

**REVISTA JURÍDICA
DE LA
COMUNIDAD DE MADRID**

SEPTIEMBRE DE 2022



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid



**Comunidad
de Madrid**

CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA, JUSTICIA E INTERIOR
ABOGACÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional,
Asuntos Constitucionales y Estudios



Revista Jurídica
de la Comunidad de Madrid

Las opiniones expresadas por cada uno de los autores constituyen una manifestación de su derecho de libertad de expresión, sin pretender representar la posición institucional de la Comunidad de Madrid.

@ Comunidad de Madrid

Edita: Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid
Puerta del Sol, 7, 3ª planta – 28013 Madrid
Tel.: 91 580 42 86 – Fax: 91 580 42 69
E-mail: revjuridica@madrid.org

Septiembre de 2022

REVISTA JURÍDICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

- SEPTIEMBRE DE 2022 -

Contenido

1. DISPOSICIONES ESTATALES.....	4
2. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS.....	9
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	9
4. RESOLUCIONES JUDICIALES	10
4.1. Jurisdicción penal.....	10
4.2. Jurisdicción contencioso-administrativa	11
5. OTRAS RESOLUCIONES	12
6. COMENTARIOS DOCTRINALES	13
6.1. Aplicabilidad de la regla de adaptación contenida en la disposición adicional octava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a los convenios de cooperación suscritos entre Comunidades Autónomas – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid).....	13
6.2. El otorgamiento de instrucciones previas ante notario en la Comunidad de Madrid – Héctor Durán Vicente (Letrado de la Comunidad de Madrid)	18
6.3. Controversia sobre el fuero territorial judicial aplicable en los procedimientos civiles de internamiento de menores tutelados – Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)	21

1. DISPOSICIONES ESTATALES

- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual: de conformidad con su art. 1.1, tiene por objeto “*la garantía y protección integral del derecho a la libertad sexual y la erradicación de todas las violencias sexuales*”. Para ello, consta de 61 artículos estructurados en un Título Preliminar y ocho títulos, respectivamente referidos a: 1. Investigación y producción de datos (en donde se incluye un mandato a las Administraciones públicas para la investigación y publicación de datos en relación con las distintas formas de violencia sexual); 2. Prevención y detección; 3. Formación (en distintos ámbitos –educativo, sanitario, judicial y fiscal, policial, etc.-); 4. Derecho a la asistencia integral especializada y accesible (que incluye los derechos a la información, atención médica especializada, servicios de salud mental, atención a las necesidades económicas, asistencia jurídica, etc., a través de distintos servicios que deberán promoverse por las AAPP, cuyo acceso será gratuito, entre los que se incluyen “centros de crisis 24 horas”, servicios de recuperación integral, de atención a víctimas de trata y explotación sexual, y de atención a niños víctimas de violencias sexuales. Los arts. 38 a 40 contemplan derechos laborales y de Seguridad Social específicos –el art. 40 se refiere concretamente a los derechos de las funcionarias públicas, ignorando la violencia que pueda ejercerse contra los funcionarios varones- y el art. 41 regula ayudas económicas); 5. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; 6. Acceso y obtención de justicia (regulando la actuación de las unidades de valoración forense integral, la protección y seguridad de las víctimas); 7. Derecho a la reparación (que comprende, según el art. 52, “*la indemnización a la que se refiere el artículo siguiente, las medidas necesarias para su completa recuperación física, psíquica y social, las acciones de reparación simbólica y las garantías de no repetición*”), y 8. Medidas para la aplicación efectiva de la ley orgánica (aludiendo a la colaboración y coordinación administrativa). Sus disposiciones finales modifican puntualmente 16 normas, incluyendo la LECrim, el Código Penal, la Ley General de Publicidad, el Estatuto de los Trabajadores, el EBEP o el TRLISOS (BOE nº 215, de 7 de septiembre de 2022).

- Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor: se modifican los párrafos 2º y 4º del art. 142.2, los párrafos 1º y 2º del art. 152.2 y el art. 382 bis.1, con el objetivo de lograr que la imprudencia sea calificada, como mínimo, como imprudencia menos grave, pero nunca como leve, si las lesiones son relevantes o se causa la muerte, de modo que se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción calificada como grave por el TR de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (cuyo art. 85.1 también se modifica por la DF 1ª para garantizar la necesaria comunicación de los accidentes de tráfico con resultado de lesión o muerte por parte de la autoridad administrativa a la autoridad judicial). Los anteriores delitos pasarán a ser perseguibles de oficio y no solo mediante denuncia. Por otra parte, se reduce la pena de multa a uno o dos meses en caso de provocarse por imprudencia menos grave lesiones que necesiten tratamiento médico o quirúrgico que no sean invalidantes, pero sí relevantes. En delitos de imprudencia menos grave, la sanción de pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores pasa a ser preceptiva en lugar de facultativa. Finalmente, se modifica la tipificación del delito de abandono del lugar del accidente contenida en el art. 382 bis (BOE nº 221, de 14 de septiembre de 2022).

- *Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia):* a través de esta reforma se incorpora al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2019/1023, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, a la par que persigue los siguientes objetivos: (i) la introducción de los planes de reestructuración, como instrumento preconcursal dirigido a evitar la situación de insolvencia, (ii) la simplificación y agilización del procedimiento concursal –incluyendo la introducción de un nuevo Libro III, que incorpora un procedimiento especial para microempresas, entendiéndose como tales aquellas que en el ejercicio anterior a la solicitud hubiesen empleado una media inferior a diez trabajadores y que tuviesen un volumen de negocio anual inferior a 700.000 euros o un pasivo inferior a 350.000 euros en las últimas cuentas cerradas-, y (iii) el refuerzo del procedimiento de segunda oportunidad, ampliando la relación de deudas exonerables e introduciendo la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del deudor y con un plan de pagos, permitiendo así que este conserve su vivienda habitual y sus activos empresariales. Sus disposiciones finales introducen modificaciones puntuales en el Código Civil (arts. 92.7 –sustituye la palabra padres por la de progenitores-, 914 bis –rectifica un error, sustituyendo la referencia al causahabiente por la del causante- y 1365.2º -eliminando la remisión al Código de Comercio en la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas contraídas en el ejercicio de la profesión, arte u oficio-), la Ley Hipotecaria (arts. 3 y 82.1, sobre inscripciones y cancelaciones derivadas de planes de reestructuración, que podrán practicarse en virtud de testimonios del auto de homologación del acuerdo), la Ley de asistencia jurídica gratuita (reconociendo este derecho en su art. 2 también a las microempresas y sindicatos en el ámbito concursal), LJCA (atribuyendo en su art. 12.1.b) competencia a la Sala Tercera del Tribunal Supremo para conocer de los actos y disposiciones no solo del CGPJ, como hasta la fecha, sino también del Fiscal General del Estado), la LEC (introduciendo en el art. 589 la posibilidad de iniciar negociaciones con acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación, en el trámite de manifestación de los bienes del ejecutado en el ámbito de la ejecución dineraria) o el TRLSC (afectando a los arts. 365 y 367, sobre deber de convocatoria y régimen de responsabilidad solidaria por deudas sociales en los supuestos de disolución por causa legal o estatutaria), entre otras (**BOE nº 214, de 6 de septiembre de 2022**).

- *Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación:* de conformidad con su Preámbulo, la reforma –que afecta a numerosos preceptos de la ley- gira en torno a tres ejes básicos. El primero de ellos es el relativo a la carrera y desarrollo profesional del personal investigador, diseñando, por un lado, un itinerario postdoctoral que conduzca a la incorporación estable de investigadores al sistema y su desarrollo profesional posterior, a través del contrato de acceso de personal investigador doctor, con duración determinada y

dedicación a tiempo completo, y, por otro, la introducción de una nueva modalidad contractual laboral indefinida vinculada al desarrollo de actividades científico-técnicas para todo tipo de personal de investigación en el marco de líneas de investigación definidas, amén de otros cambios como los referentes al objeto del contrato de investigador distinguido, a la posibilidad de participar en los procesos selectivos de acceso a la condición de personal investigador funcionario de carrera y a los contratos laborales en los organismos públicos de investigación (OPI) de la AGE de personas extranjeras que se hallen regularmente en territorio español, etc. El segundo eje se centra en el fomento de la transferencia del conocimiento, estableciendo incentivos al efecto, como su toma en consideración a efectos retributivos y de promoción en los OPI o la participación en beneficios. El tercero pretende mejorar los mecanismos de gobernanza del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y la coordinación y colaboración entre agentes tanto públicos como privados, así como la simplificación de los procedimientos administrativos (entre otros, en materia de subvenciones). Como parte de este último eje, su DA 3ª crea la Agencia Espacial Española como agencia estatal adscrita a los Ministerios de Ciencia e Innovación y de Defensa, cuyo estatuto deberá aprobarse en el plazo de un año (**BOE nº 214, de 6 de septiembre de 2022**).

- *Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas:* modifica diversas leyes con el objeto declarado en su art. 1 de agilizar la creación de empresas; mejorar la regulación y eliminar obstáculos al desarrollo de actividades económicas; reducir la morosidad comercial y mejorar el acceso a financiación. Entre las novedades más relevantes se incluyen la modificación del TRLSC (pasando a permitir la constitución de sociedades de responsabilidad limitada con un capital social mínimo de un euro, aunque aplicando determinadas especialidades hasta que no llegue a 3.000 euros), la Ley de garantía de la unidad de mercado (entre otros, para excluir de su ámbito de aplicación las materias tributarias, modificar la definición de las conductas que se consideran limitativas de la libertad de establecimiento o circulación en su art. 18 o derogar sus arts. 22 a 25, sobre intercambio de información en el ejercicio de funciones de supervisión), la LJCA (en concreto, el apartado 6 del art. 127 ter y los apartados 1 y 2 del art. 127 quater, en relación con el dictado de sentencias de viva voz y las medidas cautelares solicitadas por la CNMC en el procedimiento para la garantía de la unidad de mercado), la LCSP (en sus arts. 216.4 –permitiendo la retención de la garantía definitiva en los contratos SARA y de valor estimado igual o superior a dos millones de euros en tanto que el contratista no abone las facturas a los subcontratistas y suministradores en plazo, cuando estos hubiesen ejercitado acciones arbitrales o judiciales- y 217 –obligando al contratista a aportar certificación de pago a los subcontratistas junto con cada certificación de obra en los contratos previstos en su apartado 2 e imponiendo penalidades en caso de resolución judicial o arbitral firme por impago en los plazos previstos), la Ley General de Subvenciones (para impedir que sean beneficiarios o entidades colaboradoras de subvenciones por importe superior a 30.000 euros las empresas que incumplan los plazos de pago previstos en la Ley 3/2004), la Ley de Competencia Desleal (que pasa a considerar como tal el incumplimiento reiterado de las normas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales), la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (revisando en su integridad el Título V, sobre régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa o de *crowdfunding*, adaptándolo a lo establecido en el Reglamento (UE) 2020/1503), y la normativa reguladora de las

instituciones de inversión colectiva y de las entidades de capital riesgo (**BOE nº 234, de 29 de septiembre de 2022**).

- ***Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar:*** la reforma se fundamenta en la sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C 389/20) y tiene por objeto profundizar en la equiparación de las condiciones laborales y de Seguridad Social de este sector, en lo que sus especiales características –pluralidad de empleadores, condición no empresarial de estos, alta variabilidad de las jornadas, etc.- permita. Para ello, modifica puntualmente la Ley de prevención de riesgos laborales (introduciendo una DA 18ª que proclama su derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo en los términos que se prevean reglamentariamente), el ET (para incluirles dentro de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial en su art. 33.2), el TRLGSS (para extender a este colectivo la cobertura por desempleo), el RD 505/1985 (sobre obligación de cotización al FGS y prestaciones indemnizatorias a este) y el RD 1620/2011 (equiparando aspectos como las presunciones de indefinición o la extinción de la relación laboral) (**BOE nº 216, de 8 de septiembre de 2022**).

- ***Real Decreto-ley 17/2022, de 20 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la energía, en la aplicación del régimen retributivo a las instalaciones de cogeneración y se reduce temporalmente el tipo del Impuesto sobre el Valor Añadido aplicable a las entregas, importaciones y adquisiciones intracomunitarias de determinados combustibles:*** se divide en tres capítulos. El primero regula un nuevo tipo de renuncia voluntaria al régimen retributivo específico para las instalaciones de cogeneración y tratamiento de purines y lodos de aceite de oliva, de manera que las instalaciones que renuncien al régimen retributivo específico puedan solicitar la inclusión en el mecanismo de ajuste regulado en el RDL 10/2022. El segundo incluye medidas de impulso a la tramitación, puesta en servicio y evacuación de la generación renovable. El tercero establece una reducción temporal, hasta el 31 de diciembre de 2022, del IVA sobre los componentes de la factura de las entregas de gas natural, de briquetas y pellets procedentes de la biomasa y a la madera para leña utilizados en sistemas de calefacción (**BOE nº 227, de 21 de septiembre de 2022**).

- ***Real Decreto 586/2022, de 19 de julio, por el que se modifica el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el Real Decreto 141/2021, de 9 de marzo:*** la modificación afecta exclusivamente a los arts. 3.1 y 32, para garantizar que los abogados y procuradores que asistan a víctimas de violencia de género, de terrorismo o de trata de seres humanos no cuenten con antecedentes penales por delitos cometidos en los respectivos ámbitos de actuación (**BOE nº 216, de 8 de septiembre de 2022**).

- ***Real Decreto 728/2022, de 6 de septiembre, por el que se establecen las disposiciones complementarias de la normativa europea en materia de títulos y licencias del personal de vuelo de las aeronaves civiles y restricciones operativas por ruido, y por el que se modifican el Real Decreto 660/2001, de 22 de junio, por el que se regula la certificación de las aeronaves civiles y de los productos y piezas relacionados con ellas; el Real Decreto 1516/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la licencia comunitaria de controlador de tránsito aéreo; el Real Decreto 1952/2009, de 18 de diciembre, por el***

que se adoptan requisitos relativos a las limitaciones del tiempo de vuelo y actividad y requisitos de descanso de las tripulaciones de servicio en aviones que realicen transporte aéreo comercial; el Real Decreto 1133/2010, de 10 de septiembre, por el que se regula la provisión del servicio de información de vuelo de aeródromos (AFIS); y el Real Decreto 1238/2011, de 8 de septiembre, por el que se regula el servicio de dirección en la plataforma aeroportuaria: revisa en profundidad la normativa sobre la materia, adaptándola al derecho comunitario y derogando numerosas disposiciones y resoluciones nacionales (cuenta con 8 disposiciones derogatorias) que habían quedado desfasadas (BOE nº 226, de 20 de septiembre de 2022).

- *Real Decreto 729/2022, de 6 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 640/2007, de 18 de mayo, por el que se establecen excepciones a la obligatoriedad de las normas sobre tiempos de conducción y descanso y el uso del tacógrafo en el transporte por carretera: tiene por objeto adaptar la regulación nacional a los cambios que se han venido produciendo en el derecho comunitario desde su entrada en vigor, a fin de reformular algunas excepciones, incorporar otras nuevas y actualizar algunas referencias normativas (BOE nº 226, de 20 de septiembre de 2022).*

- *Real Decreto 750/2022, de 13 de septiembre, por el que se modifican el artículo 3 y el anexo I del Real Decreto 920/2017, de 23 de octubre, por el que se regula la inspección técnica de vehículos: por un lado, traspone la Directiva Delegada (UE) 2021/1717 de la Comisión, de 9 de julio de 2021, en lo que respecta a la actualización de la designación de determinadas categorías de vehículos y a la inclusión de «eCall» en la lista de los elementos objeto de inspección y, por otro, su DA única amplía el plazo de validez de la próxima inspección de aquellos vehículos afectados por la Orden SND/413/2020, de 15 de mayo, excepcionalmente y por una única vez, en el mismo número de días que se les hubiera minorado en aplicación del apartado segundo de la orden, en ejecución de las sentencias núms. 1237/2021, de 18 de octubre de 2021, 1243/2021, 1244/2021 y 1246/2021, de 19 de octubre de 2021, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (BOE nº 221, de 14 de septiembre de 2022).*

- *Real Decreto 766/2022, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 563/2017, de 2 de junio, por el que se regulan las inspecciones técnicas en carretera de vehículos comerciales que circulan en territorio español: traspone la Directiva Delegada (UE) 2021/1716 de la Comisión, de 29 de junio de 2021, que actualiza las designaciones de las categorías de vehículos incluidos en su ámbito de aplicación (BOE nº 227, de 21 de septiembre de 2022).*

- *Real Decreto 789/2022, de 27 de septiembre, por el que se regula la compatibilidad del Ingreso Mínimo Vital con los ingresos procedentes de rentas del trabajo o de la actividad económica por cuenta propia con el fin de mejorar las oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias de la prestación: la compatibilidad se determina mediante la aplicación de un importe exento del cómputo de los ingresos y rentas que se hayan de tomar en consideración para la determinación de la situación de vulnerabilidad económica de la persona beneficiaria individual o, en su caso, de la unidad de convivencia, según los porcentajes establecidos en el Anexo III (BOE nº 233, de 28 de septiembre de 2022).*

2. DISPOSICIONES AUTONÓMICAS

- *Decreto 101/2022, de 21 de septiembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen las fiestas laborales para el año 2023 en la Comunidad de Madrid: se señalan como tales el viernes 6 de enero (Epifanía del Señor), el lunes 20 de marzo (traslado de la festividad de San José), el jueves 6 de abril (Jueves Santo), el viernes 7 de abril (Viernes Santo), el lunes 1 de mayo (Fiesta del Trabajo), el martes 2 de mayo (Fiesta de la Comunidad de Madrid), el martes 15 de agosto (Asunción de la Virgen), el jueves 12 de octubre (Fiesta Nacional de España), el miércoles 1 de noviembre (Todos los Santos), el miércoles 6 de diciembre (Día de la Constitución Española), el viernes 8 de diciembre (Día de la Inmaculada Concepción) y el lunes 25 de diciembre (Natividad del Señor), además de las dos fiestas locales que se establezcan en cada municipio (**BOCM nº 226, de 22 de septiembre de 2022**).*

- *Acuerdo de 13 de julio de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la disolución de la empresa pública con forma de sociedad mercantil Ocio y Deporte Canal, S.L.U.: de conformidad con lo previsto en el art. 64.1 de la Ley 1/1984, de 19 de enero, reguladora de la Administración Institucional de la Comunidad de Madrid, se autoriza la disolución de esta empresa pública, actualmente sin actividad ni trabajadores, y cuyo capital social pertenece íntegramente a la también empresa pública Canal de Isabel II, S.A., habiéndose subrogado esta en los contratos celebrados por aquella (**BOCM nº 212, de 6 de septiembre de 2022**).*

- *Acuerdo de 13 de julio de 2022, del Consejo de Gobierno, por el que se autoriza la disolución de la empresa pública con forma de sociedad mercantil Canal Energía, S.L.: al igual que en el supuesto anterior, al amparo del art. 64.1 de la Ley 1/1984, se autoriza la disolución de esta empresa pública, actualmente sin actividad ni trabajadores, y cuyo capital social pertenece íntegramente a la también empresa pública Canal de Isabel II, S.A. (**BOCM nº 212, de 6 de septiembre de 2022**).*

- *Orden 2726/2022, de 13 de septiembre, del Vicepresidente, Consejero de Educación y Universidades, por la que se establecen las zonas de Casas de Niños: ante la demanda creciente de plazas escolares de primer ciclo de Educación Infantil se sustituye la distribución de las Casas de Niños establecida por la Orden 11260/2012, de 11 de octubre, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte (**BOCM nº 227, de 23 de septiembre de 2022**).*

3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

No se han publicado en los diarios oficiales ni notificado a esta Abogacía General a lo largo de este mes de septiembre nuevas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional. Únicamente se ha publicado en el BOE nº 227, de 21 de septiembre de 2022, la admisión a trámite de tres nuevos recursos de inconstitucionalidad contra otras tantas disposiciones legales autonómicas, siendo estos los siguientes:

- Recurso de inconstitucionalidad 4038-2022, contra los arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6.2, 7, 10 –en cuanto da nueva redacción al art. 7.1.c) Ley 24/2015–, 11, 12, 15 y DT de la Ley del Parlamento de Cataluña 1/2022, de 3 de marzo, de modificación de la Ley 18/2007, la Ley 24/2015 y la Ley 4/2016, para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda.
- Recurso de inconstitucionalidad 5630-2022, contra los arts. 2 a) y d), 3.1 y 4.1 del Decreto-ley de Cataluña 6/2022, de 30 de mayo, por el que se fijan los criterios aplicables a la elaboración, la aprobación, la validación y la revisión de los proyectos lingüísticos de los centros educativos, y arts. 2.1 y 2.4 de la Ley de Cataluña 8/2022, de 9 de junio, sobre el uso y el aprendizaje de las lenguas oficiales en la enseñanza no universitaria.
- Recurso de inconstitucionalidad 5671-2022, contra el artículo único de la Ley Foral 17/2021, de 21 de octubre, que modifica la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, en sus apartados dos [añade letras l) y m) al art. 7.1] y sesenta y cinco (añade nueva DA 21ª).

4. RESOLUCIONES JUDICIALES

4.1. Jurisdicción penal

- *Malversación de caudales públicos (caso ERE)*: la extensísima **sentencia nº 749/2022, de 13 de septiembre, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 601/2020**, ha resuelto el conocido como ‘caso ERE’, en relación con los delitos continuados de prevaricación administrativa (art. 404 CP) y de malversación de caudales públicos (art. 432 CP) en la gestión, concesión y pago de determinadas ayudas sociolaborales. A lo largo de sus 459 páginas (que cuentan incluso con un índice al final), la sentencia declara que las ayudas sociolaborales en cuestión tenían la consideración de subvenciones y estaban sujetas a los rigurosos requisitos establecidos en la normativa sectorial aplicable, que no fue observada en su concesión, habiéndose gestionado y aprobado las ayudas de forma libre, con omisión del procedimiento legalmente establecido. Partiendo de la anterior premisa, considera que cometieron prevaricación no solo las personas que aprobaron las ayudas, sino también quienes otorgaron los convenios que dieron cobertura formal a los pagos y quienes aprobaron las partidas presupuestarias con las que se pagaron las ayudas. En cuanto a la malversación, aprecia que la disposición de los fondos se produjo sin control alguno y al margen de cualquier criterio reglado, empleando los mismos incluso para fines distintos de los previstos en las partidas presupuestarias. Además, destaca el conocimiento por los acusados de las irregularidades ante la existencia de informes en los que se ponían de manifiesto. No obstante, la sentencia de casación absuelve a los secretarios generales técnicos –que habían sido condenados en la instancia–, al no haber dictado resolución administrativa alguna a pesar de haber intervenido en el proceso de aprobación de los proyectos de ley de presupuestos y de las modificaciones presupuestarias. También ha reducido la pena a otro alto cargo, apreciando de oficio la atenuante de reparación del daño, al haber adoptado decisiones dirigidas a conocer la situación a fondo, regularizarla y aumentar el control de la gestión. Cuenta con dos votos particulares.

4.2. *Jurisdicción contencioso-administrativa*

- ***Boletín Oficial del Estado***: la **sentencia nº 919/2022, de 5 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 238/2021**, y cuyo fallo ha sido publicado en el BOE nº 230, de 24 de septiembre de 2022, ha declarado la nulidad del apartado 4 del artículo único del Real Decreto 327/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado», que daba una nueva redacción al párrafo tercero del apartado 4 del art. 14 del citado Real Decreto 181/2008, en virtud de la cual, una vez transcurridos los plazos de tres y cuatro meses respectivamente, el acceso a los suplementos de notificaciones y del Tablón Edictal Judicial Único del BOE requeriría un código de verificación único y no previsible, y la conservación, almacenamiento y tratamiento de la información publicada en los mismos solamente le sería permitida a los interesados o a sus representantes, a los Juzgados y Tribunales, al Ministerio Fiscal, así como a las Administraciones que puedan precisarlos para el ejercicio de las competencias que les corresponden. En la medida en que dicha previsión no diferencia en virtud de si la información contiene o no datos personales, la Sala considera que infringe la normativa de derecho de acceso a la información pública.

- ***Plazo de caducidad en la iniciación de procedimientos tributarios***: la **sentencia nº 1114/2022, de 1 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo**, dictada en el **recurso de casación 7172/2020**, ha consolidado la doctrina jurisprudencial contenida en su anterior sentencia nº 507/2022, de 29 de abril (rec. 7831/2020), en relación con el plazo de seis meses para la iniciación de un procedimiento sancionador tributario previsto en el art. 209.2 LGT (que, en el supuesto enjuiciado, era de tres meses, al ser anterior a la reforma operada por el art. 13.22.2 de la Ley 11/2021, de 9 de julio), en el sentido de entender dicho plazo aplicable únicamente a los supuestos tasados previstos en el mismo y no a todos los procedimientos sancionadores, pues *“no estamos ante un mandato constitucional al legislador que le imponga inexorablemente que se establezca en los procedimientos sancionadores con carácter universal plazos de caducidad, por lo que queda a criterio y oportunidad del que posee la potestad legislativa regular esta materia en el ámbito tributario. Ningún reparo, en este, sentido cabe hacerle al texto del art. 209.2 de la LGT, ni a su acotación, de suerte que, como se pone de manifiesto en la doctrina jurisprudencial es posible, y lícito, que para los supuestos de procedimientos sancionadores no incluidos en el texto del art. 209.2 de la LGT, el inicio del procedimiento sancionador pueda alargarse durante todo el tiempo que la ley le autoriza a la Administración Tributaria para perseguir sin prescribir la infracción tributaria”*. Sentado lo anterior, la sentencia advierte que, con posterioridad a los escritos de interposición y oposición al recurso, se ha dictado la STJUE de 27 de enero de 2022 (asunto C-788/19), que considera que la previsión contenida en la DF 18ª LGT, aplicada en el caso –multa pecuniaria fija por cumplimiento tardío, sin requerimiento previo de la Administración, de la obligación de suministrar información a través del modelo 720 sobre bienes y derechos situados en el extranjero-, contraviene la libre circulación de capitales consagrada en los arts. 63 TFUE y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ante la desproporción de las sanciones en relación con las aplicadas en un contexto puramente nacional, por lo que existe una obligación de inaplicar la norma

nacional que fundamenta la resolución sancionadora, como efecto de la primacía del Derecho de la Unión Europea.

5. OTRAS RESOLUCIONES

- ***Orden de 6 de septiembre de 2022, del Consejero de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se regulan las operaciones de fin de ejercicio y cierre contable para 2022 (BOCM nº 221, de 16 de septiembre de 2022).***

6. COMENTARIOS DOCTRINALES

6.1. **Aplicabilidad de la regla de adaptación contenida en la disposición adicional octava de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a los convenios de cooperación suscritos entre Comunidades Autónomas – Cristina Recarte Llorens (Letrada de la Comunidad de Madrid)**

La entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, en adelante) ha generado algunos problemas de índole práctica, en especial en lo relativo a la duración de los convenios de colaboración vigentes en el momento en que dicho cuerpo legal despliega sus efectos.

La regulación de los convenios en nuestro ordenamiento jurídico se contiene, en la actualidad, en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, en vigor desde el 2 de octubre de 2016¹. Su artículo 47.2.a), define los convenios interadministrativos como aquellos “firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas”. Sin embargo, a continuación dispone en su segundo párrafo, que “quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía”.

En materia de duración, el artículo 49.h) de la Ley 40/2015 establece, como regla general, que “1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior”. Seguidamente, el número 2 del mismo precepto dispone que “2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción”.

En relación con estas reglas de vigencia introducidas por la Ley 40/2015, su disposición adicional octava prevé la necesaria adaptación a las mismas de los convenios vigentes, en los siguientes términos:

“1. Todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes deberán adaptarse a lo aquí previsto en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

¹ Estos preceptos constituyen legislación básica, de conformidad con la Disposición final decimocuarta de la mencionada Ley.

No obstante, esta adaptación será automática, en lo que se refiere al plazo de vigencia del convenio, por aplicación directa de las reglas previstas en el artículo 49.h).1.º para los convenios que no tuvieran determinado un plazo de vigencia o, existiendo, tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido en el momento de la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos el plazo de vigencia del convenio será de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley”.

El hecho de que la transcrita disposición adicional octava imponga la adaptación obligatoria en materia de duración a todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes, sin excepción, ha suscitado dudas sobre su aplicabilidad a los convenios de cooperación suscritos entre Comunidades Autónomas.

Un adecuado enfoque de la cuestión planteada exige tomar en consideración la regulación existente en nuestro ordenamiento jurídico sobre estos convenios de cooperación.

Dentro del Capítulo III del Título VIII de la Constitución Española (CE, en adelante), relativo a las Comunidades Autónomas, el artículo 145 señala:

“1. En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas.

2. Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales”.

Este precepto constitucional es el fiel reflejo del principio de cooperación entre Administraciones Públicas, implícito en la propia esencia de la organización territorial del Estado español, que, como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 80/1985, de 4 de julio, “*no es menester justificar en preceptos concretos*”.

El principio de cooperación presenta dos dimensiones: una vertical y otra horizontal. La cooperación vertical haría referencia a las relaciones que se pueden producir entre el poder central, por un lado, y las Comunidades Autónomas, por otro. La cooperación horizontal, por su parte, aludiría al sistema de relaciones que se producen entre las Comunidades Autónomas.

Es a la cooperación horizontal a la que se refiere el artículo 145 CE transcrito.

Siguiendo a Santolaya², la admisión de estos convenios interregionales supone “*un reconocimiento explícito por parte del Texto (constitucional) de la existencia de una esfera*

² SANTOLAYA MACHETTI, P. “*Descentralización y cooperación*”, IEAL, Madrid, 1984. pg. 379.

de intereses que sin ser estrictamente regionales tampoco han de caer necesariamente en el campo de actuación del Estado (poder) central”. De este modo, se consagra a nivel constitucional el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de sus propias competencias de forma aislada respecto de los poderes de la Administración territorial del Estado.

Ahondando en la naturaleza de este tipo de acuerdos, el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 628/2011, de 16 de junio, entre otros, ha afirmado:

“Establece el artículo 145.2 de la Constitución: “Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales”. (...) De lo expuesto se desprende que existen dos figuras de colaboración entre Comunidades Autónomas: los convenios de colaboración y los acuerdos de cooperación, cuyo tratamiento tanto constitucional como estatutario es distinto. En cualquier caso, la trascendencia de esta clasificación se halla en el diferente régimen jurídico a que se somete cada uno de esos dos tipos de convenios interautonómicos, puesto que mientras que los de colaboración sólo requieren de una comunicación a las Cortes Generales, que tendrá el carácter y los efectos que, en cada caso, prevean los Estatutos de Autonomía, los acuerdos de cooperación requieren la previa autorización de aquéllas para su celebración por las Comunidades Autónomas interesadas. (...) Aquellos convenios entre Comunidades Autónomas que tengan por objeto la “gestión y prestación de servicios propios de las mismas” podrán articularse mediante convenios de colaboración”.

No obstante ese limitado poder de intervención por parte de las Cortes Generales, la regulación de estos convenios, por expresa previsión constitucional queda reservada, como vimos, al nivel estatutario³.

En el ámbito madrileño, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, (EA en lo sucesivo), se refiere a este tipo de convenios y acuerdos en su artículo 31, configurando la siguiente regulación:

“1. La Comunidad de Madrid podrá celebrar convenios de cooperación con otras Comunidades Autónomas, en especial con las limítrofes, para la gestión y prestación de servicios propios de la competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes Generales o alguna de las Cámaras manifestaran reparos en el plazo de treinta días, a partir de la recepción de la comunicación, el Convenio deberá seguir el trámite previsto en el apartado siguiente. Si transcurrido dicho plazo no se hubiese manifestado reparos al Convenio, entrará en vigor.

³ STC 44/1986, de 17 de abril, y Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León citado *ut supra*.

2. La Comunidad de Madrid podrá establecer acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, previa autorización de las Cortes Generales.

3. La Comunidad Autónoma de Madrid, por su tradicional vinculación, mantendrá relaciones de especial colaboración con las Comunidades castellanas, para lo cual podrá promover la aprobación de los correspondientes acuerdos y convenios”.

Determinada la competencia estatutaria para regular este tipo de cooperación, debemos analizar el alcance de la competencia estatal básica para incidir en la regulación de convenios de esta naturaleza.

Sobre este particular ya tuvo ocasión de pronunciarse de manera específica el Consejo de Estado en su Dictamen de 29 de abril de 2015 sobre el anteproyecto de la que luego fue aprobada como Ley 40/2015, donde precisamente determinó que dichos convenios debían quedar fuera del poder de regulación estatal para fijar las bases del régimen jurídico común de las Administraciones Públicas.

En efecto, en dicho Dictamen se lee lo siguiente:

“El capítulo IV del título preliminar del anteproyecto (artículos 22 a 27) se dedica a los convenios de colaboración. (...) El establecimiento de un régimen jurídico de los convenios de colaboración como el contemplado en el anteproyecto no necesita ampararse en la competencia básica ex artículo 149.1.18ª de la Constitución cuando uno de los firmantes sea la Administración del Estado. Sin embargo, como el capítulo IV del título preliminar del anteproyecto resulta de aplicación, en la mayor parte de sus preceptos, a los convenios suscritos por cualesquiera Administraciones Públicas, es preciso analizar si la regulación proyectada en este capítulo entra dentro de la referida competencia básica. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, uno de los objetivos que el Estado puede perseguir mediante la fijación de bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ex artículo 149.1.18ª de la Constitución es la satisfacción de "intereses generales superiores a los de las Comunidades Autónomas" (Sentencia 130/2013, de 4 de junio, FJ 6º), entre los cuales tiene sin duda cabida el mejor control del gasto público realizado por todas las Administraciones Públicas a través de los convenios de colaboración. Además, debe tenerse en cuenta que la actividad convencional no es una mera actividad interna de las Administraciones Públicas, al ser frecuente que tales convenios se suscriban con otras Administraciones o con los propios administrados. El Tribunal Constitucional ha señalado que, dentro del régimen jurídico de las Administraciones Públicas a que alude el artículo 149.1.18ª de la Constitución, el alcance de lo básico será mayor en relación con aquellas cuestiones que "inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses de los administrados" (Sentencia 50/1999, de 6 de abril, FJ 3º), como sucede precisamente en el caso de los convenios de colaboración.

En tales circunstancias, el anteproyecto puede abordar una regulación básica para los convenios de colaboración suscritos por las Comunidades Autónomas y/o por las

*Entidades Locales radicadas en su territorio en los que el Estado no sea parte.(...)
El régimen jurídico básico de los convenios de colaboración contenido en el
anteproyecto puede considerarse amparado en la competencia estatal básica sobre
el régimen jurídico de las Administraciones Públicas del artículo 149.1.18ª de la
Constitución, salvo un concreto aspecto, que es el relativo a los convenios entre
Comunidades Autónomas. El artículo 23.1.a) del anteproyecto incluye dentro de su
ámbito de aplicación los "convenios interadministrativos firmados entre dos o más
Administraciones Públicas". La generalidad de los términos con que este precepto
está formulado da cabida a los convenios entre Comunidades Autónomas. Sin
embargo, el artículo 145.2 de la Constitución reserva la regulación de estos
convenios a las normas estatutarias de las Comunidades Autónomas: "Los Estatutos
podrán prever -dice este precepto constitucional- los supuestos, requisitos y términos
en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la
gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y
efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales". A la vista de
esta previsión, los convenios entre Comunidades Autónomas deben excluirse
expresamente de la regulación básica contenida en el anteproyecto" (el subrayado
es nuestro).*

En atención a lo expuesto, con independencia del cierto grado de intervención atribuido por la CE al poder estatal en relación con los convenios de cooperación que las Comunidades Autónomas puedan suscribir entre sí, lo cierto es que la competencia básica del Estado para definir el régimen jurídico de las Administraciones Públicas no alcanza a acuerdos de esta naturaleza, que por expresa previsión constitucional quedan fuera de dicha regulación –como confirma el segundo párrafo del artículo 47.2.a) de la Ley 40/2015- por razón de la reserva estatutaria establecida por el artículo 145.2 CE, siendo los respectivos Estatutos de Autonomía los que deben proceder a regular los supuestos, requisitos y términos en que aquellos se pueden celebrar, tal y como hace el artículo 31 del Estatuto madrileño.

Es pues, dable, concluir, que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 40/2015, y, por ende, de las reglas contenidas en su disposición adicional octava.

6.2. El otorgamiento de instrucciones previas ante notario en la Comunidad de Madrid – Héctor Durán Vicente (*Letrado de la Comunidad de Madrid*)

Las denominadas “*instrucciones previas*” son un documento por el que una persona mayor de edad manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.⁴

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el régimen jurídico aplicable a esta materia se contiene en la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente (Ley 3/2005, en adelante), la cual impone una serie de requisitos para su documentación. Así, de acuerdo con el artículo 5.1, las instrucciones previas han de constar siempre por escrito, debiendo figurar en el documento la identificación del autor, su firma, fecha y lugar de otorgamiento.

En cuanto a la forma de otorgamiento, la redacción originaria de la Ley 3/2005 admitía, en el apartado segundo de su artículo 5, los siguientes procedimientos: ante notario (en cuyo supuesto no sería necesaria la presencia de testigos); ante el personal al servicio de la Administración; y ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar.

Esto no obstante, la referencia a la posibilidad de otorgar instrucciones previas ante notario fue formalmente eliminada, en nuestro ámbito territorial, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir (Ley 4/2017, en lo sucesivo), que derogó de forma expresa el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005 (disposición derogatoria única).

Esta supresión generó una situación de incertidumbre jurídica, no solo para el ciudadano, sino también para la propia Administración y para el colectivo notarial, en cuanto a la posibilidad de otorgar instrucciones previas ante notario en nuestro ámbito territorial.

Este marco de inseguridad fue resuelto definitivamente por el Dictamen del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad de 10 de agosto de 2021, que admitió la viabilidad jurídica de formalizar instrucciones previas ante notario, aun a pesar de la expulsión formal del ordenamiento jurídico de la previsión contemplada en el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005.

De acuerdo con el citado informe, y en primer lugar, tal posibilidad viene dada por una interpretación teleológica del ordenamiento jurídico aplicable. A estos efectos, no hay que obviar que entre las finalidades de la Ley 4/2017 se encontraba, según su propia parte expositiva, la de “*dar difusión al derecho de los pacientes a suscribir el documento de instrucciones previas*”; así como la de “*dar libertad de forma a la manifestación de*

⁴ Esta definición se desprende del artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

instrucciones previas y ampliar el catálogo de derechos de los pacientes incorporando el derecho del respeto a la voluntad del paciente en el proceso de morir y el derecho a los cuidados paliativos integrales” (el subrayado es nuestro).

De esta manera, resultaría contrario a los más elementales principios de la lógica jurídica pretender promover la formalización de instrucciones previas, proclamando el principio de libertad de forma y, al mismo tiempo, eliminar una de las vías ya contempladas en el ordenamiento jurídico para ello; máxime cuando una de las finalidades primordiales de la Ley radicaba, en palabras del grupo parlamentario promotor, en facilitar a la ciudadanía el acceso al otorgamiento de instrucciones previas.⁵

Por otro lado, desde una perspectiva sistemática o integradora, la interpretación del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad conduce al mismo resultado. En efecto, la supresión formal del artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005 no puede desapegarse de otras previsiones contenidas en el propio texto legal.

En el artículo 9.4 de la Ley 3/2005, no derogado por la Ley 4/2017, se proscribe que el notario ante el cual se han otorgado las instrucciones previas pueda actuar como interlocutor del interesado ante el médico o el equipo sanitario, en orden a procurar el cumplimiento de las instrucciones.

Esta previsión resulta de vital importancia, toda vez que si se prohíbe actuar como representante al notario que ha autorizado el documento, se está reconociendo de forma indubitada la posibilidad de que los otorgantes acudan al notario para formalizar instrucciones previas. Cualquier otra conclusión supondría vaciar de contenido al apartado referenciado; a pesar de su tenor literal y de que su vigencia no ha sido discutida por la Ley 4/2017.

En la misma línea, la disposición final primera de la Ley 3/2005 establece que:

“Disposición final primera. Convenios de colaboración.

Se autoriza al Consejero de Sanidad y Consumo para formalizar convenios de colaboración con el ilustre Colegio de Notarios de Madrid o con la organización que corresponda, con la finalidad de facilitar la transmisión telemática de documentos de instrucciones previas autorizadas notarialmente, cuando la persona otorgante haya manifestado su voluntad de inscripción en el Registro de Instrucciones Previas y el fedatario público así lo haga constar.

El proceso de transmisión garantizará la confidencialidad, la seguridad y la integridad de los datos que consten en los documentos de instrucciones previas.”

De igual modo que en el caso anterior, esta disposición final vendría a amparar la posibilidad de formalizar instrucciones previas ante notario, habida cuenta de que carecería

⁵ Véase la Proposición de Ley de Derechos y Garantías de las Personas, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el registro de la Asamblea de Madrid, con fecha de 6 de mayo de 2016.

de sentido afirmar que la Ley 4/2017 niega este extremo, mientras mantiene una previsión (que podría haber derogado y no lo ha hecho) tendente a la suscripción de un convenio para facilitar la transmisión de tales instrucciones al Registro.

Esta interpretación vendría a encajar, por lo demás, con los principios contemplados en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, de cuyos artículos 9 y 26.1 se desprende que el derecho a formular instrucciones previas solo puede ser objeto de limitación por necesarias razones de seguridad pública, prevención de infracciones penales, protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

De esta manera, una labor hermenéutica más perfeccionada nos permitiría concluir que si la Ley 4/2017 proclama sin ambages, en su Preámbulo, su respeto a los principios contemplados en el Convenio de Oviedo, su entrada en vigor no ha podido introducir, en modo alguno, una restricción innecesaria en cuanto a la forma en que los pacientes pueden ejercitar su derecho a manifestar instrucciones previas.⁶

En todo caso, el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad reconoce, en su Dictamen de 10 de agosto de 2021, que la supresión del artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005 en el año 2017 no es inocua; si bien su verdadera ratio radicaría, no en prohibir el otorgamiento de instrucciones previas ante notario, sino en excluir estos documentos notariales del sistema de inscripción obligatoria en el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid.

⁶ Como apoyo doctrinal de esta conclusión podemos citar a Moscoso Torres, Ramón María, en “*El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad.*”, pp 5 a 12.

6.3. Controversia sobre el fuero territorial judicial aplicable en los procedimientos civiles de internamiento de menores tutelados – *Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)*

El artículo 778 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) en la redacción conferida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, introdujo un nuevo proceso especial en el ámbito jurisdiccional civil integrado en el Capítulo IV del Título I del Libro IV de la LEC, bajo la rúbrica “*Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*”. Este artículo dispone, en materia de jurisdicción y competencia, que “*serán competentes para autorizar el ingreso de un menor en dichos centros los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el centro*” en cuanto a las autorizaciones (art. 778 bis.2 LEC) y “*el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro del ingreso*”, en cuanto a las llamadas legalizaciones (art. 778 bis.3 LEC).

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 52/1997, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (aplicable a la Comunidad de Madrid de conformidad con la disposición adicional 1ª de la Ley 3/1999, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid) señala que “*para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento*”.

A la vista de ambos preceptos es incuestionable que nos encontramos en presencia de un aparente conflicto normativo que se materializa en el momento de la interposición de la demanda de legalización o de autorización del internamiento de un menor tutelado en un centro específico de protección por parte de la representación procesal de la entidad pública tutora institucional del menor, esto es, una Administración Pública regional dotada de su propio y específico fuero procesal en la capital de provincia. Si el centro radica en la capital de provincia, el conflicto no genera ningún efecto práctico. Sin embargo, en el caso de que el centro se encuentre ubicado en una localidad o partido judicial distinto del de la capital de la provincia (y dicha situación es la predominante) surge esta cuestión de tipo competencial.

La solución a este conflicto fue objeto de decisión por parte de la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 24ª, por Auto de 28 de abril de 2016, dispuso que la aparición del artículo 778 bis LEC supuso una derogación tácita del artículo 15 de la Ley 52/1997, de acuerdo con el principio “*lex posterior derogat prior*” y acudiendo, asimismo, al principio de especialidad, hizo prevalecer el fuero del artículo 778 bis LEC, añadiendo a todo ello que un principio como es el del *interés superior del menor* supera y *de facto* deroga la normativa procesal existente en la materia y debe aplicarse desde el primer momento en que sea parte en el proceso civil una Administración Pública.

La resolución dada por la Audiencia Provincial a esta cuestión tiene una serie de elementos ciertamente debatibles, resultando de interés conocer estos extremos y cuál ha

sido la posición práctica asumida finalmente en el día a día valorando todas las circunstancias concurrentes:

En primer lugar, el proceso especial regulado en el artículo 778 bis LEC no es un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que es, indiscutiblemente, de naturaleza contenciosa. La legitimación, por tanto, corresponde a la entidad pública como responsable del menor tutelado o guardado. Así las cosas, desde el momento en que una Administración Pública es parte en un procedimiento civil, cualquiera que sea el objeto de tal procedimiento, debe aplicarse, atendiendo a los principios de legalidad y de estricta seguridad jurídica, la normativa que, específicamente y con carácter imperativo, resulta de aplicación a la misma. Aquí es donde produce su efecto la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, cuyo Capítulo III regula lo que denomina como “*especialidades procesales aplicables al Estado*” y que se extienden igualmente a las Comunidades Autónomas. Dentro de estas especialidades se encuentra la relativa al *fuero territorial del Estado*, que obliga, imperativamente, a que en los procesos civiles en que sea parte el Estado (o las Comunidades Autónomas) sean competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia, Ceuta o Melilla, lo que implica que en los procesos civiles en que sea parte una Comunidad Autónoma como entidad pública, deberán ser competentes los Juzgados de Primera Instancia que tengan su sede en la capital de provincia en la que radique el centro.

A la vista de lo expuesto, otra interpretación distinta a lo manifestado supone una conculcación directa del artículo 15 de la Ley 52/1997, precepto cuyo carácter imperativo o de “*ius cogens*” viene marcado en su propia redacción al señalar que “*esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento*”.

Por ello, la decisión de la Audiencia Provincial en el auto referido vulnera una norma de rango legal y de carácter imperativo, fundamentándose para ello la existencia de una derogación tácita de la Ley 52/1997 en este particular, por un lado, y en la aplicación de un principio general del Derecho (el interés superior del menor) por otro. Ello lleva asimismo a afirmar que la decisión de la Audiencia es contraria al principio de seguridad jurídica, de modo que la aplicación del artículo 15 de la Ley 52/1997 quedaría siempre al arbitrio del Juzgador de instancia, que podría discrecionalmente recurrir a supuestos intereses superiores al de las Administraciones Públicas para enervar la aplicación imperativa del *fuero territorial del Estado*, lo que constituye un quebrantamiento objetivo de normas procesales inexcusables, y por extensión de las garantías más esenciales del procedimiento como son las referentes a la competencia judicial, menoscabando el derecho a obtener la tutela judicial por el denominado juez natural o predeterminado por la ley, que no es el que se considera por la Audiencia Provincial excluyendo la aplicación de una norma jurídica vigente, imperativa y de necesaria observancia en los procedimientos civiles en los que es parte la Administración Pública.

En segundo lugar, no puede afirmarse de manera categórica o cerrada que exista una incompatibilidad insalvable entre ambas normas jurídicas y, por lo tanto, entre ambos fueros, que conlleve a una derogación tácita al primar una sobre otra, en aplicación del artículo 2.2 del Código Civil. Por su propia naturaleza, el artículo 15 de la Ley 52/1997 se

configura como una norma rituarial aplicable a aquellos procedimientos civiles en los que es parte una Administración Pública, cuya aplicación requiere necesariamente la existencia y regulación de tal norma específica de competencia. Es decir, el *fuero territorial del Estado* carece de virtualidad si no se coloca junto a una norma procesal de índole competencial, norma que completa el contenido del citado fuero, ya que éste por sí solo no establece la competencia de un determinado juzgado sino que, dentro de un fuero territorial especial, manifiesta la necesidad de que deba ser competente el juzgado radicado en la capital de la provincia correspondiente. Por ello, el tenor de ambos artículos los hace totalmente compatibles, ya que mientras que el artículo 778 bis LEC alude a los “*Juzgados de 1ª Instancia del lugar donde radique el centro*”, el artículo 15 de la Ley 52/1997 concreta dicha manifestación, la específica, al señalar que “*serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de provincia*”. Por tanto, si el lugar donde radica el centro es un municipio de la Comunidad de Madrid, los órganos judiciales competentes serán los que se encuentren en la capital de provincia, en este caso de la Comunidad Autónoma, esto es, de Madrid, pues la demandante es una Administración Pública y ésta se rige por su norma locativa territorial precisa.

En tercer lugar, la Audiencia Provincial estimó de forma perseverante en toda su fundamentación jurídica que el principio del *superior interés del menor* prima respecto de cualquier norma jurídica procesal, produciendo *de facto* su derogación. Ante ello debe afirmarse, tal y como se ha señalado con anterioridad, que es la propia Administración Pública la que goza de legitimación para actuar en estos procedimientos civiles y, por tanto, la que tiene carácter de parte en ellos.

En estos procedimientos civiles debe subrayarse que el menor objeto del internamiento no es la auténtica parte, sino un interesado en el mismo, de modo que al basar la competencia de los Juzgados en el interés de un menor que no es parte activa en el procedimiento se conculca el acceso a la tutela judicial efectiva de la Comunidad Autónoma, en su vertiente al juez ordinario predeterminado por la ley. Esto es: se produce, de manera equivocada, un desplazamiento del concepto jurídico de legitimación procesal desde la parte a un interesado, tratándose de estatus completamente diversos, con la consecuencia encadenada a este error de trasladar la atribución de la competencia desde la parte que interviene en el procedimiento, siendo ésta la que define dicha competencia conforme al artículo 15 de la Ley 52/1997, a quien ostenta un interés, pero no tiene la condición jurídica de parte procesal.

Finalmente, el *interés superior del menor* se configura como un principio constitucional, derivado del artículo 39 de la Constitución Española, precepto integrado en el marco de los “*Principios Rectores de la Política Social y Económica*”. El *fuero territorial del Estado* del artículo 15 de la Ley 52/1997 se configura como una especialidad procesal de la Administración, ubicado en las facetas del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24 de la Constitución Española, por lo tanto, en el marco de los derechos fundamentales de más severa tutela, al amparo del artículo 53.1 de la norma fundamental. Por ello, debe primar la protección del *fuero territorial del Estado*, como una derivación del derecho fundamental consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, frente al principio constitucional relativo al “*interés superior del menor*” derivado del artículo 39 de la norma de normas.

En definitiva, siendo cierto que existen motivos suficientes, desde un prisma jurídico-procesal, para defender el fuero territorial específico de la Comunidad de Madrid en este tipo de procedimientos civiles, abogando por la competencia de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid capital para conocer de los procedimientos de internamiento de menores tutelados, la experiencia práctica nos ha llevado a entender que, por razones de evidente oportunidad, dado que los juzgados de los diversos partidos judiciales de la Comunidad de Madrid están respondiendo con gran eficacia y celeridad en el dictado de los autos de legalización de los internamientos llevados a cabo por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, el beneficio para los menores tutelados se encuentra en el reconocimiento de la competencia establecida en el artículo 778 bis LEC, para evitar con ello situaciones de inseguridad jurídica derivadas de la pendencia de recursos en materia competencial que, aun fundados, conlleven a que el estatus jurídico del menor pueda verse afectado al no obtenerse con la celeridad necesaria la legalización o autorización de su internamiento en un centro. El reconocimiento excepcional de dicho fuero específico del partido judicial del lugar en el que radique el centro no supone, en modo alguno, una derogación tácita del fuero territorial del Estado, sino una decisión operativa, práctica y puntual, para un determinado ámbito de actuación procesal, que se lleva a cabo para la mejor defensa, protección y cuidado, también desde la dimensión jurídica, de los menores amparados por la Comunidad de Madrid.