados en la Unidad de Buceo de la Zona Marítima del Cantábrico al estar limitado tal reconocimiento por la cuantía de los créditos presupuestarios destinados a retribuir el complemento, tal como lo expresa la normativa reguladora del mismo, sin que en sentencias anteriores se hubiera tenido en cuenta tal límite. Se alega el principio de igualdad. El TC deniega el amparo.

La distinción entre matrimonios válidamente celebrados según estén inscritos o no en el Registro civil para denegar una pensión de viudedad es contraria al principio de igualdad: STC 199/2004; BOE 306.

En el caso, el recurrente acude en amparo frente a una resolución de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional al considerar que vulnera el principio de igualdad porque, aun cuando consta la existencia de su matrimonio, no se le reconoce la pensión de viudedad por no estar inscrito en el Registro Civil, lo que provoca que se le equipare en su situación a las parejas de hecho y no al resto de matrimonios canónicos inscritos. EL TC otorga el amparo. (VP disidente: Conde Martín de Hijas y Pérez Vera).

INCAPACIDAD

Quien reúne todos los requisitos para acceder a la prestación de jubilación, incluida la edad de 65 años, y continúa en situación de alta en la Seguridad Social y prestando servicios no tiene, en caso de enfermedad o accidente, derecho a la declaración de incapacidad permanente: STC 149/2004; BOE 255.

En el caso, Don Francisco Javier Martí Forgas, encontrándose a los 67 años de edad prestando servicios y en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, sufrió un grave accidente de tráfico, pasando a la situación de incapacidad temporal. Agotado el periodo de esta prestación sin experimentar mejoría, solicitó la declaración de la existencia de incapacidad permanente, que le fue denegada por la Dirección Provincial del INSS de Barcelona, por tener cumplidos 65 años de edad, en aplicación del artículo 143 de la Ley General de Seguridad Social. El ahora recurrente en amparo se queja, alegando su derecho a la igualdad ante la Ley, de esa resolución administrativa y de las judiciales que la confirmaron aplicando el precepto citado, pese a que éste, a su juicio, impone una desigualdad de trato en función de la edad inadmisibles. El TC deniega el amparo.

INCONGRUENCIA

La inadmisión de un incidente de nulidad de actuaciones cuando lo que se había planteado era una suspensión del plazo para interponer ese incidente mientras se resolvía la solicitud de asistencia jurídica gratuita constituye un supuesto de incongruencia por error: STC 211/2003; BOE 7.

El demandante de amparo solicitó a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla que se le reconociese el beneficio de justicia gratuita para poder plantear un incidente de nulidad de actuaciones en un litigio en el que se le había rechazado un recurso contencioso frente a una resolución del Ayuntamiento de Coria del Río que le denegaba el disfrute de unas horas sindicales. La sala dictó, sin embargo, una resolución por la que se declaraba directamente no haber lugar al incidente de nulidad de actuaciones. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

Es incongruente la Sentencia penal en la que se reconoce la inexistencia de prueba de cargo y luego se condena: STC 42/2004; BOE 99.

En el caso el recurrente, don Juan Palau Alonso, es condenado por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca por sendos delitos contra la salud pública y contrabando. Interpuesto recurso de casación contra la citada resolución, el Tribunal Supremo reconoce en uno de sus fundamentos jurídicos que "no existe prueba de cargo suficiente y por consiguiente procede la estimación del recurso", si bien luego lo acoge sólo en parte, absolviendo del delito de contrabando y manteniendo la condena respecto del tráfico de drogas. Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La sentencia que reconoce a una trabajadora una situación de incapacidad permanente por accidente de trabajo, cuando lo solicitado por ella era una pensión extraordinaria por actos de terrorismo, al haber sufrido las lesiones incapacitantes debido a la explosión de un coche bomba a la salida del trabajo, adolece de incongruencia: STC 83/2004; BOE 129.

En el caso, doña Azucena Calvet Martínez, que trabajaba como ayudante de supermercado, resultó herida grave como consecuencia de la explosión de un coche bomba cuando salía del trabajo. Doña Azucena reclamó una pensión extraordinaria por actos de terrorismo, pero su pretensión fue desestimada, por lo que recurrió en suplicación. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró a la demandante en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, pero no contestó a la petición de doña Azucena relativa a la pensión extraordinaria por actos de terrorismo, de lo que se queja alegando su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La sentencia que considera que no cabe eximir de responsabilidad a un torero por negarse a lidiar una res ya que la misma no había sido lidiada en ninguna corrida oficial, incurre en incongruencia ya que lo se alegaba como causa de justificación de la conducta del matador era que existían indicios de lidia furtiva: STC 100/2004; BOE 151.

El demandante de amparo, matador de toros, se negó a dar muerte a una de las reses que le correspondían en una corrida celebrada en la plaza de Ubrique -Cádiz- al considerar que la misma presentaba indicios de haber sido toreada furtivamente con anterioridad. Como consecuencia de su negativa, al recurrente se le impuso por la Junta de Andalucía una sanción por infracción grave del artículo 15 de la Ley 10/1991 que tipifica como infracción la negativa a lidiar y dar muerte a la res sin causa que lo justifique. Recurrida la sanción, ésta fue ratificada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla en una sentencia que incurre en diversos errores en la determinación de los términos fácticos y jurídicos del debate. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La resolución en la que se tiene por desistido a un recurrente en apelación, imponiéndole las costas, cuando se había solicitado la terminación del recurso por carencia sobrevenida del objeto, incurre en vicio de incongruencia: STC 130/2004; BOE 199.

La Audiencia Provincial de Madrid, por Auto de 29 de septiembre de 1998, tuvo por desistido -con imposición de costas- al Club Cultural y Deportivo Aluche, en el recurso de apelación en su día interpuesto contra la providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid, en la que se acordaba una medida cautelar a favor de la demandante, en los Autos de mayor cuantía incoados contra el citado Club. No obstante, lo que éste había solicitado era la terminación del recurso de apelación por carencia sobrevenida del objeto ya que se posteriormente se dictó sentencia en primera instancia, desestimatoria de la demanda principal, habiéndose procedido ya al levantamiento de la medida cautelar en su día acordada. Se entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La sentencia que no tiene en cuenta una alegación que altera el hecho imponible cuando se discute la aplicación de un tributo incurre en incongruencia omisiva: STC 146/2004; BOE 248.

En el caso, los recurrentes, que discutían la conformidad a derecho de una liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, puesto que antes del fallecimiento del causante el inmueble había salido de su patrimonio por haber sido donado a una de sus hijas y formalizado en escritura pública, aportada como prueba a la demanda, de modo que no se había producido la transmisión mortis causa necesaria para la producción del hecho imponible gravado como afirmaba la sentencia, acuden en amparo frente a la citada sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo de Castellón y de dos Autos en los que se solicitó rectificación y anulación de aquélla, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La inexistencia de respuesta judicial a alguna de las cuestiones solicitadas en la demanda constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: STC 174/2004; BOE 279.

El recurrente solicita la nulidad de la Sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona y el posterior Auto que denegó la solicitud de subsanación de la omisión advertida en la misma. Para el solicitante de amparo, la Sentencia impugnada no dio respuesta ni expresa ni tácita a una pretensión formulada expresamente en el recurso de apelación a través de la cual se solicitaba el derecho a obtener el factor de corrección por incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima, por lo que tal omisión habría supuesto una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRÁFICO

Para lograr una indemnización superior a la resultante de aplicar el baremo establecido en el Anexo de la Ley 30/95 es necesario probar la existencia de perjuicios económicos superiores que no hayan sido tenidos en cuenta por los órganos judiciales: STC 15/2004; BOE 74.

Los recurrentes, D. Teodoro Pérez Matellán y D. Inocencio Mateos Carrasco formularon recurso de amparo frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila y de un Juzgado de Instrucción de Arévalo que resolvieron un juicio de faltas seguido por un accidente de circulación en el que resultaron lesionados. Los demandantes de amparo entienden que las sentencias recurridas vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto el resarcimiento de los daños padecidos resultó incompleto como consecuencia de su cálculo conforme al sistema establecido en el baremo de la Ley 30/95. El TC deniega el amparo.

La indemnización del perjuicio moral sufrido por la esposa de un lesionado en un accidente de tráfico al que se le declara una incapacidad permanente total se encuentra incluida como factor de corrección en la partida «Perjuicios morales de familiares» de la tabla IV del anexo de la Ley 30/1995 sobre responsabilidad civil y seguro, y corresponde a la víctima superviviente del accidente: STC 15/2004; BOE 74.

La recurrente, D^a. María Jesús Fernández García, formuló recurso de amparo frente a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ávila y de un Juzgado de Instrucción de Arévalo que resolvieron un juicio de faltas seguido por un accidente de circulación en el que resultó lesionado su marido, y a consecuencia del cual le fue reconocida una incapacidad permanente total. Las Sentencias recurridas deniegan a la recurrente la indemnización por ella solicitada considerando que el perjuicio que pueda sufrir a consecuencia de la incapacidad

de su marido ya se encuentra incluido como factor de corrección a la indemnización que al esposo le corresponde en el capítulo «Perjuicios morales de familiares» de la tabla IV del Anexo de la Ley 30/95, sin que la Ley le otorgue una posibilidad de resarcimiento personal y directa. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC deniega el amparo.

En la ejecución de un juicio de faltas por accidente de tráfico no se puede reducir el número de días a indemnizar por la no aplicación de una reforma legal que fue expresamente señalada como aplicable por la Sentencia firme que se ejecuta: STC 89/2004; BOE 140.

D^a María José Zamora Martínez interpone recurso de amparo frente al Auto de la Audiencia Provincial de Murcia que, en la ejecución de un juicio de faltas por accidente de tráfico, y entendiendo que no era de aplicación la reforma de la Ley 30/95 operada por la Ley 50/98 (en especial, su disposición adicional decimoquinta), limitó a 540 días la indemnización de la incapacidad temporal sufrida por la recurrente, modificando con ello las bases de la Sentencia firme recaída en el asunto que estableció expresamente la aplicación de tal reforma legal para la concreción, en fase de ejecución, de la indemnización a abonar por días de hospitalización y curación. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, en su vertiente de intangibilidad de las sentencias firmes y de respeto a la cosa juzgada material. El TC otorga el amparo.

JUEZ COMPETENTE

El conocimiento de una apelación sobre arrendamientos por una Sección de la Audiencia Provincial distinta de la que tiene encomendado el conocimiento de asuntos sobre esta materia según las normas de reparto aprobadas por el Tribunal Superior de Justicia, no vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley: STC 32/2004; BOE 83.

En un juicio de cognición sobre arrendamiento, la sociedad Talleres Alcedo S.L. fue condenada por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena a abonar a la actora la suma de 243.600 ptas. en concepto de rentas impagadas, así como a la resolución del contrato. La condenada planteó recurso de apelación que fue desestimado por Sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en lugar de por la Sección Tercera que, según las reglas de reparto de asuntos aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, tenía asignado el conocimiento de las apelaciones referidas a arrendamientos, por lo que la condenada instó en dos ocasiones incidente de nulidad de actuaciones que fue desestimado en ambos casos por la Audiencia. Se recurre en amparo invocando el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley. El TC deniega el amparo.

Declarada la nulidad en vía penal de un auto de un juzgado que, en el ínterin, ha cambiado de titular, el juez competente para dictar nueva resolución es el encargado actual del juzgado y no el anterior: STC 131/2004; BOE 199.

En el caso, la empresa "3M España, S. A." había sido denunciada por un trabajador aquejado de enfermedad profesional debida a la inhalación de un spray por ella fabricado. El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Martorell calificó los hechos como falta a través de auto que fue anulado por la Audiencia Provincial de Barcelona, debido a la falta de motivación. Entonces el Juzgado, que en el ínterin había cambiado de titular, dictó nuevo auto motivado decretando el archivo de las actuaciones. La Audiencia Provincial, sin embargo, consideró que el Juzgado sólo debía haber subsanado la falta de motivación, sin alterar el sentido de su pronunciamiento inicial. Por ello, ordenó que fuese dictado nuevo auto pero, en orden a salvaguardar la libertad de criterio del nuevo titular del Juzgado, por el Juez anterior, autor

de la resolución origen del recurso. La empresa, alegando su derecho al juez predeterminado por la ley, se queja de esta última decisión judicial. El TC otorga el amparo.

JUEZ IMPARCIAL

Las declaraciones públicas de un juez en las que alude al contenido constitucional de una ley no ponen en peligro su imparcialidad cuando aplica la ley al caso concreto: STC 5/2004; BOE 37.

En el caso, el partido político Batasuna solicita la nulidad de la Sentencia de la Sala Especial del artículo 61 LOPJ del Tribunal Supremo que falla sobre su ilegalidad. Para el quejoso, la sentencia se habría dictado vulnerando su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en la medida en que uno de los miembros del tribunal sentenciador ha efectuado determinadas declaraciones en las que ponía de manifiesto la constitucionalidad del contenido de la Ley 6/2002, de partidos políticos, una ley que, el partido recurrente, entiende como una ley medida aprobada con la finalidad de ilegalizar a dicha formación. En ese sentido, las declaraciones de conformidad con la ley han constituido un prejuicio en el momento de su aplicación. El TC deniega el amparo.

En un proceso penal no pueden juzgar los mismos magistrados que previamente habrían dejado sin efecto un Auto de Archivo de las actuaciones con fundamento en razones de fondo sobre la responsabilidad penal: STC 39/2004; BOE 99.

En el caso los recurrentes fueron condenados por la Audiencia Provincial de Madrid como autores de un delito continuado de interceptación ilegal de las comunicaciones telefónicas, Sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Los recurrentes, que en el momento de la comisión de los hechos desempeñaban diversos cargos en el Centro Superior de Información y Defensa (CESID), en una actividad de vigilancia del espectro radio-eléctrico, habían interceptado, grabado y almacenado conversaciones de personas relevantes realizadas mediante el sistema de telefonía móvil. Alegan, entre otros motivos, vulneración del derecho a la imparcialidad judicial debido a que, como ya habían puesto de manifiesto durante la tramitación de la causa, los magistrados de la Audiencia que dictaron la Sentencia condenatoria eran los mismos que previamente habían revocado un Auto de Archivo dictado por el Juez Instructor, entendiendo, entre otras razones, que había indicios diáfanos de conducta dolosa. El TC otorga el amparo.

LEGALIDAD

Incluir en el supuesto del tipo penal del art. 312.2, en el que sanciona “emplear a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales”, toda prestación de servicios por cuenta ajena en la que concurren las notas típicas de la relación laboral, aunque el contrato sea nulo o tenga causa ilícita, constituye una interpretación no vulneradora del principio de legalidad penal: STC 163/2004; BOE 270.

El recurso de amparo se interpone frente a la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Burgos que confirma en apelación la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Burgos en la que se condenaba al ahora demandante de amparo como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores del art. 312.2 del Código Penal. La imposición de condena se basó en que el recurrente no formalizó contrato con determinadas turristas sin permiso de trabajo para el ejercicio de la prostitución. El recurrente aduce que no pudo realizar dicho contrato de trabajo por no encontrarse previsto en la legislación laboral. Para el quejoso esta interpretación realizada del tipo penal del art. 312.2 vulnera su derecho a la legalidad. El TC deniega el amparo.

LEGITIMACIÓN

El Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos está legitimado para impugnar el Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades fundamentales de los Militares de Carrera en cuanto atribuye competencia para realizar actos aeronáuticos a personal que no reúne la condición de ingeniero aeronáutico: STC 45/2004; BOE 99.

Mediante el Real Decreto 288/1997 se aprueba el Reglamento de Cuerpos, Escalas y Especialidades fundamentales de los Militares de Carrera que permite la realización a otros ingenieros o incluso a personal militar que no tiene el título de ingeniero de actos que el Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos considera aeronáuticos y, por tanto, propios de su profesión, por lo que impugna directamente el citado Real Decreto mediante un recurso contencioso-administrativo. Dicho recurso fue inadmitido por la Sala Séptima del Tribunal Supremo al considerar que el citado Colegio profesional carecía de legitimación activa. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La Organización de Consumidores y Usuarios está legitimada para ejercer las correspondientes acciones en defensa de sus asociados en los casos en que la discusión en torno a las liquidaciones tributarias de éstos en concepto de IRPF verse sobre operaciones, como la contratación de cuentas o fondos bancarios y adquisición de vivienda, que el sujeto pasivo de la relación tributaria realiza en su condición de consumidor y usuario: STC 73/2004; BOE 120.

La Organización de Consumidores y Usuarios en defensa de dos de sus asociados acude en amparo frente a los Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que confirman las resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid que desestimaron las reclamaciones formuladas por aquéllos en relación con las liquidaciones tributarias por el IRPF denegándoles el derecho a la deducción legal por adquisición de vivienda habitual. La demandante de amparo considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al haberse inadmitido su recurso por falta de legitimación activa. EL TC otorga el amparo.

Los sindicatos están legitimados para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la convocatoria de concursos públicos de asistencia técnica: STC 112/2004; BOE 193.

En el caso, la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras impugnó ante la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social por las que se convocaron dos concursos de asistencia técnica para la realización de labores informáticas. El sindicato entendía que tales convocatorias excedían al ámbito propio del contrato de asistencia técnica e infringían las normas de acceso a la función pública. La organización sindical, ahora recurrente en amparo, se queja, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva en relación con la libertad sindical, de las resoluciones de los tribunales que declararon su falta de legitimación activa por entender que no existía relación alguna entre el objeto de las de las resoluciones impugnadas y la organización recurrente, de manera que la anulación pretendida no podía afectar a la esfera directa de sus intereses. El TC otorga el amparo.

Los sindicatos están legitimados para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa un decreto sobre jornada de trabajo del personal funcionario por no haber sido negociado con ellos: STC 142/2004; BOE 248.

En el caso, el sindicato Comisiones Obreras impugnó el Decreto nº. 682 de la Presidencia de la Diputación Provincial de Zaragoza, sobre jornadas de trabajo del personal mé-

dico adscrito al servicio de urgencias del Hospital Provincial de Zaragoza. Según el sindicato, tal decreto modifica de forma sustancial las condiciones de trabajo de dicho personal y se dictó incumpliendo las previsiones de la Ley 9/1987, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas, al no haberse negociado la modificación con la correspondiente mesa, de la que forma parte el sindicato. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón inadmitió la impugnación por falta de legitimación del sindicato, resolución de la que éste se queja en amparo alegando su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

Los miembros electivos de las corporaciones locales tienen una legitimación "ex lege" para impugnar los actos de las corporaciones locales que contradigan el Ordenamiento jurídico, aún cuando no integren el órgano que hubiese adoptado el acto: STC 173/2004; BOE 279.

En el caso, el recurrente, concejal del Ayuntamiento de Castro Urdiales que había impugnado una resolución dictada por el Alcalde por la que se otorgaba una plaza de Economista interino sin convocatoria pública previa ni procedimiento selectivo alguno, acude en amparo contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria por considerar que infringe el derecho a la tutela judicial efectiva, al estimar el recurso de apelación por falta de legitimación activa del recurrente. El TC otorga el amparo (VP disidente: Conde Martín de Hijas).

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión en la defensa letrada ampara afirmar que una Sentencia contiene «falsedades y barbaridades», aunque tales afirmaciones puedan alcanzar al juez que la haya dictado, siempre que hayan sido vertidas para justificar la solicitud de nulidad de la Sentencia que se recurre: STC 65/2004; BOE 120.

En el caso, el Letrado D. Gerardo Nieto Brizuela promueve recurso de amparo frente a dos Acuerdos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y otro de la Audiencia Provincial, confirmatorio de los anteriores, por los que se le imponía una multa por importe de 250.000 pesetas. (luego reducida a 150.000) como sanción disciplinaria por faltar el respeto debido a los jueces con su actuación en la vista de un recurso de apelación. En dicho acto, el recurrente afirmó que la resolución que se impugnaba contenía «falsedades y barbaridades», lo que a juicio de los tribunales sancionadores constituían expresiones que iban más allá de la crítica a la Sentencia que se recurría y alcanzaban personalmente al juez que la había dictado. Se invoca el derecho a la legalidad sancionatoria y a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada. El TC otorga el amparo.

En el contexto de una situación de grave conflicto en el seno de una universidad privada, las afirmaciones hirientes o molestas vertidas por un profesor en la prensa censurada la gestión del conflicto realizada por los órganos directivos, sin llegar a ser gravemente ofensivas o vejatorias, están amparadas por la libertad de expresión: STC 151/2004; BOE 255.

En el caso, Don Fernando Aranguren Gallego, periodista y profesor a tiempo parcial de la Universidad SEK, publicó en el periódico "El Norte de Castilla" un artículo en el que mostraba su disconformidad con la actitud del rectorado frente a la convocatoria de elecciones sindicales en la universidad, con diversos despidos de compañeros supuestamente represaliados, y con el clima de desconfianza que todo ello había generado. Estas declaraciones se hicieron en el contexto de un grave conflicto laboral con fuerte contraposición de in-

tereses y serias discrepancias entre la universidad y el comité de empresa salido de las mencionadas elecciones. La universidad despidió por vulneración de la buena fe contractual a Don Fernando y éste se queja en amparo, alegando su derecho a la libertad de expresión, de las sentencias de los tribunales que declararon improcedente y no nulo su despido, por entender que algunas de sus afirmaciones –como “problema de soberbia”, “paranoia colectiva”, “sistema de delación”, “clima desconfiado e insano”- no son suficientemente graves para justificar el despido, pero exceden los límites de la libertad de expresión. El TC otorga el amparo.

Las expresiones vertidas por un letrado en un proceso no resultan amparadas por el derecho a la libertad de expresión cuando resultan innecesarias para la defensa y vejatorias para el juzgador: STC 197/2204; BOE 306.

El recurrente, abogado en ejercicio, solicitó en diversos recursos contra resoluciones del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona, redactadas en catalán, que la lengua del proceso fuese el castellano, pretensión que no fue atendida. Debido a las expresiones utilizadas por el letrado en esos y otros escritos, la titular del Juzgado acuerda formar expediente de corrección disciplinaria en virtud del cual se impuso al recurrente 10 días de multa a razón de cinco mil pesetas diarias, corrección que posteriormente fue confirmada por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Las expresiones utilizadas eran del tipo de las siguientes: “catalanizante Juzgado”, “esta parte no llega a entender como un jurista con una mínima formación jurídica pueda decir ...”, “pues es de primer curso de Derecho saber que ...”, “... de su ciencia jurídica (de su S.S^a), preferimos no opinar para ser elegantes”, “decir lo que ha dicho la Ilma. Sra. Jueza que ahora nos juzga nos parece tal aberración y desafuero...”, “también sorprende la similitud ideológica que existe entre el Auto que S.S^a dictó ¡el 18 de julio! (fecha bien emblemática en el pasado régimen)-coincidencias del destino y de la casualidad -, con esta propuesta de un partido político cuyos fines son la independencia de Cataluña de España y su Constitución”. Se alega vulneración del derecho a la libertad de expresión. El TC deniega el amparo.

LIBERTAD RELIGIOSA

La orden de participar en un desfile procesional de carácter religioso a un miembro de la Policía Nacional en contra de su voluntad vulnera su derecho a la libertad religiosa: STC 101/2004; BOE 151.

En el caso, el recurrente miembro de la Policía Nacional acude en amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla por vulnerar su derecho a la libertad religiosa al confirmar la legalidad de la orden de participar en un desfile procesional de carácter religioso en contra de su voluntad. El TC otorga el amparo (VP concurrente García-Calvo y Montiel).

LIBERTAD SINDICAL

Los cargos sindicales con dedicación exclusiva que no se encuentren en situación de excedencia forzosa no tienen derecho a la retroacción del periodo de cotización a efectos de la prestación por desempleo que se prevé para los que se encuentran en tal situación: STC 44/2004; BOE 99.

En el caso, Doña María Salceda Elvira Gómez desempeñó de 1984 a 1996 el cargo de Secretaria de Empleo del sindicato CC.OO.. Inicialmente compatibilizó dicho desempeño con dos relaciones laborales sucesivas, pero a partir de 1992 pasó a tener dedicación exclusiva. Unos meses después de abandonar el cargo inició una relación laboral con el Ministe-

rio de Educación y Ciencia, que terminó el 14 de septiembre de 1998. Solicitada prestación por desempleo, la ahora recurrente en amparo se queja, alegando su derecho a la libertad sindical y a la no discriminación, de las resoluciones del Instituto Nacional de Empleo que rechazaron computar como cotizado el periodo en que estuvo dedicada en exclusiva al sindicato, por no tener en esos momentos una relación laboral, y no retrotrajeron el periodo de cotización, haciendo un paréntesis con los años de actividad sindical exclusiva, porque esa medida sólo se prevé en la normativa aplicable para quienes estén en situación de excedencia forzosa por motivos sindicales. EL TC deniega el amparo.

La discrecionalidad de la Administración en el cese de un puesto de libre designación y su potestad de autoorganización no bastan para amparar la legalidad de un cese en el que concurren circunstancias que indican una posible represalia por ciertas declaraciones del afectado: STC 79/2004; BOE 129.

En el caso, el recurrente acude en amparo frente a la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Murcia que confirma la resolución del Ayuntamiento de Murcia por la que es cesado en su condición de Jefe del Servicio Técnico de Gestión Urbanística, por vulneración de la libertad sindical por cuanto su inicial cese en el puesto de libre designación y su posterior adscripción provisional y traslado a la Oficina Técnica de Arquitectura se debieron a su condición de delegado de personal y miembro de la Junta de Personal en virtud de la cual se había opuesto como Jefe del Servicio de Intervención Urbanística a determinada remodelación de una plaza en la capital de Murcia, sin que la alegada potestad de autoorganización de la Administración y la discrecionalidad en el cese de un puesto de libre designación sean suficientes para descartar la existencia de indicios de lesión. El TC otorga el amparo (VP disidente: Conde Martín de Hijas).

Cambiar de un puesto de trabajo a otro vacío de contenido a un representante de los trabajadores sin una razón que lo justifique y no convocarle a reuniones que le competen constituye un comportamiento contrario a la libertad sindical: STC 188/2004; BOE 290.

En el caso, los actores, doña Mercedes Merino y don Francisco Bermejo, que prestaban servicios en la empresa Compañía Castellana de Bebidas Gaseosas, S.A recurrieron en amparo frente a la empresa por vulneración del derecho a la libertad sindical. Don Francisco era Presidente del Comité de Empresa del centro de trabajo en el que prestaba servicios. Así mismo, era miembro del Comité Intercentros y Presidente de la Comisión de Control del Fondo de Pensiones. Doña Mercedes Pérez era delegada sindical de CCOO en la empresa y miembro de la Comisión del Fondo de Pensiones. Don Francisco tenía desde 1992 la categoría de jefe de ventas, teniendo a su cargo a varios trabajadores. Doña Mercedes Pérez ostentaba desde 1995 la categoría de supervisora de ventas de la que también dependían varios trabajadores. En septiembre de 2000 ambos trabajadores pasaron a ocupar puestos de trabajo diferentes de los que venían desempeñando. En concreto, doña Mercedes pasó a ocupar el puesto de inspectora de distribución y don Francisco el de jefe de distribución. Ninguno de los dos tenía en estos nuevos puestos trabajadores bajo su supervisión, ni tampoco tenían acceso a la información de distribución. Se trataba, en realidad, de puestos de trabajo vacíos de contenido. Además, el 16 de julio de 2001 el gerente de ventas convocó una reunión sobre el cambio al euro de las máquinas de vending de la empresa a la que no fueron convocados. Por todos estos motivos los recurrentes, destacados sindicalistas que ya habían tenido algunos problemas con la empresa en el pasado por su actividad sindical, se quejan del comportamiento de la empresa alegando la vulneración de su derecho a la libertad sindical. El TC otorga el amparo.

La publicación en la prensa por parte de un representante sindical de la situación de incumplimiento del convenio por la empresa, así como la comunicación de dicha situa-

ción a sus clientes y proveedores es una manifestación del ejercicio del derecho de libertad sindical: STC 198/2004; BOE 306.

En el caso, don Pedro Borges Medina, Presidente del Comité de Empresa y Secretario de Organización del Sindicato Insular Canario de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras, trabajaba para un grupo de empresas hotelero. En 1999 existió una notable conflictividad que se tradujo en la convocatoria de una huelga durante la Semana Santa y en la publicación de unos escritos en un periódico en los que se ponía de manifiesto las inaceptables condiciones de trabajo, el incumplimiento del convenio y el despido de trabajadores por llevar a cabo actividades sindicales. Además de ser publicados en el periódico, tales escritos fueron enviados a los proveedores de la empresa, a lo que se añadió la realización de una concentración ante las instalaciones hoteleras en la que se repartieron panfletos, cuyo contenido era similar al de los escritos enviados a los periódicos, entre los turistas. Tras la apertura del correspondiente expediente contradictorio, don Pedro, que junto con otras personas presidió estas actuaciones, fue despedido de lo que se queja alegando su derecho a la libertad sindical. El TC otorga el amparo. (VP disidente; Conde Martín de Hijas).

MENORES

Resolver un recurso de apelación que afecta a la custodia de un menor de casi 10 años, sin oírlo, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 71/2004; BOE 120.

Los acogedores de la menor Montserrat E.R. presentan recurso de amparo contra el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla que estima el de apelación interpuesto por la madre biológica contra un Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla. Este último es dictado, a su vez, en ejecución de otro de la Audiencia Provincial en el que se acuerda la cesación del acogimiento familiar y el establecimiento de un acogimiento residencial provisional durante el cual habría de potenciarse el acercamiento paulatino entre la menor y su madre biológica; sin embargo, el Juez de Primera Instancia, basándose en el interés de la menor, lo que hace es acordar que la niña continúe con los acogedores y sea visitada por la madre en un centro próximo al domicilio de ambas. Durante las visitas se hace patente el rechazo de la niña hacia la madre. La Audiencia, en el Auto recurrido en amparo, y sin oír a la menor, ordena su inmediato internamiento en un centro de acogida estableciendo un amplio régimen de visitas a favor de la madre. Se estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por diversas razones. El TC otorga el amparo.

MOTIVACIÓN

Una providencia que simplemente acuerda tener por ejecutada una sentencia y rechaza, sin más razonamiento, la pretensión del particular de que se cumpla un fallo anterior vulnera el deber de motivación de las resoluciones judiciales: STC 207/2003; BOE 7.

En el caso, el recurrente promovió un incidente de ejecución de sentencia ante lo que consideraba una actuación administrativa contraria a un fallo de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Tribunal que da por concluidas las actuaciones de dicho incidente mediante una providencia que se limita a afirmar, sin entrar en las alegaciones del actor, que se da por ejecutada la sentencia en cuestión. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

Planteadas una demanda de incapacidad con una pretensión principal y otra subsidiaria y obtenida sentencia favorable a la primera, no cabe en recurso de duplicación deducir que la demandante no mantiene la petición subsidiaria sólo por el hecho de que

no incluye mención expresa a ella en la impugnación del recurso, cuando tal pretensión está presente en las argumentaciones de ambas partes: STC 218/2003; BOE 17.

En el caso, Doña Petra Pulido Garrido interpuso demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social en reclamación de invalidez permanente absoluta y, subsidiariamente, de invalidez total para su profesión habitual. La demandante obtuvo sentencia del Juzgado de lo Social nº. 11 de Barcelona favorable a la pretensión principal, frente a la que el INSS interpuso recurso de suplicación. Doña Petra se opuso a tal recurso, suplicando fuese desestimado y se confirmase la Sentencia del Juzgado, sin aludir expresamente a su pretensión subsidiaria que, no obstante, estuvo presente en las alegaciones de ambas partes. Ahora recurrente en amparo, se queja, alegando el derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que estimó el recurso, absolviendo al INSS, tanto de la declaración de invalidez permanente absoluta, como de la pretensión subsidiaria, por entender que ésta última no fue mantenida por la demandante en la impugnación del recurso. El TC otorga el amparo.

No puede motivarse el rechazo de una pretensión de indemnización por responsabilidad administrativa en la ausencia del necesario esfuerzo probatorio por el recurrente, cuando la práctica de la prueba y su resultado constan en el expediente: STC 224/2003; BOE 17.

Las sociedades demandantes en el litigio sufrieron daños al decretarse un cierre ilegal de la discoteca que regentaban en el Municipio de Torreveja. Dichos daños fueron cuantificados mediante prueba pericial durante el proceso contencioso que frente a la resolución ilegal de cierre mantuvieron ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que, no obstante, estimó que faltaban los elementos de juicio necesarios para que el Tribunal fijase la indemnización. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

Constituye una contradicción contraria a la tutela judicial que una sentencia declare como probado que una finca, siempre identificada con unos mismos datos en cuanto a calle y número, fue vendida en una determinada fecha, y respecto de ella se recaudaba el impuesto sobre bienes inmuebles, para a continuación decirse, por otro lado, que no se ha probado que se trata de una misma finca en ambos casos: STC 3/2004; BOE 37.

El recurrente en amparo vendió en 1987 una finca situada en el Municipio de Elche y en 1996 se le embargó su cuenta bancaria como consecuencia del impago del Impuesto de Bienes Inmuebles de dicha finca durante los años 1991 a 1995. Impugnada la ejecución en vía administrativa, el Ayuntamiento de Elche considera extemporáneos los recursos y el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Alicante desestima el recurso en una resolución que contiene afirmaciones contradictorias a la hora de identificar la finca como la vendida en 1987. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La falta de motivación de una resolución judicial denegatoria carece de relevancia constitucional cuando la pretensión que desestima carece totalmente de fundamento: STC 32/2004; BOE 83.

En un juicio de cognición sobre arrendamiento, la sociedad Talleres Alcedo S.L. fue condenada por el Juzgado de Primera Instancia de Cartagena a abonar a la actora la suma de 243.600 pesetas, en concepto de rentas impagadas, así como a la resolución del contrato. La condenada planteó recurso de apelación que fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia respecto de la que la condenada instó nulidad de actuaciones por haber sido dictada por una Sección distinta de la que, según las reglas de reparto aprobadas por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, debía conocer de apelaciones referidas a cues-

tiones de arrendamientos. El incidente de nulidad fue resuelto por la misma Audiencia en Providencia en la que únicamente se señalaba «únase y no ha lugar a lo que en el mismo se solicita», lo que motivó que se reiterara la solicitud de nulidad que fue resuelta por otra Providencia que también sucintamente señalaba «únase y no ha lugar a lo que se solicita en el mismo». Se recurre en amparo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de motivación de las resoluciones judiciales. El TC deniega el amparo.

La sentencia de apelación en la que se dejan incontestadas razones sobrevenidas conocidas por el Tribunal y alegadas por los recurrentes está insuficientemente motivada: STC 71/2004; BOE 120.

Los acogedores de la menor Montserrat E.R. presentan recurso de amparo contra el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla que estima el de apelación interpuesto por la madre biológica contra un Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla. Este último es dictado, a su vez, en ejecución de otro de la Audiencia Provincial en el que se acuerda la cesación del acogimiento familiar y el establecimiento de un acogimiento residencial provisional durante el cual habría de potenciarse el acercamiento paulatino entre la menor y su madre biológica. Sin embargo, el Juez de Primera Instancia, basándose en el interés de la menor, lo que hace es acordar que la niña continúe con los acogedores y sea visitada por la madre en un centro próximo al domicilio de ambas. Durante esas visitas se pone de manifiesto el rechazo de la menor hacia la madre, circunstancia que aparece recogida en un Auto del Juez de Primera Instancia que fue aportado a los autos de apelación por los recurrentes. La Audiencia, en el Auto recurrido en amparo, ordena el inmediato internamiento de la menor en un centro de acogida estableciendo un amplio régimen de visitas a favor de la madre. Se estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por diversas razones, entre otras, la insuficiente motivación de la resolución impugnada que, en sus razonamientos, no tuvo en cuenta la situación que se reflejaba en el Auto del Juez de Primera Instancia aportado en apelación. El TC otorga el amparo.

La identificación de los hechos y del fundamento de la pretensión, en el Expediente, constituye motivación suficiente para las Sentencias del Consejo de Hombres Buenos de Murcia: STC 113/2004; BOE 193.

En el caso, Transfrutas S.A. interpone recurso de amparo contra una Sentencia del Consejo de Hombres Buenos de Murcia en la que se la condena a abonar una indemnización al Heredamiento de la Acequia de Beniján. La recurrente la estima falta de motivación suficiente al limitarse a recoger, "vistas las circunstancias", el importe de la indemnización y el modo en que debía de ser satisfecha. Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC deniega el amparo (VP disidente: García-Calvo y Montiel).

Declarada la nulidad, por falta de motivación, de un auto que califica los hechos litigiosos como falta, el Juzgado es libre en su nueva resolución de mantener la calificación, fundamentándola adecuadamente, o de cambiarla, decretando el archivo de las actuaciones: STC 131/2004; BOE 199.

En el caso, la empresa "3M España, S. A." había sido denunciada por un trabajador aquejado de enfermedad profesional debida a la inhalación de un spray por ella fabricado. El Juzgado de Instrucción nº. 1 de Martorell calificó los hechos como falta a través de auto que fue anulado por la Audiencia Provincial de Barcelona, debido a la falta de motivación. Entonces el Juzgado, que en el ínterin había cambiado de titular, dictó nuevo auto motivado decretando el archivo de las actuaciones. La empresa, ahora recurrente en amparo, se queja, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, del Auto de la Audiencia Provincial que consideró que el Juzgado sólo debía haber subsanado la falta de motivación, sin alterar el sentido de su pronunciamiento inicial. El TC otorga el amparo.

En una demanda de responsabilidad profesional a un procurador por no enviar la sentencia de apelación al letrado, es motivo suficiente para no conceder una indemnización estimar que no cabe recurso de casación de acuerdo con la interpretación que el Tribunal Supremo hace de la Ley de Enjuiciamiento Civil: STC 167/2004; BOE 270.

En el caso el recurrente, don Emilio Reina Benítez, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pozoblanco demanda de responsabilidad profesional a un procurador que en un proceso anterior no envió a su letrado la sentencia de apelación, lo que impidió la interposición de los recursos procedentes. Si bien el Procurador y la aseguradora resultan condenados en instancia, se reduce la cuantía de la indemnización respecto a la solicitada, al entender que la resolución no era recurrible en casación de conformidad con la interpretación que el Tribunal Supremo, en el Acuerdo de la Junta general de Magistrados de la Sala Primera de 12 de diciembre de 2000, hace de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siguiendo el mismo criterio la Audiencia Provincial de Córdoba revoca la sentencia de instancia al considerar que, en consecuencia, no habían quedado acreditados daños y perjuicios. Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC deniega el amparo.

La Sentencia penal condenatoria ha de reflejar, implícita o explícitamente, las razones que han llevado al Tribunal a imponer al acusado la máxima sanción dentro del margen legal que la norma penal establece: STC 170/2004; BOE 279.

En el caso, D. Pablo Montoya Alfonso plantea recurso de amparo contra la Sentencia de un Juzgado de lo Penal de Pontevedra, así como contra la Sentencia de la Audiencia Provincial que la confirmó íntegramente, en las que, condenándole por un delito de obstrucción a la justicia por intimidar a una testigo con el propósito de que no declarara contra él en un proceso previo por hurto de uso, se le impuso la pena máxima que el Código Penal prevé para este tipo de delitos (4 años de prisión), y ello sin exponer las razones por las que el Tribunal optó por esa pena y no por otra inferior. Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación en la determinación de la pena. El TC otorga el amparo.

NOTIFICACIÓN

En un procedimiento hipotecario sumario, es válido el intento de requerimiento y notificación efectuado en el domicilio pactado a tales efectos en la escritura de préstamo, aunque no coincida con el domicilio social de la ejecutada que conste en autos: STC 116/2004; BOE 193.

La mercantil Sociedad Cooperativa Limitada Prainsa interpuso incidente de nulidad de actuaciones en el procedimiento hipotecario sumario seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro, al entender que tanto el preceptivo requerimiento de pago como las notificaciones de las siguientes actuaciones llevadas a cabo en dichos autos, resultaron negativas porque se le habían efectuado en el domicilio señalado en la demanda -correspondiente al de las fincas hipotecadas-, en lugar de en el que constituía su domicilio social -que era el que se reflejaba en las certificaciones del Registro de la Propiedad que constaban en autos como de la propietaria de dichas fincas-, entendiéndose que tal forma de notificación le causaba indefensión. El Juzgado desestimó la nulidad de actuaciones mediante Auto que se recurre en amparo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión. El TC deniega el amparo.

Intentar la notificación por edictos, en un juicio ejecutivo, a pesar de tener constancia de la existencia de un nuevo domicilio en el que podría hallarse a los demandados, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 162/2004; BOE 270.

En el caso Grafiluz S.L. suscribió con Banco Mapfre S.A. una póliza mercantil de crédito en la que aparecen como avalistas don Pedro Menéndez-García de Castro y su esposa doña Rosa M^a Lallena Suárez, después recurrente en amparo. En la póliza se señaló un mismo domicilio para Grafiluz y para los avalistas, a efectos de notificaciones. Interpuesta demanda de juicio ejecutivo por Mapfre, se citó a los demandados en el domicilio que constaba en la póliza, con resultado negativo. El Juez dispuso entonces la citación de los demandados por edictos, pese a que se había aportado a los autos una nota simple del Registro Mercantil en la que se reflejaba la dirección del nuevo domicilio social de la entidad Grafiluz. Ante la incomparecencia de los demandados, se dictó sentencia en rebeldía. La recurrente instó posteriormente la nulidad de las actuaciones, que le fue denegada, por lo que estima vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

PARLAMENTARIO

La inadmisión de la comparencia del Presidente del Consejo General del Poder Judicial en una comisión parlamentaria no puede basarse en la inexistencia de competencias del Consejo en la materia y en la incapacidad del Congreso de los Diputados para exigir responsabilidad política al Presidente del órgano de gobierno del Poder Judicial: STC 208/2003; BOE 7.

En el caso, un parlamentario impugna la constitucionalidad de los Acuerdos de la Mesa del Congreso de los Diputados por los que se inadmitió a trámite la solicitud de comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del entonces Presidente del Consejo General del Poder Judicial interesada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso para “informar sobre la posición del Consejo General del Poder Judicial ante el indulto de D. Javier Gómez de Liaño”. Los citados Acuerdos se basan en el hecho de que el Consejo General no tiene competencia sobre el derecho de gracia y en que tampoco la tiene el Congreso de los Diputados para exigir responsabilidad política a su Presidente. A juicio del quejoso dicha inadmisión habría supuesto una vulneración de su derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad. El TC otorga el amparo.

PENITENCIARIO

Un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no tiene competencia para prohibir a un recluso que se dirija en el futuro a los funcionarios de prisiones empleando determinados calificativos: STC 212/2003; BOE 7.

En el caso, el recurrente, interno en establecimiento penitenciario, se dirige contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla-León (Burgos) y contra el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia. En virtud de dichas resoluciones se ordena al demandante de amparo que no emplee en el futuro la expresión “Sr. Carcelero” para dirigirse a los funcionarios de prisiones. El quejoso entiende que con ello los citados órganos jurisdiccionales se han extralimitado de sus funciones en la resolución de una queja interpuesta ante ellos por el mismo, vulnerando así su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La inadmisión de prueba testifical propuesta por recluso sancionado basándose en que “dentro de la cultura carcelaria el declarar perjudicando a otro interno está muy mal visto por el conjunto de la población reclusa e incluso una declaración de este tipo puede ser contestada con represalias” vulnera el derecho a emplear todos los medios de prueba pertinentes: STC 52/2004; BOE 120.

En el caso, se impugna en amparo el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Huelva, por el que el demandante, interno en dicho establecimiento, es declarado responsable de una falta grave tipificada en el apartado a) del art. 109 del Reglamento penitenciario. La solicitud de amparo se dirige igualmente contra los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva que acabaron confirmando la sanción impuesta. A juicio del solicitante de amparo, se vio privado de la posibilidad de defenderse al serle denegadas las pruebas testificales que había solicitado en el recurso interpuesto contra la resolución sancionadora. La denegación de las pruebas fue justificada por la administración penitenciaria en que “la declaración de sus compañeros no puede considerarse objetiva y por tanto se considera improcedente para la evaluación de los hechos ... Teniendo en cuenta que dentro de la ‘cultura carcelaria’ el declarar perjudicando a otro interno está muy mal visto por el conjunto de la población reclusa e incluso una declaración de este tipo puede ser contestada con represalias, la declaración solicitada no influiría en la resolución final de este expediente disciplinario”. El TC otorga el amparo.

A pesar de que las condenas hayan sido revisadas a la entrada en vigor del nuevo Código Penal y que este no prevea la posibilidad de redimir penas por el trabajo, estas deben de revisarse con las reducciones reconocidas con anterioridad por resoluciones firmes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: STC 76/2004; BOE 129.

En el caso, el recurrente de amparo insta la nulidad de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Extremadura y del Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Badajoz que aprobaron y confirmaron su baja en redención de penas por el trabajo. Las citadas resoluciones judiciales niegan al recurrente el derecho a la redención de penas por trabajo en la medida en que su pena ya fue revisada en su día a la entrada en vigor del nuevo Código Penal en el que, además, no se contempla la posibilidad de redención de penas por trabajo. Sin embargo, el compareciente en sede constitucional aduce el derecho a que, a pesar de ello, le sean redimidas aquellas que han sido reconocidas con anterioridad por resoluciones firmes del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria. Apoyando esta pretensión aduce la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La inadmisión de las pruebas solicitadas por recluso justificada sólo en “no alterar el resultado final del procedimiento” es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva si no se acompaña de una mínima valoración sobre su procedencia: STC 91/2004; BOE 140.

El solicitante de amparo impugna la constitucionalidad de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Extremadura núm. 1, resoluciones judiciales éstas que confirmaron —después de haber sido sucesivamente impugnado en alzada y en reforma— el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Badajoz. A través de este acuerdo se imponía al recurrente una sanción disciplinaria consistente en una privación, durante tres días, de paseos y de la asistencia a actos recreativos comunes por haberse dirigido a los funcionarios del Centro penitenciario “a voces”. El quejoso aduce, entre otros motivos, que la actividad probatoria que se solicitó en el recurso interpuesto contra dicha resolución fue denegada injustificadamente lo que, a su juicio, le produjo una indefensión contraria a su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La inadmisión del recurso de queja legalmente previsto contra la denegación de un permiso de salida por parte del juez de vigilancia penitenciaria por entender erróneamente que “contra las resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegando un permiso no cabe recurso alguno” vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 114/2004; BOE 193.

El solicitante de amparo, recluso del Centro Penitenciario Ocaña I, impugna la constitucionalidad del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Ocaña, que inadmitió el recurso de apelación interpuesto en relación con un permiso de salida denegado por el centro penitenciario. Asimismo la queja se dirige frente a la decisión del Presidente de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo por la que se devolvió al recurrente su escrito de interposición del recurso de queja frente al anterior. Para el recurrente, la inadmisión del recurso de queja se basó en una errónea interpretación de la legislación procesal aplicable y en la medida en que aquella se practicó sobre la creencia de que “contra las resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria denegando un permiso no cabe recurso alguno”. Ello, según el recurrente, habría supuesto una lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La notificación cursada por un recluso a las autoridades penitenciarias de su intención de iniciar una huelga de hambre como acto de protesta, no puede entenderse como un “acto coactivo” al que se refiere el artículo. 108 del Reglamento penitenciario como supuesto de hecho de sanción disciplinaria: STC 138/2004; BOE 248.

En el caso, el solicitante de amparo, recluso en establecimiento penitenciario, recurre los Autos dictados por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Valencia que ratifica la sanción de un fin de semana de aislamiento en celda que le fue impuesta por la administración penitenciaria reputándole como autor de una falta muy grave. La administración penitenciaria reputó como un “acto coactivo”, a los efectos del art. 108 del Reglamento penitenciario, la mera comunicación del recluso de que se disponía a iniciar una huelga de hambre como acto de protesta. Esta interpretación extensiva del concepto de “acto coactivo”, a juicio del recurrente en amparo, habría vulnerado su derecho a la legalidad en la aplicación de la pena. El TC otorga el amparo.

PENSIÓN DE VIUDEDAD

El reparto de la pensión de viudedad en virtud de la regla prorrata temporis cuando ha habido varios matrimonios no vulnera el principio de igualdad respecto de quien ha contraído matrimonio una sola vez: STC 186/2004; BOE 290.

En el caso, la recurrente, doña María Covadonga Fernández Cuétara, había contraído matrimonio en 1979 con don Iñaki Zuazo Santos, que falleció en 1999. Don Iñaki había estado casado anteriormente durante ocho años con doña Luz Lecumberri de la que se separó de mutuo acuerdo en 1970. Este matrimonio fue anulado por sentencia del tribunal Eclesiástico Metropolitano de Pamplona en 1978. Don Iñaki falleció en 1999 ante lo cual doña María Covadonga solicitó pensión de viudedad que le fue concedida. Ese mismo año doña Luz solicitó pensión de viudedad por la muerte de don Iñaki que también le fue reconocida. Como consecuencia de ello se revisó la cuantía de las pensiones correspondiéndole el 87,72% de la pensión a doña María Covadonga y el 18,28 % a doña Luz. Tras dicha revisión el instituto Nacional de la Seguridad Social reclamó a doña María Covadonga el reintegro de lo indebidamente percibido, ante lo que la recurrente presentó demanda sobre pensión de viudedad contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra doña Luz Lecumberri, defendiendo su derecho a recibir íntegramente la pensión de viudedad. Esta pretensión no fue estimada de lo que la actora se queja alegando la vulneración del derecho a la igualdad en la ley respecto del supérstite de un causante que ha contraído matrimonio una sola vez. El TC deniega el amparo.

PLANES DE PENSIONES

Establecido un plan de pensiones para los trabajadores de una empresa en el que se estable un régimen de derechos diferente en función de la fecha de ingreso, resulta dis-

criminatorio tomar como tal la de adquisición de la condición de fijo, ignorando el periodo en que se haya prestado servicios bajo una modalidad temporal de contrato de trabajo: STC 104/2005; BOE 180.

En el caso, la Caja Insular de Ahorros de Canarias había constituido un plan de pensiones para sus trabajadores estructurado en dos subplanes: uno para los trabajadores fijos de plantilla ingresados antes del 30 de mayo de 1986, fecha de entrada en vigor del nuevo convenio colectivo de cajas de ahorros, y otro para los trabajadores fijos ingresados a partir de esa fecha. La dirección incluyó en el segundo subplan a trabajadores que habían ingresado en la empresa antes de la fecha reseñada pero que habían adquirido la condición de fijos, por conversión de sus contratos temporales, con posterioridad. La Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras recurre en amparo las sentencias dictadas en proceso de conflicto colectivo que no entendieron discriminatoria esa interpretación de las reglas del plan de pensiones. El TC otorga el amparo.

PRESCRIPCIÓN DE ACCIÓN

El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo en torno al que se han iniciado diligencias penales ha de computarse, no desde la fecha del archivo de tales diligencias, sino desde que el reclamante tuvo noticia del mismo: STC 93/2004; BOE 140.

En el caso, Don Ismael Martínez González, peón de la empresa "Construcciones Candalisa, S. A.", falleció como consecuencia de un accidente de trabajo. Iniciadas diligencias para determinar si los hechos fueron constitutivos de delito, Don José Martínez Paramés, padre del fallecido, fue citado en calidad de perjudicado, ofreciéndosele la posibilidad de ejercer la acusación particular, de lo que se dio por enterado, aunque no llegó a constituirse en parte del proceso. Éste fue archivado en 1988, sin que se notificase tal resolución a Don José. En 1993 éste intentó constituirse en acusación particular y que se le diese vista de lo actuado hasta esa fecha. Rechazada esta pretensión, interpuso ante la jurisdicción social demanda de reclamación de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. El ahora recurrente en amparo se queja, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva, de las resoluciones que desestimaron su demanda por entender que la acción había prescrito, al haber dejado pasar varios años desde el archivo de las diligencias penales sin efectuar ninguna actuación procesal. El TC otorga el amparo.

El plazo de prescripción para la exigencia de responsabilidad civil por unos hechos respecto de los que se sustanció causa penal previa comienza a computarse desde la notificación de la Sentencia dictada en dicha causa, y no desde la declaración de su firmeza: STC 125; BOE 199.

En el caso, D^a Matilde Saldaña Tello interpone recurso de amparo frente las Sentencias de la Audiencia Provincial de Girona y de un Juzgado de Primera Instancia de La Bisbal d'Empordà que desestimaron su demanda de juicio verbal de responsabilidad civil por las lesiones sufridas en un accidente de tráfico, al entender que la acción había prescrito al haberse interpuesto la demanda transcurrido el plazo de un año desde la notificación de la Sentencia absolutoria recaída en los autos penales previos, y no desde la notificación de su firmeza, como defendía la recurrente. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho de acceso al proceso. El TC deniega el amparo.

PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

No pronunciarse sobre la prescripción del delito en un recurso de apelación penal interpuesto por el condenado en instancia, por el hecho de que se alegó por primera vez

en el escrito de interposición del recurso de apelación, constituye una decisión irrazonable y desproporcionada: STC 11/2004; BOE 60.

En el caso, don Ángel Palacios Expósito y Doña Katia Vilagués Pons fueron condenados, junto con otras dos personas, como autores de un delito contra la propiedad intelectual. En el escrito de interposición del recurso de apelación, los recurrentes alegan por primera vez la prescripción del delito, razón por la cual la Audiencia no entra en esta cuestión entendiéndolo que su enjuiciamiento dejaría a la parte acusadora sin posibilidad de contradicción y prueba. Se estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

Un órgano jurisdiccional interno no puede dejar de aplicar una norma con rango de Ley porque entienda que la misma es contraria a una norma comunitaria sin plantear al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea la cuestión prejudicial, cuando la norma interna es interpretada como compatible con el Derecho comunitario por la generalidad de la doctrina jurisprudencial: STC 58/2004; BOE 120.

En el caso, la Generalidad de Cataluña recurre en amparo frente a la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de octubre de 1999 que inaplica diversas normas con rango de Ley y, en concreto, una Ley de la Comunidad Autónoma que establece un recargo a la tasa sobre el juego aplicable a máquinas recreativas por considerarla contraria a un precepto de una Directiva comunitaria, interpretación que no comparte ni el Tribunal Supremo ni numerosas decisiones de otros Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

PRISIÓN PROVISIONAL

Para prorrogar medida de prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta en sentencia condenatoria no es suficiente con que se aluda sólo a la pena y a su gravedad sino que es necesario, además, exteriorizar el fin constitucional que justifica dicha prórroga: STC 22/2004; BOE 74.

En el caso, el recurrente solicita la nulidad de los Autos de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Valencia que acordaron la prórroga de la prisión provisional del demandante de amparo, tras haberse dictado Sentencia condenatoria por un delito contra la salud pública y haber interpuesto el condenado recurso de casación. El quejoso aduce la lesión de su derecho fundamental a la libertad personal en la medida en que las citadas resoluciones judiciales se limitan a prorrogar su situación de prisión provisional hasta la mitad de la condena impuesta, justificándola exclusivamente en la existencia de delito y en la gravedad de la pena a imponer, sin justificar la finalidad constitucionalidad a la que sirve dicha prórroga. El TC otorga el amparo.

Las medidas de prisión provisional acordadas con ocasión de la comisión de dos delitos sustancialmente idénticos sucedidos en el tiempo, refundidos posteriormente en una misma causa, han de considerarse conjuntamente a los efectos del cómputo del plazo máximo de dos años de prisión provisional: STC 81/2004; BOE 129.

El recurrente de amparo solicita la nulidad del Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Liria que en 1998 dictó medida de prisión provisional por supuesta comisión de un delito de robo de vehículos organizado y tráfico de los mismos mediante la también supuesta falsificación de documentos. La presente medida de prisión provisional

fue levantada cinco meses más tarde. La queja de amparo se dirige también frente al Auto de 2001 en el que el Juzgado de Instrucción núm. 18 de Valencia, por delito de tipo idéntico, acordó el ingreso del acusado en prisión provisional. Para el quejoso, se ha llevado a cabo una interpretación cumulativa de los plazos de prisión provisional, de manera que se ha entendido que al tratarse de dos delitos, el plazo máximo de prisión provisional ha de ser cuatro años. Esta interpretación extensiva del plazo máximo de dos años de la medida de prisión provisional legalmente establecida le habría supuesto una vulneración de su derecho a la libertad personal. El TC otorga el amparo.

La prórroga de la medida de prisión provisional por sentencia condenatoria hasta la mitad de la condena impuesta ha de realizarse antes de finalizar el plazo inicial para el que fue acordada: STC 120/2004; BOE 193, STC 155/2004; BOE 255.

En los dos casos, los solicitantes de amparo solicitan la nulidad de diferentes autos que desestimaron la solicitud de puesta en libertad y acordaron la prórroga de las medidas cautelares de prisión provisional. A juicio de los quejosos, la prórroga de la medida de prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta en sentencia condenatoria se realizó cuando ya había transcurrido el plazo de dos años de prisión provisional inicialmente acordado. Los recurrentes aducen la existencia de una vulneración de sus derechos a la libertad personal. El TC otorga el amparo.

La prisión provisional decretada por la posibilidad de destrucción de pruebas y por el riesgo de fuga no está justificada cuando el procesado había estado en libertad la mayor parte del procedimiento, lo que permite rechazar la existencia de tales riesgos: STC 191/2004; BOE 290.

En el recurso de amparo se solicita la nulidad del Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional por el que fue procesado por delitos de asesinato en grado de tentativa y de lesiones. En el mismo auto se decretó su ingreso en prisión provisional comunicada e incondicional, acordándose seguidamente por Auto de ese mismo Juzgado su traslado en calidad de preso al Hospital Penitenciario Psiquiátrico de Alicante, "dónde deberá recibir el tratamiento médico que sea necesario". El amparo se justifica en que la medida de prisión provisional no cumple los fines constitucionales para los que se encuentra prevista. En primer lugar porque la prisión provisional se decreta frente a quien estuvo en libertad buena parte del procedimiento, sin que se demostrase su intención de sustraerse a la acción de la justicia. En segundo lugar, porque la medida de prisión provisional se acuerda frente a un sujeto que es inimputable al padecer una enfermedad psiquiátrica que, como ha sido reconocido en resolución judicial, "le impide una mínima capacidad de discernimiento y declaración". En virtud de todo ello, se entiende lesionado el derecho a la libertad personal. El TC otorga el amparo.

La medida de prisión provisional en establecimiento psiquiátrico penitenciario acordada frente a un sujeto con inimputabilidad sobrevenida internado en hospital psiquiátrico privado no se encuentra justificada, ya que no hay riesgo de "reiteración delictiva" ni su traslado aporta beneficios al procesado en lo que se refiere a su tratamiento: STC 191/2004; BOE 290.

En el recurso de amparo se solicita la nulidad del Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional por el que fue procesado por delitos de asesinato en grado de tentativa y de lesiones. En el mismo auto se decretó su ingreso en prisión provisional comunicada e incondicional, acordándose seguidamente por Auto de ese mismo Juzgado su traslado en calidad de preso al Hospital Penitenciario Psiquiátrico de Alicante, "dónde deberá recibir el tratamiento médico que sea necesario". El amparo se justifica en

que la medida de prisión provisional no cumple los fines constitucionales para los que se encuentra prevista. En primer lugar porque la prisión provisional se decreta frente a quien estuvo en libertad buena parte del procedimiento, sin que se demostrase su intención de sustraerse a la acción de la justicia. En segundo lugar, porque la medida de prisión provisional se acuerda frente a un sujeto que es inimputable al padecer una enfermedad psiquiátrica que, como ha sido reconocido en resolución judicial, "le impide una mínima capacidad de discernimiento y declaración". En virtud de todo ello, se entiende lesionado el derecho a la libertad personal. El TC otorga el amparo.

PRUEBA

Las declaraciones realizadas ante el Ministerio Fiscal en la fase de instrucción tienen los mismos efectos que las prestadas directamente ante el juez: STC 206/2003; BOE 7.

En el caso, el recurrente solicita la nulidad de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Granada por la que se le condena como autor de un delito de robo con intimidación, y contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada que confirma aquélla en apelación. Para el compareciente en sede constitucional tales sentencias habrían vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, en la medida en que para la imposición de la condena se han utilizado las declaraciones de un menor coimputado en la fase sumarial sin que las mismas hayan sido prestadas ante el juez y, además, sin posibilidad de contradicción. El TC deniega el amparo (VP disidente: Delgado Barrio y Casas Baamonde).

La nueva valoración de la prueba en grado de apelación sólo es válida para imponer condena si se encuentra sometida a contradicción, publicidad e inmediación: STC 209/2003; BOE 7, 192/2004; BOE 290, STC 200/2004; BOE 306.

En el primer caso, el recurrente interpone demanda contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid que estimó parcialmente el recurso de apelación deducido por la acusación particular contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 27 de Madrid. En aquélla se mantuvo la condena por falta de lesiones e indemnización de 15.000 pesetas impuesta por la Sentencia apelada y, además, se condenó al demandante de amparo como autor de un delito de lesiones y de una falta de injurias, por los que había sido igualmente acusado pero inicialmente absuelto por el Juzgado de lo Penal. El quejoso entiende que la nueva valoración de la prueba practicada se llevó a cabo por el tribunal de apelación sin permitir al demandante que pudiese formular las alegaciones pertinentes, lo que habría supuesto una lesión de su derecho a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

En el segundo de los casos, el requirente de amparo solicita la anulación de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada que, revocando la de instancia, lo condena como autor de un delito contra la salud pública. Para el recurrente, la sentencia dictada en grado de apelación procede a realizar una nueva valoración de las pruebas testificales practicadas en la sentencia dictada en primera instancia. Sin embargo, esta nueva valoración se llevó a cabo si someter las pruebas a contradicción con el acusado. El TC otorga el amparo (VP. disidente: Gay Montalvo y Sala Sánchez).

En el tercer caso, el solicitante de amparo requiere la nulidad de la Sentencia dictada por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña que lo condena por un delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas. La sentencia recurrida se limita a anular la sentencia de instancia practicando una nueva valoración de las pruebas, en concreto, de las declaraciones de los policías, en las que se ponía de manifiesto que el conductor presentaba síntomas de intoxicación etílica que mermaban sus facultades de conducción. El quejoso entiende que en esa nueva valoración no se le ha dado audiencia, lo que le habría supuesto una lesión de su derecho a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

En autos de divorcio, no se puede desestimar la pretensión de modificación del régimen de visitas acordado en la separación por no haberse acreditado la alteración sobrevenida de las circunstancias, cuando la prueba de este extremo fue propuesta y admitida pero no practicada por causas no imputables a la parte proponente: STC 1/2004; BOE 37.

En el caso, D^a María Luisa Rosero León recurre en amparo las sentencias dictadas en autos de divorcio por el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao y por la Audiencia Provincial de Vizcaya, confirmatoria de la anterior, en las que se desestimaba la pretensión de la recurrente de modificar el régimen de visitas entre padre e hija establecido en la separación, proponiendo a tales efectos la práctica de prueba pericial consistente en entrevista de padre e hija con el psicólogo. Esta prueba fue admitida en ambas instancias pero en ninguno de los casos llegó a practicarse por incomparecencia del padre, lo que motivó que se desestimase la pretensión de la recurrente por no haberse acreditado la alteración de las circunstancias en que la misma se basaba. Se invoca el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes y, por reflejo, el derecho a no padecer indefensión. El TC otorga el amparo.

La ausencia de contestación judicial a las vulneraciones de derechos fundamentales planteadas vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 2/2004; BOE 37.

En el caso, el recurrente impugna la constitucionalidad de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria, resoluciones judiciales éstas que confirmaron el Acuerdo de la Comisión Disciplinaria del Centro Penitenciario de Soria. Por medio de las mismas se le sanciona con la privación de paseos y actos recreativos comunes durante treinta días por cada una de las dos faltas graves cometidas. A juicio del quejoso tales resoluciones judiciales habrían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que en las resoluciones judiciales no se había dado contestación ni expresa ni implícita a las diferentes lesiones de derechos fundamentales que a su juicio se habían producido en la resolución sancionadora de la autoridad administrativa. El TC otorga el amparo.

No se puede calificar un supuesto de causación de daños como de delito o falta en base a la valoración del daño contenida en un informe pericial realizado en la fase de instrucción sin intervención del acusado y no sometido a contradicción en el acto del juicio oral: STC 9/2004; BOE 60.

D. José Manuel Veiga Cobas recurre en amparo las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Tarragona que le condenaron por haber matado a un perro. El hecho se calificó como delito de daños y no como falta en base a un informe pericial que tasaba el valor del animal muerto en 85.000 pesetas., y que fue hecho en fase de instrucción sin intervención del acusado, y sin haber sido sometido a ratificación ni contradicción en el acto del juicio oral por incomparecencia del perito, a pesar de que así había sido solicitado por el recurrente y admitido por el Juzgado. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías. El TC otorga el amparo.

Las declaraciones realizadas por un coimputado no pueden constituir por sí mismas una base suficiente para fundamentar la condena si no existe una mínima comprobación de las mismas: STC 17/2004; BOE 74, STC 147/2004; BOE 248, STC 152/2004; BOE 255.

En el primer caso, el recurrente impugna la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma ciudad, que condenaba al demandante de amparo como autor de un delito continuado de falsificación de documento mercantil en concurso con un delito de estafa, y de una falta de hurto. A juicio del solicitante de amparo, las aludidas resoluciones se habrían dictado con in-

fracción de su derecho a la presunción de inocencia, ya que se han basado sólo en los testimonios realizados en fase sumarial por otro coimputado y, además, sin que el quejoso pudiera contradecirlas, requisito este que no puede entenderse suplido por la lectura de dichos testimonios en el acto del juicio oral. El TC otorga el amparo.

En el segundo de los casos, la solicitud de amparo se enerva contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de Valencia y contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia que confirma la de instancia que condena al recurrente como autor de dos delitos de robo con intimidación e instrumento peligroso, con la atenuante de drogadicción. Para el requirente de tutela constitucional, las sentencias habrían tomado como elemento para su condena exclusivamente las declaraciones de otro coimputado, lo que no resultaría suficiente para desvirtuar su presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

En el tercero de los casos, el recurrente, solicita la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, confirmada en casación por la del Tribunal Supremo, que condena al recurrente como autor responsable de un delito contra la salud pública. En opinión del compareciente en sede constitucional la condena se impuso únicamente a partir de las declaraciones autoinculpatorias de otros coprocesados que, además, se retractaron posteriormente de las mismas lo que, sin constatar su veracidad con datos objetivos, constituye una lesión de su derecho a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

La denegación de pruebas tendentes a demostrar, en el ámbito del ejercicio de la potestad disciplinaria, la animadversión del sancionador al sancionado vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 74/2004; BOE 120.

En el caso, el recurrente, un Guardia Civil sancionado con la pérdida de un día de haberes impuesta por el Teniente Jefe interino de su Compañía como autor de una falta leve consistente en "la falta de respeto a los superiores y, en especial, las razones descompuestas y réplicas desatentas a los mismos", acude en amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, que confirma la mencionada sanción, por vulneración del derecho a la tutela judicial, al inadmitirse las pruebas que le hubiesen permitido desvirtuar la única prueba de cargo apreciada para sancionarle. Siendo ésta la percepción directa de los hechos por el propio mando sancionador, quien había demostrado animadversión por el sancionado. El TC otorga el amparo.

No cabe denegar una prestación sanitaria por gran invalidez alegando que la persona no probó la necesidad de contar con ayuda para los actos más elementales de la vida diaria, cuando se inadmitieron las pruebas propuestas a tal efecto: STC 88/2004; BOE 129.

La demandante en amparo solicitó una prestación por gran invalidez que le fue denegada por la MUFACE. Recurrida dicha resolución, la demandante solicitó el recibimiento del pleito a prueba para poder acreditar la necesidad de ser asistida para los actos más elementales de la vida diaria. La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia deniega el recibimiento del pleito a prueba mediante el correspondiente auto y luego desestima el recurso de la demandante por entender que no probó las circunstancias que alega. El recurso se basa en el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

Las declaraciones realizadas por uno de los coprocesados en las que se admitía la comisión de un delito de tráfico de drogas realizado mediante una patera no pueden considerarse mínimamente probadas por el hecho de que, al tiempo de la comisión del delito, uno de los imputados era propietario de una patera: STC 118/2004; BOE 193.

En el caso, el recurrente de amparo solicita la nulidad de las Sentencias sucesivamente dictadas por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y por la

Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que lo condenaron como autor responsable de un delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de sustancias que no causan grave daño a la salud. Para el recurrente, dichas resoluciones habrían vulnerado su derecho a la presunción de inocencia por no haber quedado acreditado suficientemente su participación en los hechos. Aduce que la condena se impuso a partir de las declaraciones realizadas por otro de los coimputados que confesó su participación, junto con el recurrente, en el tráfico de drogas a través de una patera. Sin embargo, a juicio del quejoso esas declaraciones no han sido mínimamente probadas por el Tribunal en la medida en que únicamente se demostró que, al tiempo de la comisión del delito, el recurrente era propietario de una patera. La ausencia de demostración de la utilización de dicha patera para la comisión del delito habría vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

Desestimar una demanda de despido objetivo, porque no ha podido probarse la falsedad de los resultados negativos alegados por la empresa, ni la existencia de un grupo de empresas fraudulento, cuando previamente se denegó, de forma casi inmotivada, la práctica de la prueba propuesta para comprobar tales extremos vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 121/2004; BOE 193.

En el caso, Don Florentino Zapata Rodrigo presentó demanda por despido objetivo por causas económicas, en la que sostenía la falsedad de la situación económica negativa alegada por la empresa y que ésta estaba integrada en un grupo en el que existía confusión de patrimonios. Para comprobar tales hechos, solicitó la práctica de prueba documental, la mayor parte de la cual, relativa a asientos de gastos excesivamente altos, facturas de las empresas del grupo y documentos sobre el arrendamiento y compraventa de un inmueble, fueron denegadas por “no haber lugar” o “por ser a la demandada a quien le corresponde acreditar la situación económica negativa”. El actor, ahora recurrente en amparo, se queja, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva, de las sentencias que desestimaron su demanda por la inexistencia “de aval probatorio suficiente”. El TC otorga el amparo.

La inadmisión judicial de una prueba solicitada basándose en su innecesariedad al existir otra prueba equivalente, y en un ulterior momento rechazar el valor de esta última con base en una argumentación que por sí niega la característica de equivalencia, vulnera el derecho a la presunción de inocencia: STC 165/2004; BOE 270.

El solicitante de amparo insta la anulación de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca, confirmada en casación por la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, por la que se le condenó, como autor de un delito contra la salud pública al considerarle responsable, en su condición de gerente, administrador y socio de una empresa dedicada a la fabricación y comercialización de piensos compuestos en gránulo para la alimentación de conejos, de la utilización en la elaboración de dichos piensos de una sustancia prohibida. El recurrente basa su queja en que la prueba practicada no se llevó a cabo en los términos solicitados pues el nuevo análisis se llevó a cabo sobre las muestras de pienso en su día obtenidas por los inspectores, y no, como él pretendía, sobre nuevas muestras obtenidas de los sacos de pienso precintados por aquéllos, que se hallaban en la empresa. A juicio del quejoso ello habría supuesto una lesión de su derecho a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

La desestimación de un recurso de suplicación frente a la inadmisión de una prueba porque no consta en acta la pertinente protesta contra dicha denegación, cuando aquélla sí se formuló y así consta en las actuaciones vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 201/2004; BOE 305.

En el caso, la recurrente doña Ana María Gómez Dos Santos interpuso demanda en materia de vulneración de derechos fundamentales contra Asepeyo-Mutua Accidentes de Tra-

bajo y Enfermedades Profesionales. La actora demandó a la empresa porque entendía que ésta había vulnerado su derecho a la integridad física y moral y a su dignidad en el trabajo como consecuencia del comportamiento de hostigamiento y acoso moral que contra ella se había llevado a cabo en la empresa. De entre todas las pruebas que la parte actora propuso, el juzgado de lo social inadmitió la reproducción de la grabación magnetofónica de una conversación entre la actora y el Director Regional de Asepeyo porque éste no sabía que estaba siendo grabado. Ante dicha inadmisión la parte demandante formuló la oportuna protesta, que por error en un primer momento no se incluyó en el acta del juicio, pero que posteriormente se unió a las actuaciones. La demanda fue desestimada por lo que doña Ana interpuso recurso de suplicación por haberse inadmitido la práctica de la prueba mencionada, pero fue desestimado porque no constaba en acta la pertinente protesta contra la denegación de la prueba, de lo que la recurrente se queja alegando su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

PUBLICIDAD DE ACTUACIONES JUDICIALES

La prohibición general que impone un órgano judicial de que los medios de comunicación puedan asistir a las actuaciones judiciales con medios de captación y difusión de imágenes, salvo autorización expresa de la sala juzgadora, es contraria al derecho a la libertad de información: STC 56/2004; BOE 120, STC 57/2004; BOE 120.

En los dos casos, los recurrentes solicitan el amparo contra un Acuerdo aprobado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en que se impone la prohibición general de que los medios de comunicación puedan acudir a las actuaciones judiciales con medios de captación y difusión de imágenes, salvo que la Sala juzgadora lo autorice de manera expresa en atención a las particulares circunstancias del caso. Los recurrentes entienden que con ello se impone una suerte de censura previa que lesiona el ejercicio de su derecho a la libertad de información. El TC otorga el amparo (VP. disidente: Rodríguez-Zapata Pérez)

RECONOCIMIENTO MÉDICO

La práctica de pruebas analíticas para saber si existe consumo de estupefacientes debe ser conocido y consentido por el trabajador: STC 196/2004; BOE 206.

En el caso, la recurrente, doña Eva María Gómez, interpuso demanda por despido contra IBERIA, LAE, empresa para la que había venido trabajando como agente administrativo desde hacía varios años a través de una sucesión de contratos temporales. En el marco del último contrato celebrado la trabajadora fue despedida por no superar el período de prueba. Esta decisión se adoptó porque tras la realización del reconocimiento médico los servicios médicos de la empresa consideraron a doña Eva "no apta". El motivo de la falta de aptitud era la detección de un coeficiente de cannabis en su análisis de orina muy superior al máximo permitido para la contratación de un trabajador de su categoría profesional. La demanda interpuesta por doña Eva fue estimada, declarándose nulo el despido por vulneración del derecho a la intimidad. La empresa recurrió en suplicación y el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares consideró que el despido merecía la calificación de improcedente, de lo que doña Eva se queja alegando su derecho a la intimidad personal. El TC otorga el amparo.

RECURSO DE ACLARACIÓN

La valoración de las secuelas de un enfermo del síndrome tóxico, a efectos de su clasificación para la determinación de la indemnización que le corresponde, no puede ser variada en vía de ejecución mediante la aclaración de Sentencia considerándola un

error material cuando para ello resulta necesario solicitar y valorar un nuevo informe médico-forense: STC 31/2004; BOE 83.

En el caso, D^a María del Carmen Canales Martínez fue una de las personas afectadas por el síndrome tóxico, figurando clasificada en la Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el procedimiento penal que determinó las responsabilidades delictivas y civiles derivadas de los hechos como «afectada sintomática con incapacidad permanente parcial», y fijándose la indemnización correspondiente a las personas incluidas en este grupo en 25.000.000 ptas. Los pronunciamientos de esta Sentencia relativos a la responsabilidad civil fueron mantenidos por Sentencia del Tribunal Supremo de 1992, deviniendo firmes, y por Sentencia de 1998 de este mismo Tribunal se declaró la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y se encargó la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional a la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. De esta forma, los herederos de la ya fallecida D^a María del Carmen Canales presentaron ante esta instancia la solicitud de autoliquidación de la indemnización que correspondía a su madre, acordando la Audiencia Nacional la suspensión del procedimiento de liquidación por entender que habiendo fallecido la perjudicada con anterioridad a la publicación de la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en que se ordenaban las indemnizaciones, su inclusión en el grupo de afectados por incapacidad constituía un error material. Se solicitó entonces un nuevo informe forense que determinara en qué grupo correspondiente a «fallecidos» habría de ser incluida, clasificándola en virtud de dicho informe como «afectada asintomática con lesiones de más de 90 días» y concediéndole una indemnización de 18.000.000 ptas. mediante Auto frente al que se interpuso recurso de súplica, que fue desestimado, y frente al que se alza el presente recurso de amparo formulado por los herederos de la víctima. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. El TC otorga el amparo.

RECURSO DE AMPARO**Procede la inadmisión del recurso de amparo mediante sentencia cuando no se agotó la vía previa de recurso: STC 203/2003; BOE 7.**

En el caso, el recurrente interpuso el 9 de marzo de 1999 recurso de amparo frente a la denegación por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de un recurso de súplica en el que se impugnaba una resolución del citado órgano jurisdiccional que le denegaba el derecho a comparecer en un proceso contencioso. Sin embargo, el 29 de marzo de 1999 el recurrente interpuso recurso de queja frente a la misma resolución judicial. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC deniega el amparo.

El desistimiento solicitado en vía de amparo por la representación del recurrente requiere, para ser válido, que se presente poder especial o que el propio interesado se ratifique en el escrito: STC 41/2004; BOE 99.

En el caso, el futbolista Oleg Grebney había interpuesto recurso de amparo frente a una resolución de la jurisdicción social dictada en el marco de un proceso por despido. Admitido a trámite dicho recurso, la representación del jugador solicitó que se le tuviera por desistido y se archivaran las actuaciones, pero sin presentar poder especial para ello y sin que el interesado se ratificara en el escrito. El TC continuó con el procedimiento.

Cuando una providencia sobre subsanación de una demanda de despido señala que cabe recurso contra ella pero advierte que dicho recurso no suspende los plazos dados para la subsanación, quien recurre sin contradecir esta última precisión se aquieta a la

misma y no puede impugnar luego en amparo la decisión que archiva la demanda por haberse realizado la subsanación fuera de plazo: STC 41/2004; BOE 99.

En el caso, Don Oleg Grebney había interpuesto demanda de despido discriminatorio contra el "Club Balonmano Ciudad Real". El Juzgado de lo Social dictó providencia en la que se le requería subsanase en determinado plazo varios defectos de la demanda, entre ellos el no haber intentado la conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación ni la reclamación previa frente al Consejo Superior de Deportes. La providencia advertía que contra ella cabía interponer recurso de reposición "cuya sola interposición no suspenderá la ejecutividad de lo que se acuerda". El jugador interpuesto el recurso sin discutir la precisión sobre la interrupción de plazos, siendo éste denegado y advirtiéndosele de que cabía interponer otro de suplicación. El actor, sin embargo, decidió no impugnar e intentar la conciliación y la reclamación previas. Don Oleg se queja ahora en amparo, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva, del Auto que decidió el archivo de la demanda por entender que, al no suspender el recurso de reposición los plazos para la subsanación, ésta había sido realizada fuera de plazo. EL TC deniega el amparo.

No agota todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria quien interpone un recurso de casación en unificación de doctrina con carácter previo a la demanda de amparo sin aportar la necesaria sentencia de contraste: STC 60/2004; BOE 120.

En el caso, el sindicato ELA-STV, se queja en amparo alegando su derecho a la libertad sindical porque no se le permitía formar parte de un Tribunal de Solución de Conflictos Laborales, creado por un Acuerdo que dicho Sindicato no había firmado. Antes de recurrir en amparo el demandante interpuso los correspondientes recursos en la vía ordinaria, pero a la hora de interponer el recurso de casación en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo no aportó la sentencia de contraste. El TC inadmite la demanda.

El plazo de veinte días para la interposición del recurso de amparo comienza a computarse desde la notificación de la resolución recurrida al representante procesal de las partes, con independencia de la fecha de su posterior notificación personal al interesado: STC 69/2004; BOE 120.

D. Daniel Rocés Casquero recurrió en amparo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo que, previa una nueva valoración de la prueba, y revocando la Sentencia absoluta del Juzgado de lo Penal, le condenaba como autor de un delito de lesiones. El recurrente interpuso la demanda de amparo cuando ya había transcurrido el plazo de veinte días desde la notificación de la Sentencia a su representación procesal, al considerar como «dies a quo» de dicho plazo el de la notificación personal de la Sentencia al recurrente, que había tenido lugar en un momento posterior. El TC inadmite el recurso.

El hecho de que en el momento de interponer la demanda de amparo aún esté pendiente de resolución un incidente de nulidad de actuaciones contra la misma sentencia es causa de inadmisión del recurso: STC 72/2004; BOE 120, STC 84/2004; BOE 129, STC 97/2004; BOE 140.

En el caso, el recurrente acude en amparo contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida de 6 de abril de 2000, estando aún pendiente de resolución un incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por el propio recurrente con idéntica fundamentación a la sustentada en la demanda de amparo. El TC inadmite la demanda.

En el segundo caso, don Julián Gómez, que trabajaba para la empresa Hermes Editora General, S.A. en virtud de un contrato de representación, fue objeto de un despido que el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid declaró improcedente. La empresa interpuso ante el Juzgado de lo Social nº 7 de Madrid una demanda en reclamación de cantidad contra el actor.

Esta demanda fue estimada por sentencia contra la que don Julián interpuso recurso de suplicación, pero lo hizo ante el Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid. Patente el error, unos días más tarde el recurrente se dirigió al Juzgado de lo Social nº 9 de Madrid a través de una diligencia para comunicar el error cometido. Finalmente, se da por presentado el recurso de suplicación contra lo que la Empresa Hermes Editora General reclama, al considerar que ha de ser inadmitido por no haber sido interpuesto en tiempo y forma. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid mediante sentencia de 14 de abril inadmite el recurso de suplicación, por lo que don Julián interpone recurso de amparo. Tres días más tarde de la interposición de este recurso don Julián pide la nulidad de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. El TC inadmite la demanda.

En el tercer caso, el amparable impugna la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza que revoca parcialmente la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 5 de dicha ciudad y lo condena como autor de un delito contra la seguridad del tráfico. Para el solicitante de amparo la sentencia dictada en grado de apelación realiza una nueva valoración de los hechos que constan en la sentencia de instancia sin que la nueva valoración se hubiese sometido a publicidad, a contradicción y a inmediatez. Sin embargo, el recurrente solicita el amparo constitucional encontrándose pendiente de resolución el recurso planteado en la jurisdicción ordinaria contra la sentencia de apelación. El TC deniega el amparo.

Frente al auto que tiene por no interpuesto un recurso de casación al considerar extinguidas las funciones del Letrado de oficio con la preparación del recurso, ha de interponerse recurso de súplica antes de acudir a la vía de amparo: STC 137/2004; BOE 248.

En el caso, el recurrente acude en amparo contra el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que no tuvo por interpuesto el recurso de casación, por haber transcurrido el plazo concedido para la interposición del mismo al entender que las funciones del Letrado de turno de oficio, que había asistido al demandante en la instancia, se extinguieron con la preparación del recurso ante la Sala a quo. Considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. El TC inadmite el recurso.

RECURSO DE APELACIÓN

La utilización en un recurso de apelación penal de una sentencia “modelo” o “tipo” vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando conlleva ausencia del razonamiento concreto que ha llevado a la desestimación del recurso: STC 223/2003; BOE 17.

Don Manuel Alejandro Leal Fernández fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 8 de Málaga por sendos delitos de robo con violencia y lesiones, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Provincial de Málaga. El recurrente considera vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva porque la sentencia de apelación es una sentencia usada como modelo en todos los recursos de apelación, sin que entre a pronunciarse sobre las alegaciones y motivos expresados por las partes. El TC otorga el amparo.

La inadmisión de un recurso de apelación por el mero hecho de que en el trámite de preparación el recurrente utilice el término “interponer” en vez de el de “preparar” vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva: STC 225/2003; BOE 17.

El demandante, don Jose Vicente Martínez Valero, tras ser condenado en instancia al pago de una cantidad de dinero, interpuso el correspondiente recurso de apelación que fue inadmitido por el Juzgado por incumplimiento del trámite previo de preparación. No obstante, del escrito presentado se deducían los requisitos legalmente exigidos en esa fase: ma-

nifestación de la voluntad de recurrir e identificación del pronunciamiento que se impugna. Contra el Auto de inadmisión presentó recurso de reposición y, subsidiariamente de queja, que fueron nuevamente inadmitidos en sendos Autos. El recurrente alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos legalmente establecidos. El TC otorga el amparo.

En fase de apelación de un juicio de faltas, la destrucción fortuita del acta del juicio oral en un incendio debe ser suplida por la celebración de una vista oral para revisar en segunda instancia la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado y solicitada por el apelante: STC 4/2004; BOE 37.

D. José Luis Pizarro Villazán interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla que anuló, en apelación, la Sentencia del Juzgado de Instrucción de Sevilla que le había absuelto de la falta de vejaciones injustas de la que había sido acusado, ordenando la retroacción de las actuaciones y la celebración de un nuevo juicio, todo ello por entender la Audiencia que la destrucción del acta del primer juicio provocada por un incendio en el Juzgado le impedía revisar las declaraciones de las partes y testigos, y a los apelantes combatir la valoración probatoria de la instancia. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho al proceso con todas las garantías. El TC otorga el amparo.

En fase de apelación de un proceso penal, para que la Audiencia pueda revisar la valoración de las declaraciones de partes o testigos practicadas en la primera instancia, es necesario que se celebre una vista pública en la que se reproduzcan esas pruebas: STC 10/2004; BOE 60, STC 28/2004; BOE 83, STC 94/2004; BOE 140, STC 95/2004; BOE 140, STC 96/2004; BOE 140.

En el primer caso, D. Rafael López López promueve recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, revocando la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal de la capital, le condena por un delito de daños causados en el local destinado a bingo que tenía arrendado a los querellantes. La Audiencia Provincial de Madrid, para llegar a su fallo condenatorio, y rechazando la celebración de vista pública solicitada por querellantes y querellado, realiza una nueva valoración de las declaraciones del acusado y de los testigos de la defensa practicadas en la primera instancia, lo que a juicio del recurrente vulnera su derecho al proceso con todas las garantías y a la tutela judicial efectiva por vulneración de los principios de publicidad, intermediación y contradicción en la segunda instancia. El TC otorga el amparo.

En el segundo caso, D. Antonio y D. Francisco José García Franco promovieron sendos recursos de amparo —luego acumulados— frente a la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Cádiz (sede de Jerez de la Frontera) que, revocando la Sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal de la misma localidad, condenaba a los recurrentes como autores de un delito continuado de estafa y falsedad en documento mercantil, con el agravante de abuso de confianza, y ello a través de una exhaustiva apreciación y valoración, extensamente explicitada por la Sala en su Sentencia, de las declaraciones de los propios acusados, así como de las del querellante y de otros testigos. Dichas declaraciones fueron prestadas tanto en la fase de instrucción como en el juicio oral, sin que ninguna de ellas tuviese lugar ante la Audiencia con las garantías de intermediación y contradicción, puesto que no se celebró vista pública en que se reprodujera la práctica de tales pruebas. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El TC otorga el amparo.

En el tercer caso, D. José Antonio Martín Martín dirige demanda de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que, revocando la absolutoria del Juzgado de Instrucción de la misma ciudad, condenó al demandante como autor de una falta de lesiones tras efectuar una nueva valoración de las declaraciones del denunciado, denunciante

y de los dos policías locales que acudieron al lugar de los hechos, y ello a partir del contenido de las mismas recogido en el acta del juicio oral pero sin celebrar vista pública en que oír personalmente estas declaraciones, lo que a juicio del recurrente vulnera su derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

En el cuarto caso, D. Pedro Reyes García-Hierro Guisado interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que, estimando el recurso de apelación interpuesto por Ministerio Fiscal contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid, revocaba la misma y condenaba al demandante de amparo como autor de un delito de robo con intimidación y uso de medio peligroso. La prueba de cargo para la condena por la Audiencia consistió en la ratificación en el juicio oral de los reconocimientos, tanto fotográfico como en rueda, que la víctima del delito efectuó en fase de instrucción. Así, se procedió a una revisión de las pruebas practicadas ante el Juez de lo Penal (para quien la descripción que la víctima hizo del autor de los hechos «no coincide exactamente con las características físicas que advertimos en Sala al aquí acusado»), sin que se haya celebrado vista pública en que las mismas se reprodujeran ante la Audiencia. Se invoca el derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

En el quinto caso, la demanda de amparo se dirige contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (en su sede en Elche), por la que se condenó en apelación al recurrente, D. José Sánchez Caparrós, como autor del delito de robo con intimidación en un establecimiento comercial, tras haber sido inicialmente absuelto en primera instancia por Sentencia del Juzgado de lo Penal de Elche. El cambio de criterio de la Audiencia respecto del Juzgado se basó en una nueva valoración de las declaraciones de la denunciante y de los acusados que habían sido prestadas ante el Juez de lo Penal, sin celebración de vista pública en que oírlos personalmente en apelación. Se invoca el derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de exigencia de inmediatez, publicidad y contradicción. El TC otorga el amparo.

La revocación en apelación de una sentencia penal absolutoria, realizando el Tribunal una nueva valoración de la prueba sin un examen directo y personal de acusados y testigos, vulnera el derecho al proceso con todas las garantías: STC 12/2004; BOE 60, STC 40/2004; BOE 99, STC 75/2004; BOE 129, STC 128/2004; BOE 199.

En el primer caso los recurrentes, don Antonio Millán González y D^a M^a del Carmen Varela Corral fueron condenados en apelación por un delito de alzamiento de bienes. La sentencia, de la Audiencia Provincial de A Coruña, revoca la absolutoria de instancia, realizando una nueva valoración de las declaraciones de los acusados y de los testigos sin haberse celebrado vista pública en segunda instancia. Se consideran vulnerados los derechos a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

En el segundo el recurrente, don Jacques Hachuel Moreno fue condenado en apelación como autor de un delito de alzamiento de bienes, por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que revoca la absolutoria de instancia. La condena se funda, entre otras razones, en una nueva valoración de las declaraciones del acusado y un testigo, sin haberse celebrado vista en segunda instancia. Se estima conculcado el derecho a la presunción de inocencia. El TC otorga el amparo.

En el tercer caso uno de los recurrentes, don Silvano Sauquillo Monsálvez, fue condenado en apelación, por la Audiencia Provincial de Valencia, sin celebración de vista, como autor de una falta de lesiones. La sentencia revoca la absolutoria del Juzgado de Instrucción núm. 16 de Valencia, realizando una nueva valoración de las pruebas de carácter personal. Se estiman vulnerados los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. El TC otorga el amparo.

En el cuarto el recurrente, don Víctor José Cuetos González, fue condenado por un delito de atentado por la Audiencia Provincial de Oviedo la cual, sin celebración de vista, y sobre la base de una nueva valoración y ponderación de las declaraciones del acusado y, especialmente, de los testigos, revoca parcialmente la sentencia absolutoria del Juez de lo Penal núm. 2 de Gijón. Se considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

Debe admitirse la subsanación del error consistente en la transcripción incorrecta de los números del registro de los autos en un escrito de personación en el recurso de apelación en el que existían datos suficientes para su correcta identificación: STC 33/2004; BOE 83.

En el caso la recurrente, Kronton Instruments S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 36 de Madrid, en autos de oposición a la quiebra instada por el Banco Urquijo S.A. y acordada por Auto de 15 de diciembre de 1998. En el escrito de personación ante la Audiencia Provincial la representación de Kronton equivocó la numeración de los autos civiles en los que se sustentaba el trámite, transcribiendo el núm. 459/98 en lugar del 759/98. Como quiera que a instancias de la Sección Octava de la Audiencia Provincial, la Secretaría de Gobierno certificó que en el periodo en el que se solicita no aparece escrito de personación en el procedimiento que se indica, la Audiencia Provincial declara desierto el recurso por Auto de 18 de enero de 2000, del que no se dio traslado a Kronton por tener intervenida su correspondencia como consecuencia de la quiebra. Una vez advertido el error la recurrente solicita su subsanación, petición que es desestimada por la Audiencia. Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

La falta de comparecencia de la parte apelante a la vista de la apelación y la consiguiente falta de motivación del recurso no impide a la Sala entrar a conocer y resolver el mismo: STC 129/2004; BOE 199.

En el caso, D. Juan Antonio Crespo Márquez interpuso demanda en reclamación de 856.660 ptas. por unos trabajos que efectuó en un terreno del demandado para instalar un sistema de riego, demanda que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia de Granada. Interpuesto por la parte demandada recurso de apelación, el mismo fue estimado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, a pesar de que el apelante no compareció a la vista de la apelación ni aportó escrito de alegaciones sustitutorio. El demandante interpuso entonces incidente de nulidad de actuaciones, que fue desestimado, y frente al que se alza el presente recurso de amparo. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías. El TC deniega el amparo.

RECURSO DE CASACIÓN

En el recurso de casación por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, la falta de indicación expresa en el escrito de interposición del precepto que se considera infringido conlleva legítimamente su desestimación: STC 214/2003; BOE 7.

El Sr. García de Andoin Maya fue condenado por el Juzgado de Primera Instancia de San Sebastián a liquidar el contrato de cuenta en participación sobre determinados solares que le unía con el Sr. Barranco y, en consecuencia, a entregar a éste la quinta parte de las 53.134.000 ptas. que había percibido por la venta de dichos solares. El condenado recurrió en apelación afirmando haberle correspondido únicamente el 12 por 100 del precio escriturado, proponiendo prueba documental acreditativa de este extremo. La práctica de esta prueba fue denegada por la

Audiencia al no entenderla incura en ninguno de los supuestos previstos en la LEC 1881 para la admisión de la prueba en segunda instancia, dictándose en consecuencia Sentencia por la que se desestimaba el recurso de apelación. Frente a esta Sentencia y la previa denegación de la prueba se interpuso recurso de casación, que fue desestimado por no indicarse en el escrito de su interposición el precepto concreto sobre admisión de la prueba que se consideraba infringido. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso. El TC deniega el amparo (VP disidente: Gay Montalvo).

Denegar la preparación de un recurso de casación, por la vía del “interés casacional”, por limitarse el escrito preparatorio a enumerar las Sentencias cuya doctrina se entiende vulnerada, no es irrazonable ni arbitrario: STC 46/2004; BOE 99.

Doña Cristelle Roselyne Paulett presentó escrito preparatorio del recurso de casación por “interés casacional” contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 22 de enero de 2001, confirmatoria de la de 10 de abril de 2000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Inca en la que se había declarado la nulidad de una compraventa. La preparación del recurso fue denegada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca al entender que no aparece razonado “cómo, cuando y en qué sentido ha sido supuestamente vulnerada la doctrina del Tribunal Supremo...”. Este argumento es utilizado también, a mayor abundamiento, por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el Auto de 10 de Julio de 2001 por el que se desestima el recurso de queja presentado contra la resolución de la Audiencia, fundamentalmente por entender que la Sentencia no era recurrible en casación de acuerdo con los criterios adoptados por dicha Sala en la Junta General de Magistrados celebrada el 12 de diciembre de 2000. Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceder a los recursos. El TC deniega el amparo (VP concurrente: García Manzano y Jiménez de Parga y Cabrera).

Las resoluciones que decidan sobre la admisión del recurso de casación mediante la interpretación de las normas que regulan el acceso a dicho recurso no son recurribles en amparo salvo que sean arbitrarias o irrazonables: STC 150/2004; BOE 255.

En el caso, D^a María Teresa Caviedes Inestrillas recurre en amparo el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo desestimatorio del recurso de queja formulado contra el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que a su vez denegó tener por preparado recurso de casación contra la Sentencia de dicha Audiencia por la que, confirmando la de la instancia, se desestimaba la demanda de indemnización por 530.647 pesetas, formulada por la recurrente en vía civil contra el Ayuntamiento de Zaragoza y su entidad aseguradora. El recurso de casación se preparó por la vía del interés casacional, y sin embargo fue desestimado por razón de la cuantía, lo que a juicio de la recurrente vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos. El TC deniega el amparo.

La interpretación de la Ley de Enjuiciamiento Civil adoptada por el Tribunal Supremo en el Acuerdo de la Junta General de 12 de diciembre de 2000, en el que se establecen los criterios sobre el acceso a la casación civil, no es arbitraria: STC 164/2004; BOE 270.

En el caso la recurrente, Almonte Marismas y Exportaciones S.A. formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra Frutas Torero S.A. en reclamación de 8.808.800 pesetas. Recaída sentencia en instancia y en apelación, se considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al acceso a los recursos pues, según la interpretación que de los artículos 447.2 y 3 en relación con los artículos 249 y 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil hace el Tribunal Supremo, para que quepa recurso de casación civil por la vía del “interés casacional” la sentencia ha de haberse dictado en un proceso sustanciado en razón de la materia (VP disidente: Gay Montalvo).

Decir que la decisión se basa en las declaraciones de los acusados, prestadas tanto en la comisaría como en el acto del juicio oral, no es motivación suficiente para el veredicto absolutorio del Jurado: STC 169/2004; BOE 270.

En el caso el recurrente, don Moises Macia Vega, fue absuelto de un delito de asesinato por la Sentencia del Tribunal del Jurado constituido en el ámbito de la Sala Primera de la Audiencia Provincial de Alicante núm. 11/2000, en la que se condenó a los otros dos acusados. El Ministerio Fiscal, la acusación particular y una de las condenadas interpusieron recurso de apelación que fue acogido por la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 4/2001 de 8 de marzo, en la que se declaró la nulidad del juicio, del veredicto del Jurado y de la Sentencia recurrida, por falta de motivación suficiente, de acuerdo con lo exigido en el artículo 61.1 d) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, ordenando la celebración de un nuevo juicio ante un nuevo Tribunal de Jurado. El Jurado había explicado, sucintamente, que se basaba en las declaraciones de los acusados, prestadas tanto en la comisaría como en el acto del juicio oral. El demandante de amparo interpuso recurso de casación contra la Sentencia de apelación, recurso que fue desestimado por el Tribunal Supremo. El recurrente entiende que las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y del Tribunal Supremo vulneran su derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, a su juicio, del acta de la votación del jurado se extrae una sucinta explicación de los motivos del veredicto. El TC deniega el amparo (VP disidente: Casas Baamonde, Pérez Vera, Pérez Tremps).

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El requerimiento de pago de una deuda tributaria recurrida debe entenderse como un acto expreso de denegación del recurso no contestado que reabre los plazos judiciales de impugnación: STC 220/2003; BOE 17.

La recurrente había presentado un recurso de reposición contra la liquidación de una deuda tributaria con el Ayuntamiento de Mérida. Transcurrido el plazo legal para la resolución del recurso y aún el plazo previsto para la impugnación de la desestimación presunta, según el artículo 58. 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 aplicable al caso, el Ayuntamiento dictó un requerimiento de pago que la afectada impugnó, siendo dicha impugnación inadmitida por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y habiendo sido confirmada dicha resolución por el Tribunal Supremo. Se alega el derecho a la tutela judicial efectiva. El TC otorga el amparo.

El tribunal que por razones de índole práctica, tras admitir los recursos contencioso-administrativos interpuestos en tiempo y forma, requiere al actor el fraccionamiento de los mismos no puede inadmitir por extemporáneos los recursos presentados con posterioridad según sus indicaciones: STC 124/2004; BOE 199.

En el caso, el recurrente acude en amparo frente a varias sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que inadmiten los recursos contra una serie de Acuerdos del Ayuntamiento de Madrid que confirmaban las liquidaciones giradas en concepto de impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana por haberse interpuesto de forma extemporánea, por considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva al incurrir las sentencias impugnadas en un error consistente en que, tras admitir el Tribunal Superior de Justicia de Madrid los recursos interpuestos en tiempo y forma contra los setenta y un Acuerdos municipales mencionados, fue la propia Sala quien requirió al actor a fraccionar, por razones de índole práctica, los recursos en grupos de diez expedientes. EL TC otorga el amparo.

La inadmisión del recurso contencioso-administrativo por no subsanar la obligación de trasladar copia del mismo a la autoridad gubernativa, según prescribe el art. 122 LJCA no produce indefensión: STC 182/2004; BOE 290.

En el caso, los recurrentes acuden en amparo frente a la inadmisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de sus recursos contenciosos frente a la resolución de la Delegación de Gobierno de Madrid que limitaba la duración de la manifestación programada, al no haber subsanado (el recurrente) el defecto consistente en no trasladar copia debidamente registrada del escrito del recurso a la autoridad gubernativa según prescribe el art. 122LJCA. El TC desestima el amparo.

La inadmisión del recurso contencioso-administrativo planteado debida a la ausencia de la certificación de acto presunto es desproporcionada por rigorista y vulnera el principio "pro actione": STC 184/2004; BOE 290.

En el caso, la recurrente considera que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia vulnera su derecho a la tutela judicial al inadmitir su recurso frente a la Resolución de la Dirección General de Personal que sólo responde a una de las pretensiones formuladas. La Sala entiende que, al dirigirse el recurso contra una denegación mediante silencio administrativo, era necesaria la certificación de acto presunto del art. 44 LPC. EL TC otorga el amparo.

RECURSO DE QUEJA

La negativa del Juzgado a la expedición del testimonio de la resolución que desestima el recurso de reposición preparatorio del recurso de queja, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso: STC 20/2004; BOE 74.

En fase de ejecución de Sentencia, el ejecutado y ahora recurrente en amparo, D. José López Moragón, interpuso recurso de apelación por infracción de normas y garantías procesales contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Málaga que, estimando el recurso de reposición interpuesto por el ejecutante, acordaba librar los correspondientes mandamientos para la anotación en el Registro de la Propiedad de los embargos trabados sobre bienes pertenecientes al ejecutado-recurrente. El Juzgado dictó Providencia inadmitiendo dicho recurso de apelación por entender que contra el Auto que se recurría no cabía recurso alguno. Frente a esta Providencia se interpuso recurso de reposición y subsidiario de queja, que también fueron desestimados por el Juzgado. Ello motivó que el recurrente solicitara testimonio de las distintas resoluciones a fin de interponer recurso de queja ante la Audiencia Provincial, lo que fue igualmente denegado por el Juzgado al entender que no se podía admitir tramitar queja cuando no se había denegado ninguna apelación, sino que la Ley expresamente decía que la resolución era irrecurrible. Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de acceso al recurso. El TC otorga el amparo.

A pesar de no estar previsto legalmente dicho trámite, se debe dar traslado del recurso de queja a la otra parte: STC 143/2004; BOE 248.

En el caso, la recurrente D^a Avelina Martínez Mariño interpuso querrela por alzamiento de bienes, en cuya virtud se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Penal de Santander en la que condenaba a los acusados, además de a las correspondientes penas, al pago de las costas. Firme esta Sentencia, y en ejecución de la misma, la acusación particular-recurrente solicitó la tasación de costas, que fue impugnada de contrario por entender que no debían incluirse las relativas a la acusación particular, dictándose Auto desestimatorio de tal impugnación. Frente a este Auto los condenados interpusieron recurso de queja; la Audiencia Pro-

vincial, previa solicitud de informes al Ministerio Fiscal y al Juzgado, pero sin dar traslado a la recurrente, dictó Auto estimando la queja, Auto frente al que se planteó incidente excepcional de nulidad de actuaciones y recurso de reposición, que fueron desestimados, lo que motiva el presente recurso de amparo. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. El TC otorga el amparo.

RECURSO DE SUPPLICACIÓN

Los certificados emitidos por el servicio de correos no sirven para fijar con certeza la fecha de recepción de una notificación, a efectos de declarar extemporáneo un recurso de suplicación, cuando no consta en autos el correspondiente acuse de recibo y existen dudas razonables sobre la autenticidad de dicha fecha: STC 221/2003; BOE 17.

En el caso, el recurrente, demandante en un proceso sobre incapacidad, se queja, alegando su derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, de las resoluciones de los tribunales que admitieron a trámite el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia del Juzgado de lo Social nº. 27 de Madrid que le había sido favorable y que fue finalmente revocada. Para el demandante el recurso había sido extemporáneo, por haber sido anunciado transcurridos cinco días hábiles desde la fecha de notificación de la sentencia. Al no constar en autos el acuse de recibo de dicha notificación, fue recabado oficio del servicio de correos, que certificó una fecha que los demandados entendieron no ajustada a la realidad, aportando como prueba copia de la sentencia notificada con el cajetín de entrada en la Dirección Provincial del INSS indicando una posterior. El Tribunal Superior de Justicia entendió que, al no constar el acuse de recibo y habiéndose dado por enterados los demandados, había de estarse a la fecha declarada por éstos, conforme al artículo 261 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. El TC deniega el amparo.

RECUSACIÓN

La recusación de un Magistrado puede ser alegada tras la deliberación y votación de una resolución judicial aún no firmada si no se conoció la causa hasta ese momento: STC 140/2004; BOE 248.

En el caso, la recurrente acude en amparo al considerar vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva ya que no pudo alegar en el proceso de instancia, puesto que la sentencia ya había sido deliberada y votada, la recusación de un Magistrado tal como hizo constar en el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en la que aquél participó. El TC desestima el recurso.

RETRACTO

Para la admisión a trámite de una demanda de retracto arrendaticio no es necesaria la previa consignación del precio del local, sino la prestación de caución cuando así lo exija la ley o el contrato: STC 144/2004; BOE 248.

En el caso, D. Fernando Martínez Sánchez y D^a Catalina Sandoval Riquelme interponen recurso de amparo frente a las Sentencias del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Torrox y de la Audiencia Provincial de Málaga, confirmatoria de la primera, que inadmitieron a trámite la demanda por ellos promovida en ejercicio de la acción de retracto sobre un local de negocio del que son arrendatarios y que estaba siendo objeto de subasta judicial en la fase de apremio de un proceso ejecutivo seguido contra la propiedad del local, basando dicha inadmisión de la demanda en que los demandantes no habían consignado el

precio de la cosa objeto de retracto. Se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al proceso. El TC otorga el amparo.

SALARIO

La simple alegación de que dos relaciones laborales se encuentran sujetas a distinta legislación aplicable, sin análisis del régimen laboral extranjero alegado, ni prueba alguna del mismo, no sirve para justificar la diferencia salarial existente entre ambas: STC 34/2004; BOE 83.

En el caso, Don Juan Carlos Galocha Morales, de nacionalidad española, trabaja desde 1996 como auxiliar administrativo en la Oficina Comercial de España en Belgrado, percibiendo, por el mismo trabajo que realizan otras dos auxiliares administrativas de nacionalidad yugoslava, contratadas en 1984, un salario sustancialmente inferior al de aquéllas. La Administración justificó este diferente trato alegando la diversidad de legislaciones aplicables en uno y otro caso (española y yugoslava respectivamente), pero sin probar ni describir el derecho extranjero. El ahora recurrente de amparo se queja, alegando su derecho a la igualdad, de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Administración y revocó la Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 18 de Madrid que le había sido favorable. El TC otorga el amparo.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Cuando, tanto en el pliego de cargos como en la propuesta de resolución, se alude como hechos constitutivos de una infracción a unas declaraciones hechas a un periódico por un funcionario de policía, sin precisar qué afirmaciones concretas constituyeron una grave desconsideración a sus superiores, se vulnera el derecho a ser informado de la acusación: STC 205/2003; BOE 7.

El recurrente, funcionario de policía en el Ayuntamiento de Ribarroja del Turia, realizó a un diario diversas declaraciones sobre las condiciones laborales de su cuerpo y sobre la retirada de multas por el Alcalde que, en su opinión, desmoralizaban a la policía. Por dichas declaraciones se le incoa un expediente sancionador en el curso del cual no se especifica qué afirmaciones concretas serían constitutivas de la infracción. Impuesta la sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo, el funcionario la recurre y la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirma la sanción. Se alega vulneración del derecho a ser informado de la acusación. El TC otorga el amparo.

La cobertura legal de una infracción por contaminación acústica puede encontrarse en la Ley de protección del medio ambiente atmosférico de 1972, en cuanto el ruido puede ser considerado una "forma de energía" presente en el aire que causa perjuicios a las personas y bienes de cualquier clase; STC 16/2004; BOE 74.

En el caso, un hostelero había sido sancionado por el Ayuntamiento de Gijón al incurrir en una infracción muy grave de la Ordenanza Municipal sobre protección de la contaminación acústica de 1992. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Asturias rechaza el recurso contencioso contra dicha sanción al entender que la Ordenanza encuentra la necesaria cobertura legal en la Ley de protección del medio ambiente atmosférico, interpretación que comparte a la postre el Tribunal Constitucional. Se alega el derecho a la legalidad en materia sancionadora. El TC deniega el amparo (VP disidente: García Manzano, Casas Baamonde y Delgado Barrio).

La infracción consistente en realizar una actividad industrial con puertas y ventanas abiertas, tipificada en una ordenanza local de medio ambiente no puede encontrar co-

bertura legal en la Ley Orgánica 1/1992, de sobre protección de la seguridad ciudadana: STC 25/2004; BOE 74.

En el caso, el Ayuntamiento de Santander había impuesto una sanción por infracción muy grave de su Ordenanza sobre el medio ambiente a la sociedad recurrente, que regenta una discoteca, al considerar que la misma realizaba actividades industriales que producían ruido con puertas y ventanas abiertas. Dicha sanción fue anulada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Santander, pero confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, al entender que la cobertura legal de la infracción se encuentra en la Ley Orgánica 1/1992, sobre protección de la seguridad ciudadana. Se alega el derecho a la legalidad penal. El Tribunal Constitucional otorga el amparo.

Las alegaciones de descargo no tenidas en cuenta por la sanción inicial pero rechazadas motivadamente en el posterior recurso de alzada impiden considerar que se produjo indefensión: STC 59/2004; BOE 120.

En el caso, la recurrente impugna la sanción impuesta por el Gobernador Civil de Cuenca, por haber vulnerado su derecho a la tutela judicial, al haberse dictado dos días antes de que su escrito de descargo tuviera entrada en la sede del órgano instructor, sin que, a su juicio, los posteriores recursos administrativo de alzada, y contencioso-administrativo pudiesen remediar la no atención a las alegaciones de descargo. El TC desestima el amparo.

La sanción administrativa basada en que falta el número del DNI o la licencia de conducción del conductor del vehículo para cumplir con el deber impuesto por el art. 72.3LSV, pero que no motiva la subsunción de la conducta en la infracción tipificada vulnera el derecho a la legalidad penal: STC 111/2004; BOE 193.

En el caso, la recurrente, sancionada por no haber aportado datos suficientes para identificar al conductor de un vehículo a motor de su propiedad que lo había estacionado indebidamente, acude en amparo frente al Decreto del Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Madrid que confirma la sanción al considerar vulnerado su derecho a la legalidad penal pues había aportado el nombre y domicilio del conductor aunque no su DNI. EL TC otorga el amparo.

La sanción disciplinaria a un guardia civil por realizar actos contrarios a la dignidad exigible a todo miembro de la institución y la de separación de servicio por haber sido objeto de condena penal, no infringen el principio ne bis in idem: STC 180/2004; BOE 290.

En el caso, el demandante, que tras haber abandonado el servicio de armas que prestaba como guardia civil, condujo un automóvil a velocidad superior a la adecuada, con sus facultades mermadas debido a un abundante consumo de bebidas alcohólicas en las horas inmediatamente precedentes, colisionando con un ciclomotor cuyo conductor sufrió graves lesiones y dándose a la fuga, acude en amparo frente a la sanción de separación del servicio impuesta por el Ministro de Defensa por vulneración del principio ne bis in idem al haber sido objeto de previa sanción disciplinaria por Resolución del Comandante Jefe accidental de la 614 Comandancia de la Guardia Civil. El TC desestima el amparo.

SEGUROS PRIVADOS

El tratamiento desigual que establece la Ley 30/1995 para los hijos y hermanos de las víctimas de accidentes de circulación, dependiendo de si es uno o son varios, no es arbitrario ni desproporcionado: STC 105/2004; BOE 180.

En el caso, tanto la Audiencia Provincial de Cuenca, en apelación, como el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Tarancón, aplicaron la tabla I del anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos de motor, en el juicio de faltas que se siguió como consecuencia del accidente de circulación en el que fallecieron los padres y un hermano de los recurrentes. En el baremo de la tabla se trata de manera diferente y peor a los hijos y hermanos de las víctimas de un accidente de tráfico si son varios que si es uno solo ya que se establece una cantidad inicial indemnizatoria a la que se adicionan cantidades menores posteriores. Es por ello que se estima discriminatorio y atentatorio contra el principio de igualdad. El TC deniega el amparo.

SUSPENSIÓN DE CONDENA

La denegación de la suspensión de la ejecución de una condena penal ha de motivarse en relación con las circunstancias individuales del penado: STC 202/2004; BOE 306.

En el caso el recurrente, don Jose Víctor Zurita Bancelles, tras ser condenado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife a una pena privativa de libertad de un año y nueve meses de prisión y dos días de arresto menor, vio denegada sin mayor razonamiento su petición de suspensión de la ejecución, a pesar de cumplirse los requisitos que exige el artículo 81 del Código Penal, con el argumento de que la concesión de la suspensión es facultad del Tribunal sentenciador. El recurrente trabaja y se ha integrado socialmente, habiendo transcurrido más de ocho años desde que ocurrieron los hechos (agosto de 1994) hasta el requerimiento para cumplir condena (noviembre de 2002). Se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en relación con el derecho a la libertad personal. El TC otorga el amparo.

TRABAJADORA EMBARAZADA

La suspensión del contrato de trabajo de una piloto como consecuencia de su ineptitud circunstancial para trabajar como tal debido a su embarazo, cuando en la empresa existía otro puesto de trabajo que sí podía ocupar constituye una actuación discriminatoria: STC 161/2004; BOE 270.

En el caso, doña Consuelo Arto de Prado, que trabajaba para la empresa Pan Air Líneas Aéreas S.A con la categoría de segundo piloto, causó baja médica con el diagnóstico de amenaza de aborto de cinco semanas y media. Mientras la trabajadora se encontraba de baja el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial (CIMA) le efectuó un reconocimiento médico tras el cual se le calificó como "no apta circunstancial". Unos días más tarde de la realización del reconocimiento médico la empresa comunicó a doña Consuelo la suspensión de su contrato de trabajo sin derecho a contraprestación salarial alguna hasta que pudiera reanudar su actividad laboral o pudiera pasar a alguna de las situaciones protegidas por el sistema de Seguridad Social. Así mismo, se le informaba de la imposibilidad de ofrecerle otro puesto de trabajo compatible con su estado debido a la ausencia de vacante, cuando realmente sí existía un puesto de trabajo susceptible de ser ocupado por doña Consuelo. La demandante entendió que la falta de ocupación y el impago de sus retribuciones constituía un despido tácito que se basaba en su situación de embarazo, por lo que interpuso demanda de despido, que fue desestimada al considerar que la actuación de la empresa no podía calificarse como tal. Esta decisión fue confirmada en suplicación de lo que la demandante se queja alegando la existencia de discriminación por razón de sexo. El TC otorga el amparo.

CRÓNICAS

ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN LA JUNTA GENERAL DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN 2004

JOSÉ TUÑÓN BÁRZANA
Letrado Mayor de la Junta General

En 2004 se aprobaron seis leyes, pudiendo destacarse la Ley del Consejo Consultivo en la medida en que se trata de una norma que expresamente contempla el Estatuto de Autonomía tras la reforma de 1999. También conviene añadir que, en orden a concretar la actividad legislativa de la Cámara, resultó útil la aprobación de calendarios para la tramitación de las iniciativas legislativas, documentos que aprueba la Mesa tras oír el parecer de la Junta de Portavoces.

Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. (BOPA núm. 256, de 4 de noviembre de 2004. BOE núm. 282, de 23 de noviembre de 2004)

El proyecto de ley del Consejo Consultivo del Principado de Asturias fue aprobado por el Consejo de Gobierno en su reunión de 4 de marzo de 2004 y tuvo entrada en la Junta General el 9 de dicho mes. Calificado y admitido a trámite por la Mesa de la Cámara el 16 de marzo, fue publicado en el Boletín Oficial de la Junta General, VI Legislatura, Serie A, Actividad Legislativa, núm. 4.1, de 17 de marzo, y remitido a la Comisión de Justicia, Seguridad Pública, Relaciones Exteriores y Presidencia. Dentro del plazo fijado para formular propuestas de comparencias, ampliado por acuerdo de la Mesa de 23 de marzo de 2004 a petición del Grupo Parlamentario Popular, se presentaron 7 solicitudes, 3 conjuntamente de los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, las del Consejero de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores, de la Directora General de Justicia y del Presidente de la Federación Asturiana de Concejos, que fueron admitidas por la Mesa de la Cámara el 30 de marzo de 2004, y 4 del Grupo Popular, de los Presidentes de los Consejos Consultivos de Castilla y León, de Galicia y de La Rioja, y de don Arturo García Tizón, exAbogado General del Estado-Director del Servicio Jurídico del Estado y Consejero de Estado, que fueron admitidas por la Mesa el 6 de abril siguiente. Las comparencias se celebraron en la Comisión de Justicia, Seguridad Pública, Relaciones Exteriores y Presidencia en sesiones de 4 y 18 de mayo (Diario de Sesio-

nes, Serie C, núms. 47 y 51, respectivamente). Sustanciadas las comparencias, la Mesa de la Cámara, en sesión de 25 de mayo, acordó abrir el plazo para la presentación de enmiendas (BOJG, VI, A, núm. 4.3, de 25 de mayo de 2004). Dentro del plazo se presentaron 51, ninguna de totalidad: 33 por el Grupo Parlamentario Popular, 15 por los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, y 3 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias. Todas las enmiendas fueron calificadas y admitidas a trámite por la Mesa de la Comisión en sesión de 28 de junio de 2004, y publicadas en el BOJG, VI, A, núm. 4.4, de 29 de junio de 2004. La Comisión de Justicia, Seguridad Pública, Relaciones Exteriores y Presidencia, en sesión de 29 de junio, designó la Ponencia, que quedó integrada por don Manuel Aurelio Martín González por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, sustituido por doña Noemí Martín González, doña Ana María Barrientos Álvarez por el Grupo Parlamentario Popular, y don Juan Benjamín Gutiérrez Varela por el Grupo Parlamentario Socialista. La Ponencia, en su informe de 10 de septiembre de 2004, BOJG, VI, A, núm. 4.6, de 4 de octubre de 2004, propone la aceptación de 7 enmiendas firmadas conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias. Retiradas 21, 12 del Grupo Popular y 9 de los Grupos Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, la Ponencia propone el rechazo de las restantes: 20 del Grupo Parlamentario Popular y 3 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias. Asimismo incorpora modificaciones técnicas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22 disposición adicional segunda, disposición transitoria cuarta y exposición de motivos, aparte de proponer la creación de cuatro nuevos artículos. La Comisión, en sesión de 7 de octubre de 2004, DSJG, VI, C, núm. 64, eleva a dictamen, a tenor de lo previsto en el art. 145 del Reglamento de la Cámara, el texto propuesto por la Ponencia en su informe, y el Pleno en sesión de 20 de octubre de 2004, DSJG, VI, P, núm. 59 aprueba la Ley.

Letrado don Ignacio Arias Díaz.

La reforma del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias de 1999 creó como órgano superior de Consulta de la Comunidad Autónoma el Consejo Consultivo, remitiendo a una ley del Principado su composición y competencias. De todos modos, y aun cuando esta previsión estatutaria no hubiera existido, las competencias de las Comunidades Autónomas "para crear, en virtud de sus potestades de autoorganización, órganos consultivos propios de las mismas características y con idénticas o semejantes funciones a las del Consejo de Estado", fue reconocida por el TC (STC 204/1992 FJ 5). La creación de este órgano fue objeto de debate en la Junta General, no sólo con ocasión de los debates de investidura sino también en los de orientación política general del Consejo de Go-

bierno, aprobándose diversas resoluciones en este sentido. En todo caso, hay que señalar que Asturias es una de las últimas Comunidades, junto con Cantabria y Madrid, en dotarse de este órgano. El Consejo Consultivo del Principado de Asturias sigue el modelo gubernativo aun cuando, tanto en el Estatuto de Autonomía como en el proyecto de ley remitido a la Cámara se configura como órgano superior de consulta de la Comunidad Autónoma. En efecto, el proyecto de ley contemplaba la posibilidad de que también fuera órgano de consulta del Parlamento, además de serlo de la Administración del Principado y de las corporaciones locales asturianas, lo que fue modificado en la tramitación parlamentaria acomodando sus funciones a las que para el Consejo de Estado define el art. 107 de la Constitución, que lo configura como "supremo órgano consultivo del Gobierno". Con ser importante, ésta no fue la única modificación introducida en el proyecto durante la tramitación parlamentaria, pues también se mejoraron otros extremos tales como la definición de las funciones del Presidente y de los Vocales, y se fijó una mayoría reforzada, siguiendo otros modelos, de tres quintos, para la elección por la Junta General de los Vocales a proponer para su nombramiento, lo que refuerza su respaldo democrático; se mejoró también la definición y funciones de la Secretaría General, perfilando su carácter de órgano de asistencia y apoyo al Consejo, y previendo su reclutamiento entre los Letrados del Consejo Consultivo, Cuerpo de funcionarios que también crea la Ley, no previsto en el proyecto, y determina los procedimientos de selección, con el fin de reforzar la cualificación técnica. Los supuestos de abstención y recusación o la necesidad de intervención previa del Consejo en supuestos de interposición de recursos o conflictos constitucionales; o la eliminación de la cuantía que venía establecida en el proyecto para la intervención del Consejo en supuestos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, son algunas, entre otras recogidas en el informe de técnica legislativa, de las modificaciones introducidas en el *iter* parlamentario. La elección de los vocales del Consejo está previsto que se lleve a cabo en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley (disposición transitoria primera), y la constitución del Consejo dentro de los quince días siguientes a su nombramiento.

Ley del Principado de Asturias 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda. (BOPA núm. 261, de 10 de noviembre de 2004. BOE núm. 296, de 9 de diciembre 2004)

El Consejo de Gobierno aprobó el proyecto de ley de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda en su reunión de 22 de julio de 2004 y se registró

en la Junta General el 3 de dicho mes. El Consejo de Gobierno solicita la tramitación de la iniciativa por el procedimiento de urgencia, que acepta la Mesa, reduciendo los plazos a la mitad, en sesión de 1 de septiembre, sesión en la que también califica y admite el proyecto y ordena su publicación, que aparece en el BOJG, VI, A, núm. 6.1 de 2 de dicho mes, y encomienda la tramitación del expediente a la Comisión de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras. Dentro del plazo de solicitud de comparecencias se piden dieciocho, que la Mesa califica y admite en sesión de 7 de septiembre. Sustanciadas en la Comisión las comparecencias el 27 de septiembre, DSJG, VI, C, núm. 62, la Mesa de la Cámara, el 30 de septiembre, abre el plazo para la presentación de enmiendas, en el que se presentan 13, 1 de totalidad, con petición de devolución del texto al Consejo de Gobierno, suscrita por el Grupo Parlamentario Popular, que fue calificada y admitida por la Mesa de la Comisión en sesión de 7 de octubre, BOJG, VI, A, núm. 6.3, de 7 de octubre, y rechazada por el Pleno el 14 de dicho mes, DSJG, VI, P, núm. 57, y 12 parciales, suscritas conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, calificadas y admitidas por la Mesa de la Comisión el 14 de octubre y publicadas en el BOJG, VI, A, núm. 6.5, de 15 de octubre. La Ponencia, integrada por don Manuel Aurelio Martín González por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, doña Ana Barrientos Álvarez por el Grupo Popular, y don Álvaro Álvarez García por el Grupo Parlamentario Socialista, en su informe de 21 de octubre de 2004, propone, además de la aceptación de las enmiendas, numerosas modificaciones de carácter técnico no sólo en la mayoría del articulado sino también en la ordenación sistemática de la norma y también en un importante número de preceptos del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, que modifica. La Comisión, el 22 de octubre, DSJG, VI, C, núm. 70, eleva a dictamen el texto del proyecto propuesto por la Ponencia y el Pleno, en sesión de 27 de octubre, DSJG, VI, P, núm. 60, aprueba la Ley.

Letrado don Alberto Arce Janáriz.

La intervención que en materia de vivienda persigue el Principado con esta norma se plasma en dos medidas: la primera consiste en la creación de una nueva modalidad de vivienda protegida, que denomina concertada, y la segunda en el establecimiento de un nuevo procedimiento para incorporar al desarrollo urbano suelos idóneos para urbanizar, todo ello con el fin de paliar, en la medida de lo posible, las dificultades de acceso a la vivienda. La Ley limita durante la vida del edificio el precio máximo de venta, acomodándolo al vigente en cada momento para los de nueva construcción, y también limita su venta durante el plazo

de cinco años desde su adquisición, incluidas las segundas y posteriores transmisiones, salvo las excepciones que la propia Ley contempla, como por ejemplo las familias numerosas que precisen de mayor superficie. La Administración goza del derecho de tanteo y retracto sobre la transmisión de las viviendas protegidas concertadas, fijando la Ley como precio a satisfacer el establecido para las viviendas de esta naturaleza en la localidad en la misma fecha. Obviamente, define las infracciones y sanciones aplicables para supuestos de contravención de la norma. En los aspectos relativos al suelo introduce modificaciones en el texto refundido de las disposiciones vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, creando una nueva sección, dedicada a la ordenación especial de áreas con destino a viviendas protegidas, y modifica un importante número de preceptos en aspectos relativos sobre todo a la tramitación de los planes. La Ley fija los precios máximos de venta de la vivienda protegida concertada en 2004 en función de una determinada delimitación territorial, que establece, facultando al Consejo de Gobierno para, mediante decreto, modificarla, y remite al desarrollo reglamentario la determinación del precio máximo de alquiler de estas viviendas. Determina, asimismo, que las transmisiones deben formalizarse mediante escritura pública, fijando las especificaciones mínimas que debe contener, y obliga a que, con carácter previo al otorgamiento de cualquier escritura pública por la que se transmita la propiedad o se constituyan derechos reales sobre las mismas, excepto en el supuesto de hipoteca, deberá suscribirse por las partes, ante la presencia de funcionario público adscrito a la Consejería competente en la materia, el correspondiente documento privado en el que expresamente consten el precio, la forma de pago y las condiciones de la transmisión.

Ley del Principado de Asturias 3/2004, de 23 de noviembre, de Montes y Ordenación Forestal. (BOPA núm. 281, de 3 de diciembre de 2004; C. e. BOPA núm. 7 de 11 de febrero de 2005. BOE núm. 7 de 8 de enero de 2005)

El proyecto de ley forestal del Principado de Asturias fue aprobado por el Consejo de Gobierno en su reunión de 26 de febrero de 2004 y trasladado a la Cámara el 3 de marzo siguiente. Calificado y admitido por la Mesa en sesión de 9 de marzo, fue encomendada su tramitación a la Comisión de Medio Rural y Pesca y publicado en el BOJG, VI, A, núm. 3.1, de 15 de dicho mes. Dentro del plazo fijado para presentar propuestas de comparencias se formularon dos conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias y ocho por cinco Diputados del Grupo Parlamentario Popular, comparencias calificadas y admitidas por la Mesa de la Cámara el 23

de marzo de 2004 y sustanciadas el 14 de abril de 2004, DSJG, VI, C, núm. 42. Abierto por la Mesa en sesión de 20 de abril el plazo para la presentación de enmiendas, BOJG, VI, A, núm. 3.2, de 20 de abril de 2004, dentro del plazo fijado se presentó una enmienda de totalidad, con petición de devolución del proyecto al Consejo de Gobierno, calificada y admitida por la Mesa de la Comisión en sesión de 17 de junio de 2004, BOJG, A, núm. 3.3, de 18 de junio, enmienda debatida y rechazada en sesión del Pleno de la Cámara de 15 de septiembre de 2004, DSJG, VI, P, núm. 53. También se presentaron 141 enmiendas parciales: 2 por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, 2 por el Grupo Parlamentario Socialista, 110 conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias y 27 por el Grupo Parlamentario Popular, calificadas y admitidas por la Mesa de la Comisión en sesión de 22 de septiembre, BOJG, VI, A, núm. 3.5, de 22 de septiembre de 2004. La Ponencia, designada por la Comisión en sesión de 22 de septiembre citado, DSJG, VI, C, núm. 61, e integrada por don Manuel Aurelio Martín González por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, don Luis Servando Peláez Rodríguez por el Grupo Parlamentario Popular y doña María Elena Díaz Palacios por el Grupo Parlamentario Socialista, en su informe de 4 de noviembre de 2004, a la vista del texto del proyecto y de las enmiendas presentadas, amén de las observaciones de los informes de técnica legislativa, introduce modificaciones en el título del proyecto, en la exposición de motivos, y en la práctica totalidad del articulado, por lo que resulta imposible siquiera someramente destacar las más relevantes, y propone a la Comisión una norma sustancialmente distinta al proyecto en el sentido de acomodarla a los preceptos de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes. La Comisión de Medio Rural y Pesca, en sesión de 5 de noviembre, DSJG, VI, C, núm. 73, eleva a dictamen el texto propuesto por la Ponencia y el Pleno, en sesión de 18 de noviembre, DSJG, VI, P, núm. 65, aprueba la Ley.

Letrado don Alberto Arce Janáriz.

Si, como hemos indicado, en su tramitación parlamentaria el proyecto de ley del Consejo Consultivo sufrió importantes mejoras, y también el de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda, no menos podemos decir del paso por la Cámara de la Ley de montes y ordenación forestal, que prácticamente fue redactada de nuevo, principalmente para su mejor acomodación a la legislación básica del Estado contenida en la citada Ley 43/2003, de 21 de noviembre. La Ley determina el ámbito de aplicación y los principios que la inspiran, y crea el Consejo Forestal del Principado como órgano superior de carácter consultivo y de asesoramiento en materia forestal. Establece el concepto de monte y, por razón de su titularidad, los divide en públicos y privados, definiendo unos y otros y fijando

los procedimientos para su declaración y creando el Catálogo de Montes de Utilidad Pública como registro público de carácter administrativo en el que quedarán inscritos tanto aquellos montes que, con anterioridad a la Ley, hubieran sido declarados como de utilidad pública, como los que se declaren en lo sucesivo, todo sin perjuicio de su inscripción en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con su legislación específica. Regula asimismo la desafectación de los montes demaniales y remite a la legislación del Estado el régimen de usucapión o prescripción adquisitiva de los montes patrimoniales. También se ocupa de los montes privados y de la posibilidad de declaración de éstos como montes protectores a iniciativa del propietario cuando cumplan los requisitos establecidos en la Ley. Crea, asimismo, el Registro de Montes Protectores y el Registro de derechos forestales, encomendando a la Consejería competente en materia forestal la elaboración y mantenimiento actualizado del Inventario Forestal del Principado. La investigación, la recuperación de oficio y el deslinde de los montes también son objeto de atención en la Ley, determinando los procedimientos aplicables. Como instrumentos para la planificación, gestión y ordenación forestal establece el Plan de ordenación de los recursos forestales del Principado y los Planes forestales comarcales, definiendo su contenido y procedimiento de elaboración, y regula el régimen de aprovechamientos y autorizaciones así como los gravámenes, servidumbres y ocupaciones temporales y el fondo de mejoras, que fija en el veinticinco por ciento de los ingresos de sus aprovechamientos. Acaso convenga también destacar la atención que merecen en la norma las medidas de prevención y lucha contra incendios así como las limitaciones en el cambio de destino de los terrenos quemados, pues establece que no se podrá efectuar cambio alguno en el destino urbanístico de los terrenos afectados por el fuego hasta transcurridos treinta años del siniestro, ni su transformación en suelos agrícolas hasta que la masa forestal o cubierta vegetal adquiera el mismo estado que tenía en el momento del incendio, y, en todo caso, de conformidad con lo dispuesto en la normativa urbanística de aplicación, encomendando a la Consejería competente en materia forestal la adopción de las medidas necesarias para evitar que las masas forestales quemadas produzcan contaminación por plagas o enfermedades, aspectos sanitarios que asimismo contempla pormenorizadamente la Ley, como también el fomento de la reforestación y las industrias forestales, la investigación científica y tecnológica y las medidas de fomento, para finalizar, el título primero de la Ley, con un capítulo dedicado a las infracciones y sanciones. El título segundo se ocupa de los montes vecinales en mano común, con respeto a la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, y con las peculiaridades propias de esta institución en el Principado, reiterando la feliz expresión de que estos montes son propiedad de los vecinos "con casa abierta con humos".

Ley del Principado de Asturias 4/2004, de 30 de noviembre, del Instituto de Prevención de Riesgos Laborales. (BOPA núm. 287, de 13 de diciembre de 2004. BOE núm. 15, de 18 de enero de 2005)

El proyecto de ley del Principado de Asturias del Instituto Asturiano de prevención de riesgos laborales fue aprobado por el Consejo de Gobierno en su reunión de 5 de agosto de 2004 y remitido a la Junta General el día 10 de este mismo mes. La Mesa de la Cámara, en sesión de 1 de septiembre de 2004, calificó y admitió la iniciativa, encomendó su tramitación a la Comisión de Justicia, Seguridad Pública Relaciones Exteriores y Presidencia, y ordenó su publicación, inserción que apareció en el BOJG, VI, A, núm. 7.1, de 15 de septiembre. Se solicitaron, dentro del plazo fijado, por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias y por cinco Diputados del Grupo Parlamentario Popular, las comparecencias del Consejero de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores, del Director General del Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos Laborales, y de representantes de nueve organizaciones diversas en calidad de expertos o interesados, solicitudes que fueron calificadas y admitidas por la Mesa en sesión de 28 de septiembre. Sustanciadas las comparecencias en la citada Comisión el 13 de octubre, DSJG, VI, Serie C, núm. 66, la Mesa de la Cámara, en sesión de 14 de octubre, acuerda abrir el plazo para la presentación de enmiendas, plazo ampliado, a petición del Grupo Parlamentario Socialista, en sesión de 26 de octubre, hasta el 2 de noviembre. Dentro del plazo se presentaron 14 enmiendas, todas firmadas por el Grupo Parlamentario Popular, iniciativas que fueron calificadas y admitidas por la Mesa de la Comisión en sesión de 12 de noviembre de 2004, BOJG, VI, A, núm. 7.4, de dicha fecha. La Ponencia designada por la Comisión el 15 de noviembre, integrada por don Manuel Aurelio Martín González sustituido por doña Noemí Martín González por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, doña Inmaculada Concepción González Gómez por el Grupo Parlamentario Popular, y don José Amado Mallada Álvarez por el Grupo Parlamentario Socialista, en su informe de 18 de noviembre de 2004, BOJG, VI, A, núm. 7.6, de 19 de noviembre, propone el rechazo de todas las enmiendas, y la incorporación, por razones técnicas, de modificaciones en los artículos 8, 9, 10, 15, 18 y 24, en las disposiciones transitorias segunda, tercera y cuarta y en la exposición de motivos. La Comisión, en sesión de 19 de noviembre, DSJG, VI, C, núm. 82, asume la propuesta de la Ponencia y el Pleno, en sesión de 25 de noviembre, DSJG, VI, Serie P, núm. 66, aprueba la Ley.

Letrado don Ignacio Arias Díaz.

La Ley crea el Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos Laborales como organismo autónomo del Principado de Asturias con personalidad jurídica propia

y plena capacidad de obrar y regula su organización y funcionamiento, con el fin de gestionar las materias de seguridad, higiene, medio ambiente y salud laboral del Principado. Para la consecución de sus objetivos, la Ley contempla, en el marco del Plan de Salud del Principado, el Plan de salud, seguridad y medio ambiente laboral, determinando su contenido. El Instituto se estructura en los siguientes órganos: de dirección, la Junta Rectora, la Presidencia y la Dirección; y de participación, el Consejo de Seguridad y Salud en el Trabajo. La Junta Rectora es el órgano superior de dirección del Instituto a quien le corresponden las funciones más importantes y está integrada por cuatro representantes de la Administración del Principado, cuatro Vocales de las centrales sindicales más representativas, y cuatro de las organizaciones empresariales más representativas. La Ley prevé que la Junta Rectora se reúna al menos tres veces al año, pudiendo constituir en su seno una Comisión Ejecutiva de carácter permanente, cuya composición deberá mantener el carácter tripartito y paritario establecido de la Junta Rectora. El Presidente es el Consejero a cuyo departamento se adscriba el Instituto, y el Director General es nombrado por el Consejo de Gobierno, con rango de Director General. El Consejo de Seguridad y Salud en el Trabajo se configura como órgano de participación en materia de prevención de riesgos laborales, bajo la Presidencia del Presidente del Instituto. Su composición y funcionamiento se determinarán reglamentariamente. Un último capítulo, el V, regula el régimen jurídico del Instituto, financiación, régimen de personal, presupuestario y contable y patrimonial y de contratación. Obviamente, la Ley deroga el Decreto del Principado 32/3000 de 13 de abril, regulador del Instituto Asturiano de Prevención de Riesgos laborales, anterior órgano desconcentrado que se vino ocupando de esta materia.

Ley del Principado de Asturias 5/2004, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales para 2005. (BOPA núm. 302, de 31 de diciembre de 2004, BOE núm. 32, de 7 de febrero de 2005)

El proyecto de ley de presupuestos generales del Principado para 2005 fue aprobado por el Consejo de Gobierno en reunión de 4 de noviembre de 2004 y tuvo entrada en la Junta General el día 8 de este mismo mes. Calificado y admitido a trámite por la Mesa en sesión de esta misma fecha, en la que, oída la Junta de Portavoces, también se aprobó el calendario para su tramitación, conjuntamente con el proyecto de ley de acompañamiento. También se acordó, en la misma sesión, remitir el expediente a la Comisión de Economía y Administración Pública y abrir el plazo para solicitar comparecencias, y se ordenó su publicación, inser-

tándose en el BOJG, VI, A, núm. 10.1, de 11 de noviembre. Dentro del plazo, por los Grupos Parlamentarios Socialista y de Izquierda Unida Bloque por Asturias y por cinco Diputados del Grupo Parlamentario Popular miembros de la Comisión, se solicitaron 144 comparecencias: de miembros del Consejo de Gobierno, de empleados de la Administración, de Presidentes de Consejos de Administración, Directores, Gerentes y asimilados, de representantes del Principado en instituciones y de expertos o interesados, comparecencias que se sustanciaron en sesiones de la Comisión celebradas los días 15, 16, 17, 22, 23 y 24 de noviembre, DDSS, VI, C, núms. 79, 80, 81, 83, 84 y 85. Celebradas las comparecencias, la Mesa de la Cámara, en sesión de 25 de noviembre de 2004 ordenó la apertura del plazo de presentación de enmiendas fijándolo hasta las catorce horas del día 10 de diciembre para presentar las de totalidad, y del 16 de diciembre para las parciales. Dentro del plazo se presentó una enmienda de totalidad, con petición de devolución al Consejo de Gobierno, que fue calificada y admitida por la Mesa de la Comisión en sesión de 13 de noviembre y publicada en el BOJG, VI, A, núm. 10.4, de la misma fecha. El debate de totalidad tuvo lugar el 16 de diciembre, DSJG, VI, P, núm. 70, resultando rechazada la enmienda. Al proyecto de ley de presupuestos generales para 2005 se presentaron también 86 enmiendas, 3 suscritas conjuntamente por los Grupos Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, y las 83 restantes por el Grupo Parlamentario Popular, iniciativas que fueron calificadas y admitidas por la Mesa de la Comisión en sesión de 17 de diciembre, y publicadas en el BOJG, VI, A, núm. 10.6, de 17 de diciembre. La Ponencia, integrada por los Diputados doña Noemí Martín González por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, doña Alejandra Inés Cuétara Palacio por el Grupo Parlamentario Popular, y don Álvaro Álvarez García por el Grupo Parlamentario Socialista, en su informe de 22 de diciembre de 2004, BOJG, VI, A, núm. 10.9, de 22 de diciembre, propone la introducción de numerosas correcciones técnicas y la admisión de las enmiendas suscritas por los Grupos Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, y el rechazo de las firmadas por el Grupo Parlamentario Popular. La Comisión, en sesión de 22 de diciembre, asume el informe de la Ponencia y eleva como dictamen al Pleno, conforme a lo previsto en el art. 145 del Reglamento de la Cámara, el texto propuesto en el informe, DSJG, VI, C, núm. 88. El Pleno, en sesión de 27 y 28 de diciembre, DSJG, VI, P, núms. 71 y 72, aprueba la ley.

Letrado don Alberto Arce Janáriz.

El presupuesto del Principado de Asturias para el ejercicio 2005 asciende a 3.335.715.885 euros, lo que significa una variación, respecto al del ejercicio anterior, del 7,15 %. El volumen de los créditos destinados a operaciones corrientes supone el 70,4 %, el de gastos de capital el 25,6 %, y los créditos para operacio-

nes financieras alcanzan el 4 % de la cifra global. En el elevado porcentaje de los gastos derivados de la actividad ordinaria hay que considerar que las transferencias corrientes suponen el 46% de la distribución porcentual total, suponiendo los gastos de personal el 18% (la Consejería de Educación y Ciencia absorbe el 68,6% de los créditos del capítulo primero). Las inversiones reales suponen el 15%. Las modificaciones introducidas en el proyecto de ley fueron mínimas, limitadas a razones técnicas en el texto articulado, y a la sección 11 como consecuencia de la aceptación de las enmiendas de los Grupos Parlamentarios que apoyan al Gobierno.

Ley del Principado de Asturias 6/2004, de 28 30 de diciembre, de Acompañamiento a los Presupuestos Generales para 2005. (BOPA núm. 302, de 31 de diciembre de 2004. BOE núm. 32, de 7 de febrero de 2005)

El proyecto de ley del Principado de Asturias de medidas presupuestarias, administrativas y fiscales fue aprobado por el Consejo de Gobierno en la misma sesión que el proyecto de ley de presupuestos generales y remitido a la Cámara también el mismo día que aquél. En el Parlamento, como viene siendo habitual, se tramitan conjuntamente, correspondiéndole, en la publicación, el número 11 del Boletín. El Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda de totalidad, también con petición de devolución del proyecto, y enmiendas parciales se presentaron 10: dos conjuntamente por los Grupos Socialista y de Izquierda Unida-Bloque por Asturias, y 8 por el Grupo Popular. Rechazada por el Pleno de la Cámara en la misma sesión que la presentada al proyecto de ley de presupuestos generales para 2005 la enmienda de totalidad, la Ponencia, en su informe, propone la aceptación de las enmiendas de los Grupos que sostienen al Gobierno y el rechazo de las firmadas por la oposición. También propone, por razones técnicas, modificar el título de Ley, que pasa a denominarse de acompañamiento, así como la introducción de una disposición final para modificar la denominación, titulándolas de acompañamiento, de todas las anteriores leyes de medidas presupuestarias administrativas y fiscales.

Letrado don Ignacio Arias Díaz.

El Principado no siguió el ejemplo del Estado, que este año no aprobó la ley de acompañamiento, y prefirió mantenerla como en ejercicios anteriores. La Ley de acompañamiento se ocupa de modificar, en los aspectos presupuestarios, el texto refundido del régimen económico y presupuestario del Principado añadiendo un apartado al artículo 15 y modificando diversos apartados en los artículos 29 y 43, para regular la anulación de liquidaciones de ingresos de baja cuantía y gas-

tos plurianuales en materia de personal no permanente y pagos a justificar. En lo que se refiere a las medidas administrativas, introduce modificaciones en cinco normas: en la Ley del Principado 7/1991, de asistencia y protección al anciano, para variar la composición del Consejo de Administración del organismo autónomo Establecimientos residenciales para ancianos de Asturias, así como sus atribuciones y el régimen de funcionamiento; en la Ley 7/2001, de turismo, modificando la regulación relativa a los campamentos de turismo; da nueva redacción al art. 35 de la Ley 1/2003 de servicios sociales, también para modificar la composición del Consejo Asesor de Bienestar Social del Principado de Asturias; en el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo aprobado por Decreto Legislativo 1/2004 de 22 de abril, modificando el art. 229 para suprimir la necesidad de visado colegial para los proyectos técnicos promovidos por las administraciones públicas al estar ya garantizado su control mediante los recursos de que ya disponen; y en el art. 2 de la Ley 2/2004, de 29 de octubre, de medidas urgentes en materia de suelo y vivienda, para concretar que los noventa metros cuadrados que se establecen como requisito para considerar como protegida concertada la vivienda, deben ser de superficie máxima útil. Y por lo que se refiere a las medidas fiscales, se definen las deducciones sobre la cuota íntegra autonómica o complementaria del impuesto sobre la renta de las personas físicas; modifica el impuesto sobre grandes establecimientos comerciales introduciendo ajustes de carácter técnico y redefiniendo la configuración del impuesto, e introduce modificaciones en las leyes de tasas y de precios públicos, además de modificar la Ley 1/1994, sobre abastecimiento y saneamiento actualizando el canon. Finalmente las disposiciones adicionales autorizan al Ejecutivo a crear dos empresas públicas, la de Gestión de Infraestructuras Públicas de Telecomunicaciones y la Sociedad de Promoción Exterior del Principado de Asturias, ésta dependiente del IDEPA, para la organización de actividades de promoción internacional. Tampoco se introdujeron variaciones sustanciales en la tramitación del proyecto de ley en la Cámara.

ACTIVIDAD NORMATIVA DEL CONSEJO DE GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS EN EL AÑO 2004

IGNACIO ARIAS DÍAZ
Letrado de la Junta General
del Principado

I. INTRODUCCIÓN

La crónica de la actividad normativa del Consejo de Gobierno que se incluye en este número de la Revista abarca el año 2004 en su totalidad.

En ese período, el Consejo de Gobierno ha aprobado 131 Decretos, que responden a la siguiente distribución por Consejerías: Decretos del Presidente: 30; Consejería de Presidencia: 5; Consejería de Economía y Administración Pública: 26; Consejería de Educación y Ciencia: 12; Consejería de Cultura, Comunicación Social y Turismo: 14; Consejería de Vivienda y Bienestar Social: 4; Consejería de Salud y Servicios Sanitarios: 2; Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras: 12; Consejería de Medio Rural y Pesca: 15; Consejería de Industria y Empleo: 8; Consejería de Justicia, Seguridad Pública y Relaciones Exteriores: 3.

Con carácter general en esta crónica anual no publicamos los decretos del Presidente del Consejo de Gobierno por cuanto que se limitan a disponer sustituciones de ausencias de Consejeros, o a efectuar nombramientos de miembros del Consejo de Gobierno, que pueden tener un interés político e histórico, pero que no se suman al ordenamiento jurídico autonómico.

Resulta muy oportuno en esta ocasión traer a colación un tema de gran importancia que está relacionado con la sucesión temporal de las normas reglamentarias del Principado de Asturias y, en especial, sobre la inadecuada construcción de las cláusulas de derogación.

Este fenómeno lo hemos observado a lo largo del ejercicio 2004 con referencia a la producción reglamentaria del 2003, y tiene una repercusión que trasciende las fronteras de la Comunidad Autónoma.

El Servicio on-line Westlaw de Aranzadi constituye el instrumento de mayor utilidad para consultar la normativa vigente en una Comunidad Autónoma, de la que ofrece además, en la mayor parte de los casos, la versión consolidada.

Pues bien, hemos podido constatar que dicho servicio únicamente trabaja con las cláusulas de derogación específica o determinada, no con las cláusulas ge-

néricas o determinadas del estilo de “Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en el presente Decreto”.

Siendo esto así, nos encontramos con la sorpresa de que muchos de los decretos que tenían que aparecer como derogados en el año 2003, continúan vigentes para dicho servicio.

El rasgo común a todos ellos es el mismo: utilizan cláusula de derogación genérica, aun en aquellos casos en los que se conoce perfectamente lo que hay que derogar.

Por ello aprovechamos esta crónica para llamar la atención sobre este asunto y recomendar a quienes son titulares de la potestad reglamentaria en el Principado de Asturias de utilizar las cláusulas de derogación específicas cuando se sabe con total certeza cuál es la norma a derogar, y hacer uso de las cláusulas genéricas del estilo de la que hemos reproducido únicamente en aquellos supuestos en los que se desconozca el impacto de la disposición reglamentaria en el ordenamiento autonómico.

En todo caso, al ser nuestro ordenamiento relativamente joven, no resultará muy ardua todavía la tarea de dilucidar el alcance temporal de dicha potestad reglamentaria.

II. RELACIÓN DE DECRETOS.

Individualizadamente, responden a los siguientes enunciados:

A) CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA

- **Decreto 20/2004, de 11 de marzo**, por el que se declara luto oficial en la Comunidad Autónoma (BOPA núm. 60, de 12 de marzo de 2004).
- **Decreto 29/2004, de 1 de abril**, de segunda modificación del Decreto 137/1999, de 16 de septiembre, por el que se regula la organización y funciones del Instituto Asturiano de la Mujer (BOPA núm. 84, de 12 de abril de 2004).
- **Decreto 37/2004, de 29 de abril**, por el que se dispone el cese, a petición propia, como Director de la Oficina de Representación del Principado de Asturias en Bruselas, de don Javier Fernández López (BOPA núm. 100, de 30 de abril de 2004)
- **Decreto 38/2004, de 29 de abril**, por el que se nombra Director de la Oficina de Representación del Principado de Asturias en Bruselas a don Javier Velasco Mancebo (BOPA núm. 100, de 30 de abril de 2004)
- **Decreto 97/2004, de 16 de diciembre**, por el que se prorroga la vigencia de la aplicación del Decreto 3/2001, de 18 de enero, por el que se declara de

interés público el desempeño de un segundo puesto de trabajo o actividad en el sector público, en el ámbito docente o interpretativo (BOPA núm. 301, de 30 de diciembre de 2004).

B) CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- **Decreto 1/2004, de 15 de enero**, disponiendo la aceptación de un local de 216 m², sito en el Polígono II del sector As Veigas, cedido por el Ayuntamiento de Navia con destino a fines sanitarios (BOPA núm. 24, de 30 de enero de 2004)
- **Decreto 2/2004, de 22 de enero**, por el que se fijan para 2004 las retribuciones del personal funcionario del Principado de Asturias (BOPA núm. 24, de 30 de enero de 2004)
- **Decreto 3/2004, de 22 de enero**, de quinta modificación del Decreto 40/1991, de 4 de abril, de relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario (BOPA núm. 29, de 5 de febrero de 2004).
- **Decreto 4/2004, de 22 de enero**, de segunda modificación del Decreto 68/1989, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Selección e Ingreso del Personal de la Administración del Principado de Asturias (BOPA núm. 29, de 5 de febrero de 2004).
- **Decreto 5/2004, de 22 de enero**, de tercera modificación del Decreto 30/1991, de 7 de marzo, del Consejo Regional de Medio Ambiente (BOPA núm. 29, de 5 de febrero de 2004).
- **Decreto 6/2004, de 22 de enero**, por el que se regula el régimen de jornada, horario, permisos, licencias y vacaciones del personal de la Administración del Principado de Asturias (BOPA núm. 32, de 9 de febrero de 2004).
- **Decreto 8/2004, de 5 de febrero**, por el que se dispone el cese de don Francisco José Sánchez Fernández como Secretario General Técnico de la Consejería de Economía y Administración Pública (BOPA núm. 35, de 12 de febrero de 2004).
- **Decreto 9/2004, de 5 de febrero**, por el que se nombra como Secretaria General Técnica de la Consejería de Economía y Administración Pública a doña María Generosa Fernández Banjul (BOPA núm. 35, de 12 de febrero de 2004).
- **Decreto 13/2004, de 26 de febrero**, por el que se modifica el Decreto 45/1992, de 21 de mayo, de precios públicos, en lo correspondiente a los de la "Ciudad de Vacaciones de Perlorá" (BOPA núm. 60, de 12 de marzo de 2004).
- **Decreto 14/2004, de 4 de marzo**, disponiendo la aceptación de un local, sito en Villar de Luarca, con destino a sede de Guardería de Medio Ambiente (BOPA núm. 66, de 19 de marzo de 2004).

- **Decreto 21/2004, de 11 de marzo**, de segunda modificación del Decreto 22/1993, de 29 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo, Promoción Profesional y Promoción Interna de los Funcionarios de la Administración del Principado de Asturias (BOPA núm. 71, de 25 de marzo de 2004).
- **Decreto 23/2004, de 25 de marzo**, por el que se establece el precio público por la entrada y visita al Museo del Jurásico de Asturias (MUJA) (BOPA núm. 75, de 30 de marzo de 2004).
- **Decreto 31/2004, de 15 de abril**, de primera modificación del Decreto 23/2004, de 25 de marzo, por el que se establece el precio público por la entrada y visita del Museo del Jurásico de Asturias (MUJA) (BOPA núm. 90, de 19 de abril de 2004).
- **Decreto 43/2004, de 20 de mayo**, por el que se establecen los precios públicos por la prestación de servicios de enseñanzas artísticas de régimen especial (BOPA núm. 125, de 31 de mayo de 2004).
- **Decreto 44/2004, de 20 de mayo**, por el que se establecen los precios públicos por la prestación de servicios de enseñanzas de idiomas (BOPA núm. 125, de 31 de mayo de 2004).
- **Decreto 50/2004, de 3 de junio**, sobre régimen jurídico, económico y administrativo de la empresa pública Sociedad de Servicios del Principado de Asturias, S.A (BOPA núm. 143, de 21 de junio de 2004).
- **Decreto 53/2004, de 10 de junio**, disponiendo la aceptación de una parcela, sita en el Polígono de La Villa, Avilés, con destino a la construcción de un centro de salud (BOPA núm. 143, de 21 de junio de 2004).
- **Decreto 58/2004, de 15 de julio**, por el que se fijan los precios públicos que regirán para los estudios conducentes a títulos oficiales y servicios de naturaleza académica en la Universidad de Oviedo durante el curso 2004-2005 (BOPA núm. 170, de 22 de julio de 2004).
- **Decreto 65/2004, de 5 de agosto**, disponiendo la aceptación de un terreno, sito en Llanes, cedido por el Ayuntamiento de Llanes para la ampliación del Instituto de Enseñanza Secundaria (BOPA núm. 193, de 19 de agosto de 2004).
- **Decreto 68/2004, de 3 de septiembre**, disponiendo la aceptación del inmueble de la Escuela Universitaria de Ingeniería Técnica de Minas de Mieres con destino a la construcción de un centro de salud (BOPA núm. 219, de 20 de septiembre de 2004).
- **Decreto 69/2004, de 3 de septiembre**, disponiendo la aceptación de un terreno, sito en Montevil-Oeste, Gijón, con destino a la construcción de una Oficina del Servicio Público de Empleo del Principado de Asturias (BOPA núm. 219, de 20 de septiembre de 2004).

- **Decreto 70/2004, de 10 de septiembre**, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General del Principado de Asturias (BOPA núm. 222, de 23 de septiembre de 2004).
- **Decreto 94/2004, de 25 de noviembre**, por el que se modifican los precios públicos por la prestación de servicios en la Estación Invernal y de Montaña de Valgrande-Pajares (BOPA núm. 277, de 29 de noviembre de 2004).
- **Decreto 95/2004, de 2 de diciembre**, disponiendo la aceptación de dos parcelas de terreno sitas en Langreo centro, con destino a la construcción de una piscina climatizada y auditorio (BOPA núm. 291, de 17 de diciembre de 2004).
- **Decreto 96/2004, de 9 de diciembre**, disponiendo la aceptación de una parcela de terreno sita en La Ería, Oviedo, con destino a la construcción de un Instituto de Enseñanza Secundaria (BOPA núm. 296, de 23 de diciembre de 2004).
- **Decreto 98/2004, de 23 de diciembre**, por el que se actualizan los precios públicos de cuantía fija (BOPA núm. 302, de 31 de diciembre de 2004).

C) CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA

- **Decreto 15/2004, de 4 de marzo**, por el que se rectifican errores advertidos en el texto de los Estatutos de la Universidad de Oviedo, aprobados por Decreto 233/2003, de 28 de noviembre (BOPA núm. 66, de 19 de marzo de 2004).
- **Decreto 24/2004, de 25 de marzo**, por el que se regula la admisión del alumnado en centros docentes no universitarios públicos y privados concertados del Principado de Asturias (BOPA núm. 88, de 16 de abril de 2004).
- **Decreto 30/2004, de 1 de abril**, por el que se establece la ordenación general de las enseñanzas de régimen especial correspondientes a los títulos de Técnico Deportivo y de Técnico Deportivo Superior en el Principado de Asturias (BOPA núm. 94, de 23 de abril de 2004).
- **Decreto 33/2004, de 22 de abril**, por el que se cesa como Presidenta del Consejo Social de la Universidad de Oviedo a doña Margarita Salas Falgueras (BOPA núm. 100, de 30 de abril de 2004).
- **Decreto 34/2004, de 22 de abril**, por el que nombra Presidente del Consejo Social de la Universidad de Oviedo (BOPA núm. 100, de 30 de abril de 2004).
- **Decreto 35/2004, de 22 de abril**, por el que se renuevan Vocales del Consejo Social de la Universidad de Oviedo (BOPA núm. 100, de 30 de abril de 2004).
- **Decreto 39/2004, de 29 de abril**, por el que se nombra Rector Magnífico de la Universidad de Oviedo a don Juan Antonio Vázquez García (BOPA núm. 105, de 7 de mayo de 2004).

- **Decreto 40/2004, de 6 de mayo**, por el que se regulan los órganos de gobierno en los centros docentes públicos que imparten las enseñanzas definidas en la Ley Orgánica de Calidad de la Educación en el Principado de Asturias (BOPA núm. 107 de 10 de mayo de 2004).
- **Decreto 43/2004, de 20 de mayo**, por el que se establecen los precios públicos por la prestación de servicios de enseñanzas artísticas de régimen especial (BOPA núm. 125, de 31 de mayo de 2004).
- **Decreto 44/2004, de 20 de mayo**, por el que se establecen los precios públicos por la prestación de servicios de enseñanzas de idiomas (BOPA núm. 125, de 31 de mayo de 2004).
- **Decreto 54/2004, de 18 de junio**, por el que se sustituyen Vocales del Consejo Social de la Universidad de Oviedo (BOPA núm. 150, de 29 de junio de 2004).
- **Decreto 71/2004, de 16 de septiembre**, de segunda modificación del Decreto 69/2002, de 23 de mayo, por el que se establece la ordenación y definición del currículo de Educación Secundaria Obligatoria en el Principado de Asturias (BOPA núm. 235, de 8 de octubre de 2004).
- **Decreto 72/2004, de 16 de septiembre**, de primera modificación del Decreto 70/2002, de 23 de mayo, por el que se establece la ordenación y definición del currículo del Bachillerato en el Principado de Asturias, y se aprueba el currículo de Lengua Asturiana y Literatura (BOPA núm. 234, de 7 de octubre de 2004).
- **Decreto 74/2004, de 24 de septiembre**, por el que se autoriza la implantación de las enseñanzas conducentes a la obtención del título de Diplomado en Terapia Ocupacional, y la supresión de las enseñanzas conducentes a la obtención del título de Diplomado en Magisterio, especialidad en Educación Musical, de la Escuela Universitaria de Magisterio "Padre Enrique de Ossó", centro adscrito a la Universidad de Oviedo (BOPA núm. 228, de 30 de septiembre de 2004).

D) CONSEJERÍA DE CULTURA, COMUNICACIÓN SOCIAL Y TURISMO

- **Decreto 45/2004, de 20 de mayo**, por el que se declara Bien de Interés Cultural el Conjunto Histórico de la Villa de Castropol (Asturias) (BOPA núm. 129, de 3 de junio de 2004).
- **Decreto 46/2004, de 20 de mayo**, por el que se fija el importe a percibir en concepto de dietas e indemnizaciones por los miembros del Comité Asturiano de Disciplina Deportiva (BOPA núm. 128, de 3 de junio de 2004).
- **Decreto 49/2004, de 27 de mayo**, por el que se regula la estructura, régimen interior y funcionamiento de la Agencia para el Desarrollo de la Co-

municación y Proyectos Culturales (BOPA núm. 135, de 11 de junio de 2004).

- **Decreto 57/2004, de 1 de julio**, por el que se regula el funcionamiento y contenido del Registro General de Diplomas o Certificados de Formación Deportiva promovida por las Federaciones Deportivas y autorizada por la Administración del Principado de Asturias (BOPA núm. 164, de 15 de julio de 2004).
- **Decreto 59/2004, de 22 de julio**, por el que se declara Bien de Interés Cultural, con la categoría de monumento, el Tablero de Cancel de la iglesia de San Tirso de Candado (BOPA núm. 183, de 6 de agosto de 2004).
- **Decreto 60/2004, de 22 de julio**, por el que se declara Bien de Interés Cultural, con la categoría de monumento, la Torre de Sirviella, en el concejo de Onís (BOPA núm. 183, de 6 de agosto de 2004).
- **Decreto 61/2004, de 22 de julio**, por el que se declara Bien de Interés Cultural, con la categoría de monumento, el Palacio de Valdés-Bazán, en San Román de Candamo, concejo de Candado (BOPA núm. 183, de 6 de agosto de 2004).
- **Decreto 62/2004, de 22 de julio**, por el que se declara Bien de Interés Cultural, con la categoría de monumento, la iglesia de Santa María de Limanes, en el concejo de Siero (BOPA núm. 183, de 6 de agosto de 2004).
- **Decreto 63/2004, de 22 de julio**, por el que se declara Bien de Interés Cultural, con la categoría de monumento, el Palacio del Marqués de Camposagrado, en el concejo de Mieres (BOPA núm. 183, de 6 de agosto de 2004).
- **Decreto 64/2004, de 22 de julio**, por el que se declara Bien de Interés Cultural el Conjunto Histórico de Argul, en el concejo de Pesoz (BOPA núm. 183, de 6 de agosto de 2004).
- **Decreto 66/2004, de 5 de agosto**, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Oficina de Actividades Festivas (BOPA núm. 200, de 27 de agosto de 2004).
- **Decreto 73/2004, de 16 de septiembre**, por el que se declara bien de interés cultural, con categoría de monumento, el Palacio de los García de Tineo, en Tineo (BOPA núm. 235, de 8 de octubre de 2004).
- **Decreto 78/2004, de 8 de octubre**, por el que se aprueba el Reglamento de establecimientos hoteleros (BOPA núm. 251, de 28 de octubre de 2004).
- **Decreto 92/2004, de 18 de noviembre**, por el que se declaran de interés social a efectos de expropiación forzosa determinados inmuebles contiguos al Museo de Bellas Artes de Asturias (BOPA núm. 274, de 25 de noviembre de 2004).

E) CONSEJERÍA DE VIVIENDA Y BIENESTAR SOCIAL

- **Decreto 25/2004, de 25 de marzo**, por el que se acepta parcela sita en Ribadesella, cedida por el Ayuntamiento de Ribadesella, con destino a la construcción de viviendas de promoción pública (BOPA núm. 88, de 16 de abril de 2004).
- **Decreto 56/2004, de 25 de junio**, de primera modificación del Decreto 56/2001, de 24 de mayo, por el que se crea y regula el Consejo de Personas Mayores del Principado de Asturias (BOPA núm. 161, de 12 de julio de 2004).
- **Decreto 75/2004, de 24 de septiembre**, de primera modificación del Decreto 30/2003, de 30 de abril, por el que se regula la adjudicación de viviendas promovidas por el Principado de Asturias (BOPA núm. 237, de 11 de octubre de 2004).
- **Decreto 80/2004, de 14 de octubre**, de primera modificación del Decreto 139/1999, de 16 de septiembre, de organización y funciones del Instituto Asturiano de Atención Social a la Infancia, Familia y Adolescencia (BOPA núm. 252, de 29 de octubre de 2004).

F) CONSEJERÍA DE SALUD Y SERVICIOS SANITARIOS

- **Decreto 51/2004, de 3 de junio**, por el que se regula el procedimiento de acreditación, autorización y registro de las oficinas de farmacia y servicios farmacéuticos en relación con la elaboración y control de fórmulas magistrales y preparados oficinales (BOPA núm. 143, de 21 de junio de 2004).
- **Decreto 100/2004, de 30 de diciembre**, de primera modificación del Decreto 25/1996, de 20 de junio, por el que se regula la actividad de prestación de servicios a domicilio (BOPA núm. 12, de 17 de enero de 2005).

G) CONSEJERÍA DE MEDIO AMBIENTE, ORDENACIÓN DEL TERRITORIO E INFRAESTRUCTURAS

- **Decreto 7/2004, de 29 de enero**, por el que se rectifican errores advertidos en el texto del Decreto 202/2003, de 18 de septiembre, segunda modificación del Decreto 169/1999, de 9 de diciembre, por el que se regula la composición, competencias y funcionamiento de la Comisión de Urbanismo y Ordenación del Territorio de Asturias (BOPA núm. 35, de 12 de febrero de 2004).
- **Decreto 10/2004, de 5 de febrero**, segunda modificación del Decreto 10/1992, de 7 de febrero, por el que se crea la Comisión para Asuntos Medioambientales (BOPA núm. 51, de 2 de marzo de 2004).

- **Decreto 22/2004, de 11 de marzo**, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado de Expropiación del Principado de Asturias (BOPA núm. 71, de 25 de marzo de 2004).
- **Decreto 26/2004, de 25 de marzo**, primera modificación del Decreto 25/2000, de 9 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Comisión Cartográfica del Principado de Asturias (BOPA núm. 88, de 16 de abril de 2004).
- **Decreto 41/2004, de 6 de mayo**, por el que se dispone el cese de don Fernando Menéndez Rexach como Director General de Transportes y Puertos (BOPA núm. 110, de 13 de mayo de 2004).
- **Decreto 42/2004, de 20 de mayo**, por el que se nombra como Director General de Transportes y Puertos a don Julián Bonet Pérez (BOPA núm. 119, de 24 de mayo de 2004).
- **Decreto 47/2004, de 27 de mayo**, por el que se dispone el cese, a petición propia, de don Claudio Álvarez Rodríguez como Director General de Carreteras (BOPA núm. 127, de 2 de junio de 2004).
- **Decreto 48/2004, de 27 de mayo**, por el que se nombra como Director General de Carreteras a don José María Pertierra de la Uz (BOPA núm. 127, de 2 de junio de 2004).
- **Decreto 76/2004, de 24 de septiembre**, por el que se rectifica error advertido en el texto del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Jurado de Expropiación del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 22/2004, de 11 de marzo (BOPA núm. 240, de 15 de octubre de 2004).
- **Decreto 77/2004, de 24 de septiembre**, por el que se fija el número total de representantes de la Junta y de la Comisión Rectora del Parque Natural de Ponga y su forma de designación (BOPA núm. 240, de 15 de octubre de 2004).
- **Decreto 82/2004, de 28 de octubre**, por el que se fija el número total de representantes de la Junta de la Comisión Rectora del Parque Natural de las Fuentes del Narcea, Degaña e Ibias y su forma de designación (BOPA núm. 269, de 19 de noviembre de 2004).
- **Decreto 101/2004, de 30 de diciembre**, de primera modificación del Decreto 86/2003, de 29 de julio, de estructura orgánica básica de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio e Infraestructuras (BOPA núm. 21, de 27 de enero de 2005).

H) CONSEJERÍA DE MEDIO RURAL Y PESCA

- **Decreto 11/2004, de 12 de febrero**, por el que se establece el límite de la superficie de los montes a los efectos del derecho de adquisición preferente por la Comunidad Autónoma (BOPA núm. 51, de 2 de marzo de 2004).

- **Decreto 27/2004, de 25 de marzo**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Ovellariza (Villanueva de Oscos) (BOPA núm. 88, de 16 de abril de 2004).
- **Decreto 28/2004, de 25 de marzo**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Monte de Arbón (Villayón) (BOPA núm. 88, de 16 de abril de 2004).
- **Decreto 52/2004, de 3 de junio**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Francos-Sanzo- Serán (Pesoz) (BOPA núm. 141, de 18 de junio de 2004).
- **Decreto 55/2004, de 18 de junio**, por el que se establece la organización y se atribuyen competencias para el ejercicio de las funciones relacionadas con las actuaciones de utilización confinada y de liberación voluntaria de organismos modificados genéticamente (BOPA núm. 153, de 2 de julio de 2004).
- **Decreto 67/2004, de 5 de agosto**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Trasmonte- Villarquille (San Martín de Oscos) (BOPA núm. 200, de 27 de agosto).
- **Decreto 81/2004, de 21 de octubre**, sobre la producción agraria ecológica y su indicación en los productos agrarios y alimenticios, en el ámbito del Principado de Asturias (BOPA núm. 256, de 4 de noviembre de 2004).
- **Decreto 83/2004, de 4 de noviembre**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Tejero-Villameana-Fontalba (Tineo) (BOPA núm. 271, de 22 de noviembre de 2004).
- **Decreto 84/2004, de 4 de noviembre**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Bustoburniego-Villatresmil (Tineo) (BOPA núm. 271, de 22 de noviembre de 2004).
- **Decreto 85/2004, de 4 de noviembre**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Riotorno (Cangas del Narcea) (BOPA núm. 271, de 22 de noviembre de 2004).
- **Decreto 86/2004, de 4 de noviembre**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Colinas-La Mortera-Santiago (Tineo) (BOPA núm. 271, de 22 de noviembre de 2004).

- **Decreto 87/2004, de 4 de noviembre**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de El Faedal (Tineo) (BOPA núm. 271, de 22 de noviembre de 2004).
- **Decreto 88/2004, de 4 de noviembre**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Orderias (Tineo) (BOPA núm. 271, de 22 de noviembre de 2004).
- **Decreto 89/2004, de 4 de noviembre**, por el que se declara de utilidad pública e interés social y urgente ejecución la concentración parcelaria de la zona de Caldueño-Meré (Llanes) (BOPA núm. 271, de 22 de noviembre de 2004).
- **Decreto 99/2004, de 23 de diciembre**, por el que se regula la identificación de los animales de compañía y el Registro informático centralizado del Principado de Asturias (BOPA núm. 6, de 10 de enero de 2005).

I) CONSEJERÍA DE INDUSTRIA Y EMPLEO

- **Decreto 12/2004, de 12 de febrero**, por el que se sustituye a varios miembros del Pleno del Consejo Económico y Social de Principado de Asturias (BOPA núm. 51, de 2 de marzo de 2004).
- **Decreto 16/2004, de 4 de marzo**, por el que se otorga a favor de la empresa Hidrocarburos del Cantábrico, S.L., el permiso de investigación de hidrocarburos denominado "Laviana", n.º HC-03 (BOPA núm. 66, de 19 de marzo de 2004).
- **Decreto 17/2004, de 4 de marzo**, por el que se otorga a favor de la empresa Hidrocarburos del Cantábrico, S.L., el permiso de investigación de hidrocarburos denominado "Lieres", n.º HC-04 (BOPA núm. 66, de 19 de marzo de 2004).
- **Decreto 18/2004, de 4 de marzo**, por el que se otorga a favor de la empresa Hidrocarburos del Cantábrico, S.L., el permiso de investigación de hidrocarburos denominado "Campomanes", n.º HC-05 (BOPA núm. 66, de 19 de marzo de 2004).
- **Decreto 19/2004, de 4 de marzo**, por el que se otorga a favor de la empresa Hidrocarburos del Cantábrico, S.L., el permiso de investigación de hidrocarburos denominado "Monsacro", n.º HC-06 (BOPA núm. 66, de 19 de marzo de 2004).
- **Decreto 36/2004, de 22 de abril**, por el que se sustituye para el año 2005 una de las fiestas de ámbito nacional por la fiesta regional del 8 de septiembre, Día de Asturias (BOPA núm. 105, de 7 de mayo de 2004).

- **Decreto 79/2004, de 8 de octubre**, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Asesor de Comercio del Principado de Asturias (BOPA núm. 246, de 22 de octubre de 2004).
 - **Decreto 93/2004, de 18 de noviembre**, por el que se nombran los vocales del Consejo Asesor de Comercio del Principado de Asturias (BOPA núm. 272, de 23 de noviembre de 2004).
- J) CONSEJERÍA DE JUSTICIA, SEGURIDAD PÚBLICA Y RELACIONES EXTERIORES**
- **Decreto 32/2004, de 15 de abril**, por el que se dispone la sustitución de un Vocal integrante de la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado- Principado de Asturias en representación de la Comunidad Autónoma (BOPA núm. 152, de 1 de julio de 2004).
 - **Decreto 90/2004, de 11 de noviembre**, por el que se regula el régimen de horarios de los establecimientos, locales e instalaciones para espectáculos públicos y actividades recreativas en el Principado de Asturias (BOPA núm. 277, de 29 de noviembre de 2004).
 - **Decreto 91/2004, de 11 de noviembre**, por el que se establece el catálogo de los espectáculos públicos, las actividades recreativas y los establecimientos, locales e instalaciones públicas en el Principado de Asturias (BOPA núm. 277, de 29 de noviembre de 2004).

CRÍTICA DE LIBROS

*JUECES, DERECHO Y POLÍTICA.
LOS PODERES DEL JUEZ EN UNA
SOCIEDAD DEMOCRÁTICA,*
DE DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Aranzadi, Navarra, 332 págs.

RAFAEL FONSECA GONZÁLEZ

RECENSIÓN

El juez es una pieza fundamental de todo sistema jurídico; sin embargo, desde un punto de vista político su perfil resulta más difícil de trazar; incluso es fácil constatar que en una perspectiva tradicional lo más conveniente para el juez sería no tener dimensión política alguna. Ahora bien, al compás de la evolución de las sociedades occidentales los jueces, aun sin quererlo, han adquirido una importancia política que, como ya nos resulta cotidiano, es muy relevante y decisiva. Precisamente el reto al que se ha enfrentado David Ordóñez al elaborar esta obra es explicar esta evolución y calibrar sus consecuencias al haberse convertido el Juez en una pieza clave del funcionamiento de nuestras sociedades y al haber adquirido una relevancia inusitada desde un punto de vista no sólo jurídico, lo que es obvio, sino, de manera especial, políticamente.

La estructura del libro resulta muy sencilla en la medida en que pretende ofrecer un examen del poder del Juez tanto desde la perspectiva política como desde el punto de vista jurídico, teniendo como referencia la concreta experiencia de los Jueces españoles.

En efecto, en la primera parte se aborda, por un lado, la figura del Juez desde un punto de vista politológico; y a estos efectos analiza la evolución de los poderes del Juez en los Estados Unidos desde la misma adopción de la Constitución de 1787 y en la Europa continental a partir de la Revolución francesa de 1789; se comprueba, asimismo, el proceso de convergencia del modelo judicial europeo con el norteamericano al que se llega en la segunda mitad del siglo XX cuando el Juez adquiere definitivamente un papel protagonista en los sistemas políticos occidentales; en fin, también se analizan las cuestiones relativas a la legitimidad en el ejercicio de la función judicial y a la independencia de los jueces. Y, por otro lado, se presentan, a partir de un análisis propio del Derecho, los «límites jurídicos del poder del Juez» en relación con el proceso, el lenguaje y la motivación de

las decisiones judiciales; planteando, también, la inagotable cuestión del carácter vinculante de la jurisprudencia.

La segunda parte está dedicada al mismo examen, político y jurídico, del ejercicio de sus poderes por el Juez español. En este caso se resalta el extraordinario cambio experimentado por los Jueces como consecuencia de la adopción y de la aplicación de la Constitución de 1978. Por primera vez en nuestra historia constitucional, desde la Constitución de Cádiz de 1812, la Carta Magna no será ya únicamente un documento político esencial sino que constituirá la Norma jurídica fundamental de nuestro ordenamiento y, gracias a la importantísima labor desarrollada por el Tribunal Constitucional, la Constitución de 1978 se convertirá en el punto de referencia de toda la aplicación judicial del Derecho español.

En esta parte resulta destacable el examen que David Ordóñez lleva a cabo de la cooperación e influjo del Tribunal Constitucional sobre los Tribunales ordinarios y de las relaciones entre los propios Jueces. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional resulta patente su fecundidad a la vista de la transformación del Derecho español en el último cuarto de siglo; pero también se abordan los esporádicos enfrentamientos habidos entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, en particular con la Sala 1ª de lo Civil, que revelan la lucha por imponer resolutivamente su propia superioridad jurisdiccional «en todos los órdenes». En este caso el análisis concluye recomendando una mayor dosis de autocontención (*self-restraint*) a ambos órganos cuyas funciones quedan definidas claramente en la Constitución. También en esta parte se indaga en las relaciones entre los propios Jueces y se reformula la recurrente cuestión del valor vinculante de la jurisprudencia teniendo en cuenta tanto el principio de seguridad jurídica como la independencia del Juez, que es uno de los elementos definidores del estatuto judicial y sin olvidar que carecería de sentido un ordenamiento petrificado, sin el aliento de una jurisprudencia vivificadora que en muchas ocasiones se impulsa desde los últimos escalones de la judicatura.

En la tercera parte se esboza el contexto europeo en el que actualmente se desenvuelve el ejercicio del poder del Juez. Por eso se examina la importancia que ha tenido la protección europea de los derechos fundamentales y la extraordinaria labor desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero también se estudian los efectos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los distintos ordenamientos nacionales y en la aplicación judicial del Derecho comunitario. En este ámbito europeo resulta muy significativa la soterrada lucha mantenida entre el Tribunal de Justicia comunitario, verdadero Tribunal Constitucional de la Unión, y los Tribunales Constitucionales nacionales, por ejemplo el alemán y el italiano; pero también es reveladora la cooperación entre el Tribunal comunitario y los Tribunales Supremos nacionales, siendo,

sin duda, muy representativo el pulso mantenido con el Consejo de Estado francés.

Este análisis permite comprender, por ejemplo, el sentido y el alcance de la Declaración DTC 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, de nuestro Tribunal Constitucional en la que, a pesar del voto particular de tres magistrados, se han intentado obviar los problemas de las relaciones entre la Constitución española y el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 29 de octubre de 2004 apelando a una más que discutible distinción entre *supremacía* de la Constitución española y *primacía* de la Constitución europea en aquellos ámbitos en los que se ha transferido a la Unión Europea, en virtud del artículo 93 de la Constitución, el ejercicio de competencias derivadas de la propia Constitución.

No obstante, como también ha reconocido en esta misma Declaración 1/2004 nuestro Tribunal Constitucional, el Dr. Ordóñez Solís insiste en la necesidad de fomentar el diálogo entre los jueces en Europa, en todos los ámbitos y particularmente cuando esté en juego la interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales españoles, con el Tribunal Constitucional a la cabeza.

De hecho, la respuesta que aquí se ofrece a la pregunta clásica de quién controla a los guardianes gira en torno a la necesidad de que sean los propios Jueces los que se vigilen recíprocamente en un proceso donde, no obstante, como en todo ejercicio del poder, se propende ineluctablemente a que se imponga uno de ellos, el último en decidir; o, como ya lo decía con ingenua perspicacia un juez del Tribunal Supremo norteamericano cuya cita ocupa un lugar preferente en este libro: «No somos los últimos porque seamos infalibles, sino que somos infalibles únicamente por ser los últimos».

Frase que, es preciso advertirlo, tiene también como contrapunto en esta obra una cita de Aristóteles en la que se adivina el sentido democrático de la justicia y conforme a la cual unos hombres, los jueces, son los que tienen el encargo de la sociedad a la que pertenecen de enjuiciar a otros hombres por lo que para ello y a juicio del autor de libro no sólo será preciso que conozcan y apliquen una técnica concreta como es el Derecho sino que habrán de estar al tanto de la evolución y de las demandas de esa sociedad que, en definitiva, legitima sus decisiones judiciales.

En suma, esta obra, que en muchos casos se sitúa al límite de la ortodoxia jurídica más tradicional, puede considerarse útil en cuanto ofrece las claves de un debate necesario en nuestra sociedad para comprender el alcance de la función del Juez, o, más bien, de los poderes del Juez, y para explicar desde nuevas perspectivas problemas de los estudios jurídicos como la interpretación de las normas o la protección de los derechos fundamentales, en particular los de la tutela judicial,

pero también para entender las cuestiones propias de la Teoría y de la Ciencia Política como la legitimidad en el ejercicio del poder judicial o la independencia del Juez. Se trata claramente de una vieja partitura –lo que se revela en la cita de los juristas clásicos y de los brocados más añejos– que, no obstante, debe interpretarse con nuevos instrumentos teniendo en cuenta un contexto social muy específico y de manifiesta complejidad.

Así pues, conviene alabar que David Ordóñez haya intentado abordar estas cuestiones, lo que, por sí sólo, justificaría el interés de este libro, pero también debe subrayarse que resulta esperanzador que en este caso concreto la obra haya sido escrita desde dentro, con ánimo constructivo y precisamente por un juez.

EL LIBRO DE LAS LEYES DEL SIGLO XVIII

Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1781)

Edición y estudio preliminar a cargo de Santos M. Coronas González.
Centro de Estudios Constitucionales/ Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.
Libro Índice. Tomo I (1708-1748).
Tomo II (1749-1766). Tomo III (1767-1776), y Tomo IV (1777-1781)

Colección de Impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1782-1795)

Edición y estudio preliminar a cargo de Santos M. Coronas González.
Centro de Estudios Constitucionales/ Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003.
Tomo V (1782-1787) y Tomo VI (1788-1795)

JUAN BARÓ PAZOS
Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Cantabria

Con el título genérico de *Libro de las Leyes del siglo XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla*, el insigne Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad ovetense, Dr. Santos M. Coronas González, publicó en 1996, bajo los auspicios del Centro de Estudios Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado los cuatro tomos de la colección correspondientes a los Libros I al XII de los años 1708 a 1781, con un *Índice del resumen alfabético de las Reales Cédulas y demás impresos de la colección*.

En el año 2003, y tras un largo y complejo proceso de edición, la colección se completó con la publicación de los tomos V y VI, que recogen los catorce libros restantes, correspondientes a los años 1782-1795, coincidiendo precisamente con los años de mayor producción normativa del siglo ilustrado. Carente, en su versión primitiva de un índice adecuado al texto, éste ha sido confeccionado por el propio editor de la obra, con distinción de voces de personas e instituciones, siguiendo el estilo del Índice resumen de los libros anteriores, para facilitar la consulta del conjunto de la obra.

Conviene recordar que la publicación de este ingente registro de leyes y otros materiales, tiene su origen en una propuesta que formulara, como Director de la colección Clásicos del Pensamiento político y constitucional español del Centro de Estudios Constitucionales, el insigne Catedrático de Historia del Derecho

D. Francisco Tomás y Valiente, trágicamente fallecido en 1996, y a quien los organismos editores de la obra (el Centro de Estudios Constitucionales y el Boletín Oficial del Estado) han tenido el acierto de dedicar la obra como un homenaje especialmente sentido y merecido, al que se suma el editor de la obra y autor de sus dos estudios preliminares.

Enmarcada en el género de la literatura jurídica, la obra en su conjunto, felizmente completada con la publicación de los últimos tomos, reúne los caracteres de una magna obra por la comodidad que ofrece a historiadores y juristas poder consultar todo ese importante y abundante material no recogido en las colecciones al uso. De la misma debe destacarse, como así lo hace el propio editor de la obra, que los textos recogidos en ella son *auténticos*, obtenidos por sus colectores de documentación validada, y por tanto sin el riesgo de haber sufrido alteración alguna; y además, los textos que se recogen son *completos*, reproducidos íntegramente, sin mutilaciones de ningún género que privan de su auténtico sentido a las leyes y a las otras disposiciones y materiales seleccionados, como es habitual en otras colecciones oficiales (Nueva y Novísima Recopilación), o privadas.

Destacado el valor de la obra, de gran utilidad para los investigadores, gracias a su completo índice, procede incidir en el significado que la obra tuvo en sus orígenes como instrumento de consulta para los ministros del Consejo de Castilla y para cualquier otro órgano de la administración del reino, a la vista del papel relevante desempeñado por el Consejo en la publicación y circulación de las normas en la España del Antiguo Régimen¹.

Efectivamente la España ilustrada dieciochesca presenció una ingente producción normativa, que aumentó en el reinado de Carlos III, el rey reformista por excelencia, al mismo tiempo que se introducían los cambios necesarios en una sociedad que aspira a desprenderse de unas estructuras propias del antiguo régimen. Porque sólo con las leyes, nacidas de la razón, es posible la introducción de esas necesarias reformas reclamadas desde los distintos sectores de la sociedad. Son las leyes y las otras disposiciones normativas que se coleccionan, los instrumentos que hacen posible los cambios. Pero de su necesidad y de su abundancia, a veces también necesaria, nace la dificultad de su conocimiento, a causa de su insuficiente publicación, causando confusión y necesariamente, incertidumbre entre los encargados de la administración de la justicia; en los ofi-

1 Más ampliamente se destaca el interés de esta obra en José M. Vallejo García-Hevia. "El Consejo de Castilla y la brújula de las leyes (a propósito de Santos M. CORONAS GONZÁLEZ. *El Libro de las Leyes del siglo XVIII...*)", en *Quaderni Fiorentini* 27 (1998), pp. 537-575; del mismo autor, "El Libro de las Leyes del siglo XVIII. Colección de impresos legales y otros papeles del Consejo de Castilla. Adición (1782-1795)", en *Quaderni Fiorentini*, 32 (2003), pp. 490-506.

ciales al servicio de la administración, y en general entre todos aquellos destinatarios potenciales de las leyes que en diversas formas se dictan, máxime cuando el ámbito de aplicación del derecho castellano, tenido ahora por derecho nacional, se amplía a los territorios de la Corona de Aragón tras los Decretos uniformadores de la Nueva Planta.

Pues bien, a superar esa incertidumbre, con el designio de alcanzar la precisa seguridad jurídica, se dirige esta colección de impresos del Consejo de Castilla, que pretende tanto ofrecer de una manera ordenada unos materiales al uso para los miembros de los Reales Consejos, como permitir el conocimiento de esos materiales para el mayor acierto de las decisiones que adoptan.

En todo ello, y en aras del logro de la precisa seguridad jurídica, la intervención de Pedro Rodríguez de Campomanes en la superación del confusionismo mediante la puesta al alcance de la sociedad de los medios precisos para dar a conocer el derecho, debe ser considerada como decisiva. Campomanes es para el profesor Coronas, el “promotor y auténtico valedor” de la obra que persigue ese objetivo final: ser útil como instrumento que permite el conocimiento del derecho. Y esa utilidad entonces sentida, cobra hoy vida mediante la cuidada edición que se presenta, ofreciendo esta obra para utilidad no de los que tienen el deber de aplicar el derecho, si no de los estudiosos que indagan en el derecho del pasado a la búsqueda de las claves para entender mejor el derecho del presente.

Sin ser consciente de esta utilidad que hoy ofrece su obra, Campomanes, ese ilustre asturiano de currículum personal y profesional ciertamente admirable, como ha demostrado el propio Santos Coronas² y Vallejo García Hevia³, abogó por la reforma de nuestra legislación y por la clarificación del panorama de las fuentes del derecho, con un interés nunca demostrado hasta entonces, interés que manifestara en su etapa más temprana a través de unas juiciosas *Reflexiones sobre la jurisprudencia española y ensayo para reformar sus abusos*, re-

- 2 Pedro Rodríguez Campomanes (1723-1802), en *Juristas Universales*, Rafael Domingo (ed.). Pamplona, 2004. Tomo 2, pp. 646-652; Santos M. Coronas González. *Ilustración y Derecho. Los Fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*. Madrid, 1992. Santos. M. Coronas González. *In memoriam. Pedro Rodríguez Campomanes*. Oviedo, 2002. Santos M. Coronas González. Edición crítica, estudio preliminar y notas a *Pedro Rodríguez Campomanes. Escritos regalistas: I. Tratado de la regalía de España; II. Juicio imparcial sobre el monitorio de Roma publicado contra las regalías de Parma*. Oviedo, 1993; Santos M. Coronas González. Estudio preliminar a *Pedro Rodríguez de Campomanes. Inéditos Políticos*, Oviedo 1996. Los dos últimos se publican como números 4 y 7, respectivamente de la colección de Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, patrocinada por la Junta General del Principado de Asturias, en una política acertada de difusión de las obras de los autores asturianos, cuya fama alcanza más allá de nuestras fronteras.
- 3 José M. Vallejo García-Hevia. *La Monarquía y un ministro*, Campomanes. Madrid, 1997. Del mismo autor, *Campomanes y la acción administrativa*. Madrid, 2003.

dactadas en 1750⁴. Más adelante, y ya al servicio de la administración y de la política, además de introducir junto con Manuel de Roda una reforma en los planes de estudio de nuestras Universidades, causantes en buena medida de la situación⁵, Campomanes se hizo eco de esa confusión denunciada en 1765 por De Castro en una obra de sugestivo título *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos y la necesidad de un nuevo y metódico Cuerpo de Derecho para la recta administración de justicia*, publicada en 1765, y encomendó a Manuel de Lardizábal, un jurista ilustrado de origen mexicano, llamado a ser el mentor de la reforma en España del derecho penal, la compleja tarea de ordenar de una manera más racional las leyes vigentes. Para ello, Lardizábal comisionado por el Consejo y por el propio Campomanes, Fiscal a la sazón del mismo, asumió la redacción de un suplemento a la Nueva Recopilación y la elaboración de un extracto de las leyes penales que facilitase su aplicación, germen de lo que en 1782 será su *Discurso sobre las penas...*⁶. Pero los frutos del trabajo de Campomanes no se obtuvieron con la inmediatez que la gravedad de los mismos requería. Ni se publicó un suplemento de la Nueva Recopilación, sino meras reimpressiones de la misma, pese a los esfuerzos del comisionado; ni se avanzó en el proyecto de preparar las bases para la confección de un proyecto de Código Penal en España. Consta, eso sí, que llegó a confeccionarse por la Junta de Recopilación reunida para examinar el encargo asignado a Lardizábal, un modesto *Plan y distribución del Código criminal en 1787*, que fue presentado a Floridablanca el 29 de marzo de 1787⁸. El plan tuvo en cuenta su extracto de las leyes penales, así como la doctrina al uso, especialmente la obra de Filangieri, cu-

4 Inéditas en su momento han sido editadas por A. Álvarez Morales, en *El pensamiento político y jurídico de Campomanes*, Madrid, 1989, pp. 137-185.

5 M. Peset-J.L. Peset. *La Universidad española. Despotismo ilustrado y revolución liberal*. Madrid, 1974. De los mismos autores, *El reformismo de Carlos III y la Universidad de Salamanca*. Salamanca, 1969, y *Gregorio Mayans y la reforma universitaria*. Salamanca, 1975. A. Álvarez de Morales. *La Ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*. Jaén, 1979. Santos M. Coronas González. "Jovellanos, ante el plan de estudios ovetense de 1774" en *II Congreso Internacional sobre las Universidades Hispánicas*. Valencia, 1996. M. Peset Reig, "La formación de juristas en los siglos XVIII y XIX y su acceso al foro en el tránsito de los siglos XVIII al XIX", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 62 (1971), p. 615 y ss.

6 *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Madrid, 1782. Puede consultarse su reciente edición, en A. Moreno Mengíbar. *Estudio preliminar del Discurso sobre las penas (1782)*. Cádiz, 2001

7 José Ramón Casabó Ruiz. "Los orígenes de la codificación penal en España: el plan del Código criminal de 1787". *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*. Madrid, 1969. Pese a lo que afirma este autor, el proyecto no reúne los perfiles de un proyecto de código penal, al mezclar disposiciones penales y procesales.

8 Vallejo García-Hevia. *Campomanes...*, op. cit., p. 168.

ya publicación había sido iniciada precisamente en el año de 1787. Ciertamente, los ecos en España de la Revolución francesa y el miedo antirrevolucionario que se extendió entre nuestros políticos, dieron paso a un período de contracción de las reformas en el reinado de Carlos IV, paralizándose por el momento todo intento de innovación.

Aun así, producto de ese interés demostrado por Campomanes, será la confección de este registro de leyes y otras disposiciones y papeles con el designio de allanar la labor diaria de consejeros y fiscales del más alto tribunal, y evitar de este modo la pérdida irreparable de un amplio material legislativo. Se trata de una colección facticia de disposiciones impresas, alguna de ellas no recogidas (“extravagantes”, al vagar fuera de las colecciones legislativas), o recogidas sólo parcialmente en recopilaciones oficiales, o en repertorios o prontuarios privados como fueron los de Pérez y López (1791-1798)⁹, Santos Sánchez (1792-1793)¹⁰, y Severo Aguirre (1793-1796)¹¹. Ordenada de forma cronológica, la colección que reseñamos, a diferencia de éstas, ofrece una información completa y no mutilada de diferentes normas publicadas por el Consejo de Castilla.

Llama poderosamente la atención la heterogeneidad de su contenido, por la diversidad de sus fuentes normativas (leyes, pragmáticas, autos, cédulas...) y de

9 La obra de Antonio X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, publicada en Madrid 1791-1798, en 28 volúmenes es de todas las privadas la más completa y exhaustiva, referida también al derecho indiano. Cfr. Ana M. Barrero García. “Los Repertorios y Diccionarios jurídicos”, en *A.H.D.E.*, 43 (1973), p. 333 y ss.

10 Santos Sánchez, Oficial de la escribanía de Cámara y gobierno del Consejo de Castilla publicó un *Extracto puntual de todas las Pragmáticas, Cédulas, Provisiones, Circulares y Autos Acordados, publicados y expedidos por regla general en el reinado del Señor don Carlos III*, en Madrid, 1792-1793, en una primera edición y en Madrid, 1794, en una segunda, y así en distintas ediciones hasta 1805. Pese a su éxito comercial, al ofrecer literalmente al menos la parte dispositiva de las normas, fue calificada de “muy defectuosa” por la doctrina, al no incluir todas las decisiones no recopiladas, ni las providencias expedidas por el Consejo de Castilla con carácter particular para el gobierno de algunas entidades públicas. Cfr. Santos Coronas, “Estudio preliminar...” en *Libro-Índice (1996)* de la obra reseñada, p. 25.

11 El conocido como Prontuario de Severo Aguirre en su edición de 1793 recoge en extracto la legislación española de 1715 a 1792 no recopilada. S. AGUIRRE, *Prontuario alfabético y cronológico por orden de materias de las Instrucciones, Ordenanzas, Reglamentos y Pragmáticas y demás Reales resoluciones expedidas hasta 1792 no recopiladas que han de observarse para la administración de justicia y gobierno de los pueblos del Reino*. Madrid, 1793. Con actualizaciones fue objeto de nuevas ediciones en Madrid 1796 y Madrid 1799, y de una *Continuación y Suplemento del Prontuario...* por J. Garriga en Madrid 1799-1802 y Madrid 1804. De ello da cuenta Ana M. Barrero García. “Los Repertorios y Diccionarios jurídicos”, *loc. cit.*, p. 333. Y más ampliamente, Santos Coronas, “Estudio preliminar...” en *Libro-Índice (1996)* de la obra reseñada, p. 26.

otros materiales de interés jurídico, como escritos sobre temas los más diversos. Porque la obra no sólo selecciona leyes, sino también “papeles en derecho”, esto es, memoriales, dictámenes fiscales, informes, escritos doctrinales... hasta un total de 773 disposiciones, junto con otros materiales de difícil encaje y definición, que aparecen en la primera tanda editada en 1996. El abundante material recogido en esta colección, ofrece una amplia perspectiva de aquella sociedad dieciochesca que se debate entre el fin de un régimen, y el inicio del otro que se adivina. Con la ventaja de la perspectiva del tiempo transcurrido, hoy podemos afirmar que aquellas disposiciones, auténticos hitos que anunciaban los cambios en la ordenación de la administración y de su derecho, serían el preludio de las grandes reformas de la España decimonónica: la organización territorial, la desamortización, la necesidad de la codificación, etc.

La publicación del registro viene introducida por sendos estudios preliminares a cargo de Santos M. Coronas (pp. 9-39 del libro-índice. Madrid, 1996; y pp. IX-XIV, de la Adición (1782-1795). Madrid, 2003), en los que destaca el contexto ilustrado de la época en que se preparó la colección, en un ambiente de exaltación del reformismo que lleva aparejado un crecimiento inusitado de la actividad administrativa, y en su consecuencia, de la actividad legislativa, imprescindible para el movimiento de la máquina administrativa. Ambos estudios enmarcan acertadamente la obra que felizmente se publica, imprescindible instrumento de consulta para cualquier estudioso que pretenda acercarse al siglo del reformismo y de las luces de la Ilustración, a sus estructuras políticas y a sus instituciones. Pero además del trabajo desplegado por el Dr. Coronas en la correcta introducción de la obra, debe significarse su paciente tarea de localización y revisión de los textos que se recogen, y lo que es no menos importante para su consulta, la elaboración de un “Índice alfabético de lo que se expresa en el resumen que sigue para su más pronto uso”, y que acompaña a la *Adición* publicada en 2003. Estas tareas, poco lucidas, pero que resultan imprescindibles en el éxito final de la obra, deben ser públicamente reconocidas y valoradas.

Por todo ello es de justicia felicitar al editor, Santos M. Coronas, cuyo nombre aparece ya indefectiblemente unido a cuantos trabajos se realizan sobre el siglo XVIII español. El Dr. Coronas es sin duda el mejor estudioso desde el punto de vista institucional y del pensamiento político de este siglo complejo, mejor conocido en los últimos 25 años gracias a su ya dilatada labor investigadora. Felicitación que es de justicia hacer extensiva al Centro de Estudios Constitucionales, y al Boletín Oficial del Estado, que vislumbraron la oportunidad de la publicación y pusieron sus medios, sin reparo de ellos, a disposición de una cuidada edición que enriquece el panorama de las fuentes al uso entre los historiadores y juristas.

JURISTAS UNIVERSALES

(Ed. Rafael Domingo), 4 tomos (2. Juristas modernos), Madrid, Marcial Pons, 2004.

MARTA FRIERA ÁLVAREZ

En el segundo tomo de la obra *Juristas universales*, que ve la luz con motivo del cincuenta aniversario del nacimiento de la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra (1952-2002), encontramos una selección de noventa y cinco juristas que, a través de la plasmación escrita de su pensamiento, idearon, desarrollaron y analizaron una nueva época histórica llamada Ilustración, que marca el esplendor y crisis del Antiguo Régimen y constituye una etapa de tránsito hacia el Liberalismo decimonónico del que somos herederos. Como la realidad jurídica comprende la política, económica y social, entre dichos autores se encuentran no sólo juristas en sentido estricto, sino también políticos, economistas y, en general, filósofos y pensadores.

La obra de referencia, que, en su conjunto, abarca desde la época romana (mediados del siglo II a. C.) hasta nuestros días (siglo XX), se enmarca en Europa occidental y América, en atención a su base romanista –con sus dos grandes ramas de tradición jurídica: el *Ius commune*, de base legalista, en Europa continental, y el *Common law*, de base judicialista, en el ámbito angloamericano– y a la configuración de sus Estados, en la época contemporánea, como Estados constitucionales liberales-democráticos. Una obra, pues, que no es sólo apoyo sino una importante aportación al estudio de la Historia del Derecho comparado.

Cada autor es analizado por un especialista, que incluye su biografía (y, en su caso, su retrato), las aportaciones más importantes de su pensamiento, las obras fundamentales que lo contienen y una seleccionada bibliografía. El orden elegido es cronológico (fecha de nacimiento) y es el índice alfabético de juristas biografiados final el que permite una fácil búsqueda.

El siglo XVIII se abre con el francés Montesquieu (1689-1755), uno de los autores más influyentes de la Ilustración, y se cierra con el americano Joseph Story (1770-1845), contemporáneo del famoso juez Marshall, que sigue la tradición constitucionalista de Estados Unidos iniciada a fines de siglo y consolidada durante el siglo XIX. Introduce el análisis de dichos juristas un estudio del profesor Santos M. Coronas González, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Oviedo, cuya obra sobre la Historia constitucional de España es fundamental para comprender la transición hacia el Consti-

tucionalismo liberal-democrático. En este sentido, como no podía ser de otro modo, la época de la Ilustración es su gran especialidad y para su análisis se centra en los conceptos básicos, para el momento y el futuro, de razón, historia, regalismo, unificación jurídica, Derecho natural racionalista, Liberalismo económico y Economía política, Derecho público o constitucional, Derecho penal humanitario, Derecho procesal y unificación de fueros, constituciones y códigos.

Perdida la unidad cristiana y jurídica medieval, las nuevas luces comienzan a iluminar la Europa renacentista a través de la difusión de un nuevo concepto de razón crítica y universal que aplicaba el método empírico a las ciencias naturales y humanas (Bacon, Descartes, Newton). De este modo, en el ámbito jurídico, se desarrolló el pensamiento iusracionalista e iusnaturalista que nace en las Universidades alemanas (Grocio, Pufendorf, Thomasius, Heineccius, Wolff, Vattel) y se difunde por toda Europa. Los nuevos conceptos de estado de naturaleza, pacto social y soberanía serán fundamentales en el desarrollo del pensamiento ilustrado y del liberal. Esa racionalización permite además la dispersión del viejo *Corpus Iuris* en ramas jurídicas, lo que llevará al nacimiento del Derecho constitucional, administrativo, penal, procesal, civil, mercantil, etc.

La Ilustración del setecientos se caracteriza por el reformismo que desarrolla y aplica en la práctica dicho pensamiento iusracionalista. Las reformas jurídicas darán paso a las políticas, administrativas, fiscales, económicas –según las nuevas teorías fisiocráticas (Quesnay), del Liberalismo económico (Smith) y la Economía política– y sociales.

Los ilustrados no sólo acogerán el Derecho natural y de gentes, universal, sino que, además, centrarán su interés en el Derecho patrio o histórico, identificando entonces el Derecho del Rey con el del Reino como mantenían las doctrinas regalistas. Ambos Derechos natural y patrio debían estudiarse en las Universidades, hasta entonces monopolizadas por el Derecho romano-canónico, y compilarse en recopilaciones o, mejor, códigos que integrasen la variada y dispersa normativa vigente, para su conocimiento y aplicación. Del conocimiento del Derecho patrio a través del estudio crítico de su historia se derivaba una tradición jurídica propia, un Derecho público basado en la existencia de unas Leyes fundamentales que limitaban el poder real y configuraban un sistema de gobierno pactista que, pronto, conforme a los nuevos tiempos, comienza a llamarse Constitución histórica.

El reformismo ilustrado dará paso a la revolución que se difunde por toda Europa occidental y América. Los esfuerzos por compatibilizar Derecho racional y Derecho histórico darán lugar a nuevos sistemas jurídicos y políticos. Es entonces cuando nacen los nuevos Estados constitucionales-liberales, con el tiempo democráticos. Primero en Inglaterra, luego en América, posteriormente en Fran-

cia y a partir de entonces en el resto de Estados europeos y americanos, entre ellos España.

La revolución inglesa, que comienza en 1688, se caracteriza por su continuidad y por incorporar progresivamente los nuevos principios iusracionalistas de soberanía popular, separación de poderes y derechos individuales a su Constitución histórica (Locke). De la monarquía dualista medieval se pasó así a la constitucional, mixta o templada, basada en la supremacía del Parlamento (rey, lores y comunes) y el Rule of law. En el siglo XVIII el modelo de Constitución templada inglesa se difunde por Europa y América (Bolingbroke, Hume, Blackstone), mientras que en la práctica se convertía ya en una Monarquía parlamentaria (Burke, Paine, Bentham, Fox).

La revolución norteamericana tendrá en cuenta la herencia inglesa (Locke, Blackstone), pero la influencia del iusnaturalismo racionalista en una sociedad en la que el estado de naturaleza y el pacto social podían verse como una realidad derivará en la elaboración de un nuevo Derecho plasmado en declaraciones de derechos y constituciones. La Declaración de independencia de 1776 (Jefferson), las constituciones de los nuevos Estados (Virginia, 1776) y, por fin, la Constitución federal de 1787 asumieron los principios de soberanía popular, división de poderes y derechos individuales. Más novedoso es el federalismo, el republicanismo y la forma de gobierno presidencialista. A partir de entonces se desarrollará en Norteamérica una teoría constitucionalista, que en Europa no se recibirá hasta después de la primera guerra mundial, cuyo eje es la Constitución como norma jurídica suprema a la que deben acomodarse las leyes (Madison, Hamilton, Marshall).

La revolución francesa rompe con la tradición jurídica del Antiguo Régimen. Si bien hubo una defensa de la Constitución histórica francesa olvidada por el Absolutismo, que seguía el modelo inglés de conciliación entre historia y razón (Montesquieu), lo cierto es que la doctrina triunfante en la Asamblea nacional y constituyente fue la liberal, que reelabora los principios iusracionalistas e ilustrados de soberanía popular que pasa a nacional, división de poderes a favor del Congreso unicameral y derechos individuales de libertad, seguridad, igualdad, propiedad, etc. (Voltaire –olvidado en la obra reseñada–, Rousseau, Mably –también olvidado–, Sieyès, etc.). El poder legislativo, reflejo de la voluntad general, era el legitimado para sistematizar dicho Derecho racional y natural y, a la vez, nacional, en declaraciones de derechos (1789), constituciones (1791, 1793, 1795 y 1799) y, ya en el siglo XIX, códigos de Derecho civil (1804), penal, procesal civil y penal, y mercantil.

El modelo francés será el más extendido por la Europa continental, con influencia también en Hispanoamérica, aunque en menor medida que el modelo

norteamericano. En España, la mezcla de las modernas corrientes europeas y la tradición jurídica propia, fiel a los principios del Absolutismo monárquico –aun con matices– y el escolasticismo, darán lugar a una particular y lenta revolución liberal. Los ilustrados defendieron la existencia de un sistema tradicional de gobierno pactista entre el Rey y el Reino representado en Cortes, basado en la existencia de una Legislación fundamental o Constitución histórica (Campomanes, Jovellanos). Pero la invasión francesa y el consiguiente levantamiento aceleraron el fin del Antiguo Régimen y la revolución liberal española acoge entonces los principios y el modelo de la revolución francesa (Argüelles), aunque no dejó de intentar derivar el nuevo Derecho racionalista del histórico (Martínez Marina). Entre los reformistas españoles, la obra reseñada incluye a Mayans, Campomanes, Lardizábal, Dou i Bassols, Jovellanos, Martínez Marina, Argüelles y Javier de Burgos, y, además, al peruano José Baquíjano y Carrillo. Toda elección es difícil, máxime cuando se trata de una obra que pretende ser universal y debe centrarse en hombres cuyo pensamiento haya trascendido de sus propias fronteras. No vamos a nombrar a los que consideramos que debían haberse incluido porque se trataría de otra elección siempre subjetiva. Sólo destacaremos la consideración de que algunos de los mencionados encajan mejor en el siglo XIX, como es el caso, por lo menos, de Javier de Burgos.