Castilla-La Mancha

UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA

Registradores
de Castilla · La Mancha

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 43 - Diciembre 2007

NORMAS PARA EL ENVÍO DE ORIGINALES

1. Quienes deseen publicar estudios, reseñas normativas, comentarios y notas, pueden enviar trabajos a la Secretaría General de la Consejería de Administraciones Públicas. Avda. de Portugal s/nº. 45071-Toledo.

2. Los originales en papel a doble espacio y por una sola cara, en tipo de letra arial o similar y cuerpo 9, no deberían exceder de treinta y cinco páginas. Deben ir acompañados de diskette o ser remitidos simultáneamente en soporte informático al email: diario.oficial@jccm.es.

3. La revista se reserva el derecho de decidir sobre la publicación o no de los originales remitidos, sin que necesariamente mantenga correspondencia sobre ellos.

4. El artículo deberá ir acompañado de un curriculum vitae de su autor, en el cual también consten sus datos personales: dirección, NIF, teléfono y, en su caso, correo electrónico.

VENTA DIRECTA DE EJEMPLARES

Venta:
MARCIAL PONS - DEPARTAMENTO DE REVISTAS
San Sotero, 6 - Teléf. 91 3043303
Fax 91 3272367 - 28037 MADRID
e-mail: revistas@marcialpons.es

Información y venta:
DIARIO OFICIAL DE CASTILLA-LA MANCHA
Avda. de Portugal, s/n - Teléf. 925 266 285 - 925 266 278
Fax 925 266 344 - 45005 TOLEDO

Consulta últimos números publicados:
http://www.jccm.es/docm/revistajccm.htm

e-mail:
docm-internet@jccm.es

La Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en los trabajos que se reproducen.

ISBN 84-505-64-73-5
D. Legal TO-998-1988

SUMARIO:

ESTUDIOS

INSCRIPCIÓN DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL ÁMBITO DE CASTILLA LA MANCHA. Fernando Acedo-Rico Henning 9

EL TRATAMIENTO DE LAS LEGÍTIMAS EN EL DERECHO COMPARADO. Carmen Azcárraga Monzones 49

AGENTES URBANÍSTICOS Y PROPIETARIOS DE SUELO: UN MODELO DESARTICULADO DE RELACIÓN FIDUCIARIA. Angel Carrasco Perera 87

LA EJECUCION DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO EN LA LEY 2/1998, DE 4 DE JUNIO, DE ORDENACION DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANISTICA DE CASTILLA LA MANCHA. LA GESTION DIRECTA. Antonio López Abarca 109

PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA VALENCIANA (LEY 16/2005, DE 30 DE DICIEMBRE, DE LA GENERALITAT, URBANÍSTICA VALENCIANA, Y LEY 14/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE LA GENERALITAT, DE MEDIDAS FISCALES, DE GESTIÓN FINANCIERA Y ADMINISTRATIVA, Y DE ORGANIZACIÓN DE LA GENERALITAT). José Manuel Palau Navarro 165

EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN PROYECTOS Y ACTIVIDADES AGROFORESTALES. J.M. Roncero, M. Andrés, J.E. Pardo ... 189

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE CONSULTA SOBRE EL CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DEL DECRETO 25/2007, DE SELECCIÓN, NOMBRAMIENTO, FORMACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS DIRECTORES Y DIRECTORAS DE LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS NO UNIVERSITARIOS DE CASTILLA-LA MANCHA, Y DE MEDIDAS DE APOYO Y RECONOCIMIENTO DE SU LABOR 217

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A INSTANCIA DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO, POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS EN UN VEHÍCULO PROPIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DEBIDO A LA COLISIÓN DE UN CIERVO 239

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. Pedro José Carrasco Parrilla, Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia MªLuchena Mozo, Saturnina Moreno González, Gemma Patón García, Esther Sánchez López, José Alberto Sanz Díaz-Palacios 261

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá y Magdalena Ureña Martínez 329

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA. María Martín Sánchez 341

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

COMENTARIO AL LIBRO DE BOTÍA TORRALBA, Pascual: Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa. Editorial: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona, 2007, 163 páginas. Mari Cruz Camíns García 365

VIII EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 7 a 24 de enero de 2008 369

ESTUDIOS

INSCRIPCIÓN DE LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN EL ÁMBITO DE CASTILLA LA MANCHA

Fernando Acedo-Rico Henning
Registrador de la Propiedad de Tarancón (Cuenca)

RESUMEN:

El presente trabajo expone la relación entre el Registro de la Propiedad y la gestión urbanística. Muestra la publicidad registral como instrumento para garantizar la seguridad en el tráfico jurídico. Desde la reforma hipotecaria de 1959 de 17 de Marzo, hasta el R.D. 93/1997 de 4 de Julio de las normas complementarias en materia de urbanismo se ha intentado por el legislador adaptar las normas hipotecarias al derecho urbanístico. En cuanto al derecho de Castilla-La Mancha, el trabajo realiza una adaptación de la figura del Agente Urbanizador y su relación con el Registro de la Propiedad. Para concluir, sería deseable en el futuro una mayor coordinación entre el planeamiento urbanístico y el Registro de la Propiedad. En esa línea el Colegio de Registradores a través de su decanato autonómico realiza el esfuerzo, al implantar el programa de cartografía Geobase en la mayoría de los registros de la propiedad de Castilla-La Mancha.

1.- INTRODUCCIÓN

Empezaremos con una valoración del R.D. 1093/1997 realizada en el Preámbulo del mismo:

> *"Desde la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de Mayo de 1956 ha sido una aspiración permanente realizar una adecuada coordinación entre el Registro de la Propiedad y la acción administrativa urbanística que, no obstante, nunca había sido abordada de una forma global a pesar de los reiterados llamamientos legislativos sobre este punto[1], hasta el "Real Decreto 1093/1997", de 4 de Julio (Normas complementarias al Reglamento de Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbana).*

Así todo, el Real Decreto 1093/1997, aunque se refiera a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral. Evita de manera consciente referirse a la legislación urbanística, ya que es materia exclusiva de las Comunidades Autónomas [2].

La acción urbanística y el registro de la Propiedad se desenvuelven en esferas distintas, pues, la primera no es materia propiamente registral y las mutaciones jurídicos-reales, cuando se reflejan en el registro de la Propiedad, se plasman con arreglo a sus normas propias e independientes de las urbanísticas. No obstante, si la acción urbanística en si misma provoca una alteración en las titularidades inmobiliarias surge un punto de contacto de necesaria coordinación. A la vez es conveniente que los poderes públicos se sirvan de una institución que, aunque se desenvuelve en el campo privado, puede ser una eficaz colaboradora de la actuación urbanística".

La trascendencia del sistema de gestión (ejecución), en relación con el Registro de la propiedad es fundamental, por las complejidades que genera y por la importancia, en relación con la publicidad, que tiene. Ambos regulan la misma realidad social pero desde distintos ámbitos, y con competencias legislativas distintas, en uno el Estado y en otro las Comunidades Autónomas, creando una necesidad de coordinación (necesaria, de manera unánime, en opinión de la doctrina) compleja y difícil, que ha intentado resolver, o paliar, el Real Decreto 1093/1997.

Los títulos competenciales afectados, son:

- La competencia en urbanismo y la ordenación del territorio, se atribuye a las Comunidades Autónomas [3]. No obstante se debe tener en cuenta que corresponde al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el contenido de los deberes constitucionales [4].

- En cuanto a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, sin ser tan compleja como la anterior, se atribuye competencia exclusiva al Estado [5].

La refundición de los textos legales operada tras la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1/2004, de 28-12-2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (D.O.C.M. de 19 de enero de 2005),

comprende la regularización, aclaración y armonización de las disposiciones legales objeto de la misma, que estando justificada por otras adaptaciones que resultan igualmente necesarias para lograr la sistemática y coherencia necesarias, no incide sin embargo de forma sustancial en el contenido de fondo de la disposición, buscando como finalidad principal la de conseguir una mayor claridad y seguridad del texto.

La normativa castellano-manchega en la materia que nos ocupa, sin perjuicio y salvedad hecha de la aplicación pertinente en los supuestos de derecho transitorio, queda configurada por los márgenes que establece el citado Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de diciembre de 2004, en su Disposición derogatoria, a saber:

"Disposición derogatoria.

1. *- Quedan derogadas la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, la Ley 1/2003, de 17 de enero, de modificación de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística y todas las disposiciones de igualo inferior rango que se opongan a la presente Ley.*

2. - Mantienen su vigencia en cuanto no se opongan a esta Ley o a sus normas de desarrollo:

- *Decreto 242/2004, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Suelo Rústico de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.*

- *Decreto 248/2004, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento de la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.*

- *Decreto 87/1993, de 14 de junio, modificado por Decreto 58/1994, de 21 de junio, sobre catálogos de suelo de uso residencial.*

- *Orden de 31 de marzo de 2003, de la Consejería de Obras Públicas, por la que se aprueba la Instrucción Técnica de Planeamiento sobre determinados requisitos sustantivos que deberán cumplir las obras, construcciones e instalaciones en suelo rústico"*

Y más recientemente (D.O.C.M. de 22 de diciembre de 2006), se ha publicado el Decreto 123/2006, de 19 de diciembre, por el que se modifican el Decreto 90/2004, de 11 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica y las Competencias de los distintos órganos de la Consejería de Vivienda y Urbanismo y el Decreto 31/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan los órganos urbanísticos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

La ejecución del planeamiento contemplada en la Ley, al separar el deber de urbanizar al derecho de propiedad del suelo y, ser por lo tanto pública la actividad urbanizadora, haría pensar van a desaparecer, en principio, los tradicionales sistemas de ejecución (compensación, cooperación y expropiación) sustituyéndose por la gestión directa, cuando ejecute el planeamiento la administración, e indirecta, cuando esta delegue en un urbanizador. Esta desaparición de los sistemas de ejecución es no obstante mas teórica que real. La nueva Ley prevé que el programa determinará quién ha de ser el urbanizador, que podrá ser tanto la Administración como los particulares.

- Cuando se haya adoptado la forma de gestión directa, la Administración actuante podrá optar, motivadamente a la vista tanto de las características de la unidad en la que deba realizarse una actuación urbanizadora como de las exigencias del interés publico en la ejecución, entre la reparcelación y la expropiación.

  La reparcelación se impondrá forzosamente, aunque el procedimiento a tal fin podrá determinarse por acto consensual bajo la forma de convenio urbanístico.

- Cuando se refiera a actuaciones urbanizadoras a realizar en régimen de gestión indirecta, el Programa de Actuación Urbanizadora deberá también regular las relaciones entre el urbanizador y los propietarios afectados, desarrollando las siguientes bases:

  a) El Urbanizador deberá soportar la totalidad de los gastos derivados de la urbanización, en la medida en que le sean compensados mediante retribución en terrenos edificables o en metálico por los propietarios de terrenos edificables resultantes de la actuación urbanizadora.

b) Los propietarios podrán cooperar con el urbanizador mediante la aportación de sus fincas originarias sin urbanizar y con arreglo a las dos modalidades genéricas siguientes:

1.ª Abonando en metálico y como retribución en favor del urbanizador su cuota parte de las cargas de la urbanización y garantizando esta deuda, para recibir a cambio las parcelas urbanizadas que le correspondan de acuerdo con el Programa.

2.ª Contribuyendo proporcionalmente a los gastos de urbanización mediante cesión de terrenos edificables. En este caso les corresponderá recibir, libre de cargas, menor superficie de solar que en la modalidad anterior, constituyendo la diferencia la retribución del urbanizador.

Cuando el programa se desarrolle por gestión directa de la Administración, ésta puede optar por la expropiación forzosa, con pago en metálico, como excepción a lo anteriormente expuesto. Y la misma regla será aplicable cuando se trate de actuaciones excepcionales de singular rentabilidad por su gran aprovechamiento o por el destino lucrativo atribuido a los terrenos por el Plan de Ordenación, que este deberá identificar al efecto. El urbanizador, cuando sea beneficiario legal de la expropiación de terrenos, deberá compensar al erario publico por el mayor aprovechamiento urbanístico que estos presenten respecto al valorable para fijar el justiprecio.

La importancia de la coordinación urbanismo-registro, radica en que los efectos más importantes de la inscripción son la publicidad y protección de los derechos inscritos en el Registro. La jurisprudencia es constante en afirmar la protección registral de los titulares de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad, al decir que, el artículo 606 del Código Civil, al igual que el 32 de la Ley Hipotecaria proclama la inoponibilidad de los títulos que no estén inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad frente a los terceros que sean titulares registrales y amparados, por tanto, por la protección registral [6].

Por lo tanto la finalidad básica del Registro de la Propiedad es de servir de elemento de publicidad y seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y, otorgar la protección registral al titular inscrito. Siguiendo estos argumentos es necesario reafirmar que es preciso la máxima coordinación entre las instituciones afectadas.

Este ha sido el mismo criterio que ha seguido la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (B.O.E. de 29 de mayo de 2007).

2.- INCIDENCIAS REGISTRALES DE LA INSCRIPCIÓN DE UN PROYECTO DE REPARCELACIÓN

Debemos comentar la naturaleza potestativa de la inscripción. El Real Decreto 1093/1997 comienza en su artículo 1 diciendo que "serán inscribibles" [7], suponiendo por lo tanto que no debe interpretarse como obligatoria, ni el carácter constitutivo, de los actos que se enumeran en el precepto. Por lo tanto es voluntaria [8].

Además se debe precisar que la lista de actos de naturaleza urbanística inscribibles en el Registro es totalmente abierta [9].

La Dirección General de los Registros y del Notariado [10] define el título formal como el documento presentado y objeto de un único asiento de presentación el cual puede contener diversos actos inscribibles y dar lugar a diversos asientos, el título material, cada acto aisladamente inscribible puede ser resultado de un complejo documental que en principio está sujeto, en su conjunto, a un solo asiento de presentación.

La diferencia entre el título formal y material se debe a las distintas legislaciones hipotecarias, las cuales diferencian entre todos aquellos actos que tendrán acceso al Registro [11], títulos materiales, y para que puedan ser inscritos los títulos deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria, o documento auténtico expedido por Autoridad Judicial o por el Gobierno o sus Agentes ("*en la forma que prescriban los reglamentos*") [12]. Por esto, debemos estructurar nuestro análisis, diferenciando tanto los títulos materiales como los formales.

El artículo 1 del Real Decreto 1093/1997 [13], de 4 de Julio, nos enumera los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad [14].

El contenido del artículo 1, es una trascripción "casi" literal del artículo 307 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana, de 26 de Junio de 1992. El presente artículo mejora al anterior[15], con la salvedad de que son casi iguales, en el párrafo inicial, a la hora de añadir la frase, no contenida en el artículo 307 del T.R.L.S. 1992, "*además de los actos expresamente regulados en este Real Decreto*" [16]. La lógica se sustenta en que la relación entre la legislación urbanística y el

derecho registral no se agota con la inscripción directa de determinados actos, que se contemplan directamente en el precepto, sino que comprende otros aspectos genéricos que el artículo 307. Dichos aspectos son los siguientes [17]:

- *Los relativos a la colaboración del Registro de la Propiedad en el mantenimiento del régimen de legalidad urbanística, mediante el condicionamiento de la inscripción al cumplimiento de determinados requisitos, aunque se trate de títulos referidos a negocios jurídicos civiles plenamente eficaces. Es el caso de las inscripciones de negocios de obra nueva o de fraccionamiento de fincas, materias que se regulan con detalle en los capítulos VI y X de las Normas Complementarias.*

- *El régimen registral de la intervención administrativa en el mercado inmobiliario, especialmente en el ámbito de los tanteos y retractos administrativos y de la venta forzosa, figuras que suponen o la necesidad de cumplimiento de requisitos especiales para el acceso al Registro de actos civiles de enajenación específicos o un régimen especial de publicidad de una modalidad concreta de actuación administrativa, a los que aluden los Capítulos XI y XII.*

La estructura del citado artículo 1, se puede dividir en dos bloques. Los apartados 1, 2 y 3 conceptualmente se refieren a los directamente relacionados con la ejecución urbanística [18]. Y por otro lado estarían los apartados 4, 5, 6 y 7, relativos a la prevención, el mantenimiento o la restauración de la legalidad urbanística, apartados que en todo caso dejamos meramente enunciados por no ser objeto de este trabajo. El punto 8, por su parte, es una clara referencia del sentido de "numerus apertus" del acceso al Registro.

Como se ha dicho antes, la inscripción es voluntaria, y recomendable, así todo existen una serie de preceptos que implican la necesidad, y obligatoriedad, de las inscripciones. Destacamos, siguiendo este argumento, la **Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 12 de Enero de 1984**[19], la cual nos expresa la obligatoriedad de reflejar en el Registro ciertas situaciones derivadas de la legislación urbanística. Hemos de destacar la novedad que supuso en su momento la citada Resolución de 1984, si bien desde entonces se ha mantenido constante la referida doctrina.

Esta Resolución tiene de fondo una legislación estatal urbanística aplicable a las Comunidades Autónomas. Dando como válido la

falta de legislación estatal urbanística aplicable, a excepción de la legislación que contiene las condiciones básicas, debemos comprender que las distintas legislaciones autonómicas urbanísticas pueden exigir dicha inscripción, y a falta de legislación autonómica, o vacío en algún tema concreto, la aplicación supletoria de la normativa estatal vigente [20].

Aparte de los que podamos encontrar en las distintas legislaciones urbanísticas Autonómicas, destacaremos, de manera supletoria:

- La autorización de obras de carácter provisional, que habrán de demolerse, cuando lo acordase el Ayuntamiento.

- La nota marginal en cada finca afectada por la reparcelación del órgano actuante, y fecha de iniciación del expediente [21].

- La inscripción del acuerdo de aprobación definitiva del proyecto de reparcelación [22].

- La afección de los terrenos comprendidos en un polígono al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de gestión previsto [23].

Y que en el particular de la normativa castellano-manchega podemos encontrar reflejados en los artículos 67, 95 y 119 del Decreto Legislativo 1/2004.

Respecto al Título material de los actos inscribibles, la importancia del apartado primero del artículo 1 es básica, ya que los expedientes administrativos de ejecución del planeamiento constituyen la principal causa de cambios o afectaciones a los asientos registrales por motivos urbanísticos. Así todo, el rigor del control de los actos administrativos [24], pone de manifiesto la diferencia, a la hora de analizar, del control sobre el título material y formal. Prueba de ello, lo encontramos en el título material, que en un sistema hipotecario como el nuestro de pleno desenvolvimiento técnico, el asiento no es una mera copia o traslado de todo cuanto consta en el título formal, sino que se requerirá siempre una calificación para que al Registro solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. Esto es lo que determinan el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y el artículo 98 para los documentos notariales y 100 para los judiciales, ambos del Reglamento Hipotecario. Que en virtud de lo establecido en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, los actos o contratos nulos no deben tener acceso al Registro [25].

Además la posibilidad de inscribir recursos contenciosos administrativos, hace que la referencia a Actos firmes administrativos coge mayor fuerza.

En el apartado 2 se recoge literalmente lo contenido en el artículo 307 del T.R.L.S. 92, el cual a la hora de referirse a los "casos previstos por las leyes" es reflejo de la heterogeneidad de la legislación urbanística, ya que por un lado la legislación estatal especifica una cesión del 10% como un máximo [26] pudiendo variar (ser reducido) por la correspondiente legislación urbanística autonómica; y por otro lado, la posibilidad de que vía Convenio [27] se produzca un cambio en las cesiones (incrementándose) exigidas en el Plan General de Ordenación Urbana. El tercer apartado, las transferencias de aprovechamiento, al igual que los anteriores, se refieren al campo de la ejecución urbanística, y al igual que el anterior tendrá que venir concretado en las distintas legislaciones urbanísticas autonómicas, la especialidad de este apartado es el aprovechamiento urbanístico el centro de dicho negocio y no los terrenos en si mismo como viene siendo tradicional.

Como indicamos antes, los apartados 4, 5, 6 y 7 son los relativos a otro gran campo del urbanismo, en el cual la publicidad registral es básica, y se concreta en la prevención, el mantenimiento o la restauración de la legalidad urbanística, para ello es importante mencionar el sentido de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario diciendo, que la finalidad primordial del Registro de la Propiedad, según establecen los artículos 605 del Código Civil y 1 de la Ley Hipotecaria es la de dar publicidad de las situaciones jurídicas inmobiliarias con el consiguiente robustecimiento de la seguridad del tráfico jurídico[28]. Estos apartados (4, 5, 6 y 7) se refieren a: las condiciones impuestas en las licencias; a la incoación de expedientes de disciplina urbanística relativos a los incumplimientos de los deberes urbanísticos (deber de urbanizar o edificar), de gran importancia la publicidad de los mismos [29]; recursos contenciosos administrativos, como comentamos antes a la hora de diferenciar entre éstos y las resoluciones firmes del apartado primero, es lo que hace que se interprete como firme en vía administrativa el apartado primero, separándolo de la jurisdicción contencioso administrativa, también debemos destacar la posibilidad de la anotación preventiva por la demanda formulada [30]; las Sentencias firmes que afecten a planes de ordenación, de sus instrumentos de ejecución o de licencias, generarán un cambio importante en el contenido del derecho de la propiedad de la finca registral, de ahí la necesidad de su publicidad registral. No vamos a detenernos más en los citados apartados por cuanto quedan fuera de nuestro objeto de estudio.

El apartado 8, requiere un análisis aparte, el cual como hemos comentado tiene la finalidad de darle al Registro un carácter de "numerus apertus" [31], el cual se interpreta como una solución registral adecuada para la inscripción de supuestos no previstos tipificadamente en las normas actuales, sin necesidad de alterar la normativa vigente y a tal fin puede resultar de gran utilidad [32] y evita la necesidad de creación de nuevas normativas, normativa para dar entrada de nuevas figuras urbanísticas, en la legislación registral, aparecidas en las diferentes legislaciones urbanísticas autonómicas.

El antecedente de este precepto es el artículo 307.8 del T.R.L.S. 92.

El acceso al Registro de los actos urbanísticos dará lugar a asientos de finalidad muy distinta. Se iniciará el procedimiento registral con la presentación del documento que conlleva un asiento de presentación. Las clases de asientos se nos enumeran en el artículo 309 del T.R.L.S. 92.

Observados los supuestos que hayan de tener acceso al Registro por *inscripción o anotación preventiva* la nota marginal, del apartado 3, comprende una heterogeneidad de supuestos en materia de urbanismo, refiriéndose a los supuestos de los apartados 4 y 5 del artículo 307 del T.R.S.L. 92 (apartados 4 y 3, respectivamente, del artículo 1 del R.D. 1093/1997).

Para aquellos actos con trascendencia urbanística se sujeta a unos requisitos que confirman el título material, que les da acceso al Registro.

El artículo 308 del T.R.L.S. 92, es el antecedente del artículo 2 del R.D 1093/1997.

En la legislación urbanística se hace referencia a distintas clases de títulos. Este artículo establece un régimen general que será el aplicable, salvo en los casos que la legislación urbanística establezca otra cosa.

El artículo 308 no pierde de fondo el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, el cual nos indica la necesidad del título formal para la inscripción de los títulos materiales, que para que puedan ser inscritos deberán estar consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico expedido por autoridad judicial o por el gobierno o por sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos [33].

Por lo tanto el procedimiento general para los actos urbanísticos inscribibles será, de no exigirse otro título, la certificación administrativa expedida por el secretario del órgano urbanístico actuante, en la que se harán constar, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte el acuerdo [34].

El artículo 2 del R.D. 1093/1997, en los apartados 1 y 2, se redactan con la intención de no modificar el criterio tradicional legal de la Ley Hipotecaria y del Reglamento Hipotecario [35].

El análisis del artículo, nos obliga a realizar una serie de observaciones. El apartado 2.1 del mencionado artículo, cuando nos dice que deben contener las circunstancias necesarias a la inscripción, otorgantes, derechos inscritos y fincas, se interrelaciona con el artículo 21 de la Ley Hipotecaria [36].

En el apartado 2.2, cuando se refiere al secretario, debe entenderse la persona que ejerce la función de certificar los acuerdos adoptados por cada entidad u órgano [37] (la expresión órgano sólo comprende a la Administración territorial o institucional, con competencia urbanística).

En el mismo apartado, se debe entender el carácter de firme en VÍA ADMINISTRATIVA, siendo por lo tanto las resoluciones (de los recursos de alzada, los procedimientos de impugnación que los sustituyan, los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico –salvo que la ley establezca lo contrario-, los órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca) y los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento [38].

El apartado 2.2.c), se debe indicar que las circunstancias relativas a las personas, derechos y fincas a los que afecte el acuerdo, se relaciona con el artículo 9 de la Ley Hipotecaria y el artículo 51 del Reglamento Hipotecario [39]. La calificación registral de los documentos administrativos se extiende a (como nos dice el artículo 99 del Reglamento Hipotecario) [40]:

- La competencia del órgano.
- La congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido.

- Las formalidades extrínsecas del documento presentado.

- Los trámites e incidencias esenciales del procedimiento.

- La relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro.

El resultado de la calificación del acto administrativo sólo afecta a su acceso [41] al Registro de la Propiedad, nunca a la validez o eficacia del acto, que sólo es revisable por las vías previstas en la legislación administrativa y contencioso-administrativa.

Aquí debemos puntualizar la posibilidad de la rectificación de actuaciones jurídico-reales, como así nos dice la Dirección General del Registro y del Notariado [42], por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud del título no administrativo. En estos casos es excusable el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, y basta con que la resolución se haya adoptado en expedientes rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan las garantías legales establecidas a favor de las personas afectadas.

Como nos dice el apartado 2.3. del artículo analizado, el Registrador, una vez practicado el asiento que corresponda, archiva uno de los ejemplares de la certificación y devuelve el otro con nota de las operaciones realizadas. El archivo se realiza en el legajo de "otros documentos públicos" [43], y se hace constar en el asiento practicado que el documento ha sido archivado.

Si se deniega o suspende total o parcialmente la inscripción, se ha de distinguir si los defectos pueden ser subsanables (debe hacer constar el medio que, a su juicio, fuese procedente para subsanar el defecto que motivó la suspensión) o insubsanables (que por ello ha motivado la denegación del título, debe hacer constar la forma más adecuada, en su caso, de obtener la inscripción).

Junto con las escrituras públicas, mandamientos judiciales, certificaciones administrativas mencionadas se deberán presentar un soporte de planos -artículo 3 del R.D. 1093/1997-.

La necesidad del acompañamiento de soporte de planos es totalmente necesaria en una materia como el urbanismo, cuando una de sus más importantes y eficaces piezas de trabajo son los planos. Cuando el acto inscribible se origina en un procedimiento tramitado ante la

Administración urbanística, el plano sirve de base al acuerdo procedente, o a la licencia cuya concesión constituya requisito para la inscripción. En los demás supuestos, debe acompañarse plano a escala adecuada de la finca o fincas objeto del título inscribible [44]. La Dirección General del Registro y del Notariado se pronuncia al respecto, en la Instrucción del 26 de Marzo de 1999 (anexos 1, 2, 3 y 4) [45] .

El R.D. 1093/1997 en el capítulo II, artículo 4 y siguientes, denomina a los proyectos de equidistribución al reparto de beneficios y cargas. Dicho reparto de beneficios y cargas se instrumenta[46] a través de la iniciativa urbanizadora (pública/privada) que concluye en un proyecto de reparcelación, previo proyecto de expropiación cuando proceda (artículo 96 y ss. del Decreto Legislativo 1/2004, de 28-12-2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

Sin embargo, el R.D. 1093/1997, no utiliza la terminología instrumental urbanística a tenor del Sistema, ni los diferencia, sino que por el contrario utiliza para regular (a efectos registrales) los dos procedimientos la misma denominación: "Proyectos de equidistribución". Este tratamiento conjunto se debe, por un lado a la posibilidad de adaptarse a nuevos instrumentos urbanísticos autonómicos, de repartos de beneficios y cargas; y, por otro lado, busca no salirse del ámbito legislativo estatal, que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 impide legislar en materia urbanística. Queda justificado el tratamiento conjunto, ya que la doctrina de autores y la jurisprudencia consideran que se le puede dar un tratamiento conjunto [47].

Respecto al título inscribible de los proyectos de equidistribución, queda regulado en los artículos 6 al 13 del R.D. 1093/1997, los cuales nos dicen que será título idóneo para la inscripción de la reorganización de la propiedad la certificación de la Administración actuante acreditativa de la aprobación definitiva del Proyecto. Dicha certificación deberá protocolizarse [48] mediante el acta [49] a la que se refiere el artículo 211 del Reglamente Notarial, a requerimiento de la Administración actuante o de la entidad urbanística colaboradora a cuya instancia se hubiere tramitado el proyecto. También será título inscribible la escritura pública otorgada por todos los titulares de las fincas y aprovechamientos incluidos en la unidad [50], a la que se acompañe certificación de la aprobación administrativa de las operaciones realizadas.

Los requisitos del Título exigible, nos los enumera el artículo 7 del R.D. 1093/1997, diciéndonos antes, de la enumeración de dichos

requisitos, que "además de los requisitos exigidos por la legislación urbanística aplicable y por la legislación hipotecaria general" refiriéndose a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario.

3.- ASIENTOS REGISTRALES.

3.1 NOTA MARGINAL.

Los asientos de nota marginal, son aquellos por los que se da publicidad a través de una anotación realizada al margen de los asientos que se practican en los libros del Registro de la Propiedad, a hechos, derechos, circunstancias, advertencias y referencias con trascendencia para los derechos inscritos [51]. Es decir, un asiento registral, que se extiende al margen de otros asientos y cuyo objeto es consignar un hecho que modifica un derecho registrado, o hacer las veces de una inscripción, anotación preventiva o cancelación, o facilitar la mecánica de la oficina del Registro.

Las notas marginales salvo que expresamente se establezca otra cosa tendrán vigencia indefinida [52], y sólo darán a conocer la situación urbanística.

Respecto a la legislación aplicable, tenemos, como hemos expuesto, el problema de competencia de las Comunidades Autónomas para dictar normas de acceso de las actuaciones urbanísticas al Registro de la Propiedad, ya que es competencia del Estado determinar los actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, los efectos y las operaciones registrales (artículo 149.1.8 de la Constitución Española). Sin embargo, en el tema de la gestión urbanística, materia de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, tenemos que comprender la necesidad de coordinación con el Registro de la Propiedad, sobre todo en el campo de la publicidad registral, por lo tanto, en las notas marginales la normativa estatal intenta contemplar, y abarcar, todas las posibilidades de dar publicidad a todos los instrumentos urbanísticos.

Casi todas las normativas urbanísticas autonómicas hacen referencia a la publicidad registral pero con distinto alcance:

Tenemos un primer grupo de Comunidades Autónomas que dedican una sección entera a la publicidad registral de las actuaciones urbanísticas [53].

El segundo grupo lo componen aquellas que no hacen mención expresa a esta cuestión y realizan las referencias al Registro de la Propiedad que consideran adecuadas [54].

El tercer grupo realiza una remisión general a la obligación de hacer constar en el Registro de la Propiedad cualquier acto administrativo urbanístico con trascendencia registral, si bien en la forma y con los efectos dispuestos en la legislación estatal [55].

Definida la nota marginal, y deducida la amplia gama de "hechos" que pueden acceder al Registro bajo la publicidad de la Nota Marginal, nos detendremos a analizar los supuestos urbanísticos más destacados que deberían acceder por nota marginal.

3.1.1. - LA NOTA MARGINAL DEL ARTÍCULO 309.3 DEL T.R.L.S. 92.

El artículo 309.3 del T.R.L.S. 92 [56] nos dice la clase de asientos que son inscritos como nota marginal, y que podemos señalar genéricamente como aquellos actos administrativos que afecten a un desarrollo urbanístico, entre los que cabe incluir tanto la reversión como la novedosa figura de la retasación contemplada en el artículo 29 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

El artículo 309.3, en relación con el artículo 307.4 y 307.5, todos ellos del T.R.L.S. 92, queda regulado en los artículos 74, 75, 76 y 77 del R.D. 1093/1997, relativos a las notas marginales.

Dado el carácter heterogéneo de las notas marginales, habrá de estar a la naturaleza del acto o acuerdo objeto de las mismas. Se podría resumir en:

- Vigencia indefinida, salvo que otra cosa se disponga expresamente. Dado el carácter publicitario de las notas marginales, habrá notas que, por su contenido, tienen una vigencia transitoria, y, en su caso, condicionada a la vigencia de otro asiento principal [57].

- Eficacia limitada, ya que da lugar a conocer la situación urbanística en el momento a que se refiera el título que las originara.

3.1.2.- LA NOTA MARGINAL DEL 5 DEL R.D. 1093/1997.

Debemos relacionarla con la del artículo 310 del T.R.L.S. 92, ya que ambas se están refiriendo a la misma realidad urbanística; por un

lado el artículo 310 del T.R.L.S. 92 de la iniciación del expediente de Reparcelación y Compensación, y, por otro lado, tras la "lección" de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, el artículo 5 del R.D. 1093/1997 se refiere a la iniciación de "Proyecto de Equidistribución". Por ello se hace necesaria una referencia cruzada a los dos artículos.

Los proyectos de equidistribución [58] constituyen, sin duda alguna, la manifestación urbanística más importante en la ejecución sistemática, integral, urbanística. Esto se debe a que aquí adquiere sentido la ejecución sistemática del planeamiento a través de instrumentos urbanísticos que traduzcan el reparto equitativo de los beneficios y cargas. Es por ello que la iniciación de los expedientes de "equidistribución" requiera de la necesaria publicidad registral por la importancia de los mismos [59].

La necesidad de esta nota marginal nos la explica de manera muy clarificadora GONZÁLEZ PÉREZ, J. [60], explicando que desde que se inicia el procedimiento de equidistribución hasta que termina transcurre un periodo de tiempo en el que no se paraliza el tráfico jurídico, siendo necesario garantizar los derechos de los terceros, dando publicidad a la existencia de aquellos procedimientos.

Por lo tanto, volvemos a encontrar una solución a esa necesidad de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el urbanismo, a través de instrumentos de publicidad que protejan la buena fe de los terceros adquirentes [61].

Para la subrogación en los deberes urbanísticos no es necesaria la nota marginal, ya que el estatuto del derecho de la propiedad obliga al titular de la finca. Sin embargo, la publicidad de la nota marginal se hace necesaria para los deberes en el ámbito registral. La importancia de la publicidad en el ámbito de la ejecución del planeamiento, para la gestión de la Junta de Compensación, queda constatada en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado [62], las cuales, expresan que en caso de no existir la nota marginal no obligan las actuaciones de la Junta a las fincas afectada, a efectos registrales.

La nota marginal lo que hace constar en el Registro de la Propiedad es la iniciación del expediente de reparcelación o la afección de los terrenos comprendidos en la unidad de ejecución al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema de compensación [63]. La función de la nota marginal es hacer pública la iniciación del procedimien-

to de equidistribución, y sirve como notificación de éste a los titulares que acceden al Registro de la Propiedad con posterioridad a su inicio.

Entre el momento de la inscripción de la Nota Marginal, del artículo 5 del R.D. 1093/1997, y la inscripción del Proyecto de Equidistribución, del artículo 7 del R.D. 1093/1997, existe un periodo de tiempo lo suficientemente amplio para que de lugar a mutaciones jurídico-reales, que obligue al legislador a regularlas. La práctica de los asientos posteriores a la nota marginal de iniciación del proyecto queda regulada en el artículo 14 del R.D. 1093/1997, y la cancelación de derechos y cargas inscritos después de la nota marginal del artículo 5, queda regulado en el artículo 15 del R.D. 1093/1997.

El artículo 14 del R.D. 1093/1997 nos da las reglas para la no interrupción del tracto sucesivo desde la nota marginal de inicio del expediente de equidistribución y el proyecto de equidistribución [64].

En este periodo de tiempo entre la Nota Marginal del artículo 5 y la inscripción del Proyecto de equidistribución del artículo 7, y posteriormente las soluciones de los artículos 14 y 15 (todos ellos del R.D. 1093/1997), se sustenta todo en la importancia de la Nota Marginal comentada, la cual (con arreglo a la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de Enero de 1984) constituye un eslabón necesario en el tracto registral, en el que se asienta la transmisión fiduciaria de las facultades dispositivas de la Junta y, consiguientemente, permite pasar de la titularidad registral del propietario a la del adquirente de la Junta.

El artículo 15 del R.D. 1093/1997 [65] regula la cancelación formal de asientos posteriores a la nota de expedición de certificación de cargas, cuando estas situaciones se refieren a situaciones no dominicales, diciendo que los derechos o cargas no mencionados en el proyecto de equidistribución e inscritos con posterioridad a la fecha de la nota, los asientos correspondientes se cancelarán en todo caso.

Se tratará normalmente de la cancelación de inscripciones y de anotaciones preventivas, aunque también cabe pensar en notas marginales, cuando éstas sustituyan a un asiento principal y positivo, o en los casos en los que publican una modificación jurídica que implique la adquisición de derechos [66].

Para finalizar decir que la forma de cancelación, se hará de acuerdo a las reglas del artículo 16 del R.D. 1093/1997, el cual nos dice

que se hará constar mediante Nota Marginal, que se hará constar por nota al margen de la inscripción de la finca de resultado la existencia de los asientos que han sido objeto de dicha cancelación, el título que los hubiere motivado y su respectiva fecha.

3.1.3.- LA NOTA MARGINAL DEL ARTÍCULO 21 DEL R.D. 1093/1997.

El artículo 21 del R.D. 1093/1997 trata los supuestos de los titulares de fincas comprendidos en una unidad de actuación (o polígono) y que no se han adherido a la Junta de Compensación. La solución que nos da dicho artículo es la expropiación del propietario no adherido, mediante un expediente tramitado por el Órgano actuante, generalmente el Ayuntamiento, en el que el carácter de beneficiario se atribuye a la propia Junta de Compensación.

Para este caso se tomará anotación preventiva a favor del expropiante o del beneficiario de la expropiación, mediante el acta previa a la ocupación y el resguardo del depósito provisional [67], el proyecto de equidistribución se tramita y concluye en forma ordinaria; y, una vez aprobado definitivamente dicho proyecto, la finca o fincas de resultado que correspondan por subrogación real a la ocupada en virtud de la expropiación se inscriben a favor de la Junta de Compensación (en concepto de beneficiaria).

En el artículo 21 debemos señalar, que el titular no se adhirió antes de la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación, ya que se puede adherir aunque esté en medio del procedimiento expropiatorio y no se hubiese realizado la aprobación definitiva del Proyecto de Compensación. Por otro lado, señalar que, el procedimiento de expropiación será el de tasación conjunta, en su versión individualizada, al que se refiere el artículo 23.1 del R.D. 1093/1997.

El procedimiento [68] de expropiación se inicia [69] por Nota Marginal, que exprese la fecha y el procedimiento que se trate, pudiendo indicarse también que se ha optado por el procedimiento de tasación conjunta [70]. La finalidad de esta nota marginal es dar a conocer a terceros la existencia de un procedimiento expropiatorio, se cancela por caducidad (artículo 22.2 del R.D. 1093/1997), transcurridos desde su fecha, si en el Registro no consta algún nuevo asiento relacionado con el mismo expediente [71].

Para finalizar, decir que de manera lógica se podrá cancelar la nota de manera expresa, y no por caducidad. Los supuestos de cancelación formal de la nota marginal serán:

- La incorporación del titular a la Junta de Compensación (u otro órgano urbanístico colaborador), antes del acto administrativo de aprobación definitiva del Proyecto de Equidistribución. Bastará en este caso la certificación, por parte de dicha entidad, de la acreditación de la adhesión.

- La decisión de suspensión definitiva del expediente por parte de la Administración o la exclusión de la finca del proyecto de que se trate, también con la misma justificación.

3.2.- ASIENTO DE INSCRIPCIÓN.

La inscripción de las fincas de resultado, nos viene regulado en el artículo 13 del R.D. 1093/1997, el cual, está íntimamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 18 de la misma norma.

El Real Decreto nos dice que la inscripción de las fincas de resultado se practicará a favor del titular registral, salvo los supuestos de reanudación del tracto o lo previsto en los artículos siguientes al 13 del R.D. 1093/1997. Si las fincas de origen constasen inscritas a favor de varios titulares en proindivisión o de personas casadas y el proyecto no especificase la forma de la adjudicación, las fincas de resultado se inscribirán en la proporción en que constasen inscritas las de origen o con sujeción, en su caso, al régimen matrimonial que a éstas fuese aplicable.

La norma se limita a constatar el efecto del principio de subrogación real [72], dejando un camino abierto al Registrador para que actúe de oficio, sin dilaciones en el procedimiento, en cuanto a la titularidad de las fincas de resultado adjudicadas a los titulares de las fincas de origen, aunque el proyecto no lo especifique. Se trata de facilitar la inscripción mediante datos que ya consten en el registro y cuya repetición en el título es innecesaria.

El artículo 18 nos dice las reglas para la inscripción del proyecto de equidistribución.

Antes de entrar a analizar las cuestiones de índole práctico más controvertidas en la inscripción de las fincas de resultado que el R.D. 1093/1997 resuelve, debemos hacer un breve comentario sobre la subrogación real.

La subrogación real es sin duda un principio que debe mantenerse en el desarrollo del planeamiento. Así todo, debido a la complejidad en las actuaciones globales e integrales de la ejecución del planeamien-

to y, sobre todo, a la función social de la propiedad [73], la cual obliga a realizar una serie de actos dispositivos sobre las fincas cambiando las realidades jurídicas de las mismas. Parece lógico que aquellas fincas que han sufrido una mutación jurídica, por motivos de planeamiento y de la función social de la propiedad y, cambien el destino de las mismas, no hereden las cargas anteriores. El motivo, es que dichas cargas son incompatibles con el planeamiento y con la nueva función de las nuevas fincas", es más, parece lógico decir que las antiguas han desaparecido interrumpiéndose el tracto de las mismas, y las nuevas se podría expresar "que empiezan de cero". Así todo se deberá atender a cada caso particular para que no se genere una inseguridad en el tracto inmobiliario que pueda perjudicar a terceros.

Debemos destacar la importancia que ha tenido el R.D. 1093/1997 en este aspecto a la hora de aclarar, y coordinar, las relaciones entre el urbanismo y el registro en la ejecución del planeamiento e inscripción de las fincas de resultado del planeamiento.

Es en este apartado donde se ha conseguido uno de los logros más importantes [74] del R.D. 1093/1997, ya que los problemas registrales que se suscitan a lo largo del proceso de transformación del suelo se han ido contemplando progresivamente de forma más amplia y técnica. Desde el punto de vista material intenta regular de forma integral aspectos que plantean constantes problemas de interpretación. Es más, puede transformarse en una herramienta que ordene y agilice los procedimientos de ejecución urbanística y ha dado solución, y coordinación, a numerosos temas de ejecución urbanística.

Al respecto del título competencial Estado-Comunidades Autónomas (Registro-Urbanismo), el Real Decreto 1093/1997 ha puesto mucho cuidado en no entrar en competencias que no le son titulares al Estado. Como así expresa el Preámbulo del Real Decreto, diciendo que aunque los preceptos que integran el Reglamento que aprueba se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral, por lo que, en cuanto a normas hipotecarias jurídico-privadas, están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo. Criterio que confirma la jurisprudencia [75] al decir que el Real Decreto 1093/1997 contiene normas dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de legislación civil y de reglas de ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 149.1.8 CE) ya que es al Estado al que compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos.

3.2.1.- INMATRICULACIÓN Y DOBLES INMATRICULACIONES.

Para los problemas de inmatriculación de las fincas de origen y dobles inmatriculaciones, el R.D. 1093/1997 nos da, en los artículos 8 y 10, las reglas previstas para solucionar dichos problemas.

Para el caso de inmatriculación de las fincas, el artículo 8 [76] nos dice que se podrá realizar a través del proyecto que se hubiere llevado a cabo por acuerdo unánime de los interesados o a instancia de propietario único, el cual, deberá someterse al trámite ordinario de información pública previsto en la legislación urbanística para los proyectos de equidistribución.

Lo que nos dice el artículo 8, en definitiva, es que el proyecto de equidistribución es título suficiente para corregir y adecuar la realidad al Registro. Además, el proyecto de equidistribución constituye el título material adecuado para que las fincas de origen queden inscritas como primera operación registral.

Este artículo responde a una realidad jurídica, y es que "*en caso de discordancia entre los títulos y la realidad física de las fincas prevalecerá ésta sobre aquellos en el expediente de reparcelación*" [77]. Dicha realidad jurídica, propugnada en el artículo 103.3 del Reglamento de Gestión, no daba fórmula registral para solucionar con celeridad dichos problemas, fórmula que nos da el R.D. 1093/1997.

La norma se refiere a todas las fincas de origen, en las que incluiremos aquellas pertenecientes a patrimonios públicos [78]. También será aplicable a las fincas o partes de fincas adscritas a la unidad de ejecución, pero situadas fuera de sus límites físicos.

Respecto a fincas que se encuentran en parte fuera del ámbito (unidad de ejecución) y otra incluida físicamente en la unidad de ejecución y carecen de inmatriculación, la respuesta lógica debería ser la posibilidad de inmatricularse de acuerdo al artículo del R.D. 1093/1997. Para ello, lo lógico es que se inmatricule toda la finca (incluida la parte no comprendida dentro de la Unidad de ejecución) para posteriormente sea segregada, debiendo pasar el trámite de información pública toda la finca.

El artículo 10 nos da las reglas para todos aquellos casos de doble inmatriculación, titularidad desconocida o controvertida sobre la finca de origen, titular en ignorado paradero.

El artículo 10 en el caso que estudiamos, la doble inmatriculación [79], se debe decir que deben considerarse interesados en el proyecto ambos titulares registrales según cada inscripción. La inscripción se practica a favor de quien acredite mejor derecho.

Esta doble inmatriculación consiste en el supuesto (poco frecuente) de que alguna de las fincas de origen aparezca inscrita en dos folios diferentes y a favor de titulares distintos, lo que da lugar a dos historiales hipotecarios contradictorios.

Siguiendo la regla del artículo 313 del Reglamento hipotecario [80], este da una solución judicial, que no resolvía el problema de qué hacer en los procesos urbanísticos en los que la celeridad es importante, como se ha expuesto, y en ese periodo de tiempo judicial que no se ha resuelto el conflicto. Lo que hace el artículo 10 es no interrumpir el proceso de inscripción del proyecto de equidistribución, manteniendo ambos folios registrales y debiendo en todo el procedimiento hacer las comunicaciones a los inscritos.

El artículo 10 del R.D. 1093/1997 trata de cuestiones poco frecuentes pero capaces de provocar situaciones complicadas, y que generan un estancamiento, para el proceso de equidistribución. Ello se debe a que antes del R.D. 1093/1997 existían pocas soluciones en la normativa registral, y las existentes daban la solución judicial como la única válida, no acomodándose a la necesidad de rapidez del proceso urbanístico.

3.2.2.- RECTIFICACIÓN DE LINDEROS Y EXCESO DE CABIDA.

Antes del R.D. 1093/1997, respecto a la rectificación de los linderos y al exceso de cabida, teníamos la Ley 13/96 [81], la cual no resolvía el problema de no paralizar el procedimiento de inscripción del proyecto de equidistribución. El R.D. 1093/1997 en su artículo 8 nos vuelve a dar la solución y, además es título suficiente.

La solución que nos da el artículo 8 es la más lógica posible, por un lado nos identifica el título en el Proyecto de equidistribución, aquel más lógico por ser un instrumento urbanístico de reordenación de la propiedad. Además exige, para que produzca los efectos previstos, un doble requisito:

- El acuerdo unánime de los interesados.

- Someterse al trámite de información pública.

El trámite de información pública podríamos decir que es un control sobre el acto dispositivo que se ha realizado. Sin embargo, el acuerdo unánime debemos decir que, por un lado, los interesados serán aquellos que afecte dicho cambio de linderos y exceso de cabida.

El R.D. 1093/1997, como se ha dicho a lo largo del presente capítulo, es una normativa registral, que permite coordinarse con la legislación urbanística. No todo lo dispuesto en el Real Decreto se regula ex – novo.

Veremos que las soluciones del R.D. 1093/1997, siendo soluciones registrales y más completas (o acabadas), siguen una línea parecida a la que nos daba el Reglamento de Gestión Urbanística [82], en su artículo 103.3 (exceso de cabida) y 103.5 (rectificación de linderos) referentes al expediente de reparcelación.

El exceso de cabida en principio no supone problema alguno, ya que con un levantamiento topográfico se nos dirá la superficie real de la parcela [83], mientras que estas medidas no afecten a las demás parcelas (que lo lógico es que no las afecte) no existirá conflicto, ni interesados en el expediente. Así todo a tenor de lo que dice el artículo 8, pasará el control del periodo de información pública.

Sin embargo, con la rectificación de linderos es distinto, ya que dicha rectificación, de manera lógica, va en perjuicio (o en beneficio) de otras fincas. Esto hace que los interesados serán los colindantes y aquellos que les afecte el cambio de linderos. Es por ello que el artículo 8 exige la unanimidad de los interesados, en caso contrario, lo lógico es que se inscriban los linderos de las fincas iniciales y sea la justicia ordinaria quien resuelva el conflicto [84]. Si la rectificación de linderos en perjuicio del titular (cuyo acuerdo unánime, como es lógico, será fácil de conseguir) opino que se debe someter al periodo de información pública de igual manera que los anteriores, ya que suponen un cambio de linderos que afectan a otros titulares (que estarán de acuerdo con el mismo), debiendo tramitar dicho periodo de información pública para pasar ese control necesario.

Para finalizar, decir del acuerdo unánime de los interesados, es normal permitir esta fórmula previa como una reafirmación en el expediente del principio de autonomía de la voluntad [85], en tanto no pertur-

be los intereses públicos. De ahí que a lo largo del R.D. 1093/1997 se propugne en todas las soluciones el acuerdo unánime de los interesados. Como ejemplo de ello tenemos el artículo 11.8 del Real Decreto:

4.- OTROS SUPUESTOS.

4.1.- EL NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN CATASTRAL Y SU NECESIDAD DE CONSTAR EN EL PROYECTO DE REPARCELACIÓN.

Para dar una definición del Catastro [86] diremos que es un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país, en el que se determinan la riqueza inmueble (tierras, edificios, etc…) de un territorio previamente determinado al fin primordial de tipo fiscal o tributario y a los fines auxiliares de orden económico, administrativo, social y jurídico.

La necesidad de una coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad, es una aspiración que va en beneficio de la seguridad jurídica. Además, facilita la comprobación, investigación e inspección de las transacciones e investigaciones y alteraciones de todo orden relativas a tales bienes que tienen trascendencia tributaria, con el objetivo de favorecer el cumplimiento de las obligaciones fiscales y así intentar un seguimiento en el control tributario.

Es por ello que se impone la necesidad de una referencia catastral [87] en el Registro de la Propiedad. Esta imposición queda justificada con el artículo 50, apartado Uno de la Ley 13/1996,

Este artículo es de aplicación para la inscripción del Proyecto de Equidistribución en el Registro de la Propiedad. Sin hacer mención expresa al Proyecto, al suponer éste un acto de trascendencia real, relativos al dominio, se hace necesaria la referencia catastral mencionada en el artículo expuesto [88]. Además de la coordinación Catastro – Registro, es lógica, debido a que el desarrollo urbanístico del polígono (o unidad de actuación) puede dar lugar a un cambio en la consideración de la naturaleza de la finca a efectos del castro, provocando un cambio en la naturaleza fiscal de las mismas.

Para ello, y por necesidad de coordinación Registro – Catastro, se han realizado diferentes actuaciones encaminadas a la consecución de esa colaboración. Es de destacar el "Convenio de cooperación para la realización de cartografía informatizada e intercambio de información gráfica entre la Dirección General del Catastro, la Dirección General de los

Registros y del Notariado y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España", de fecha 11 de Noviembre de 1999, el cual con el propósito de desarrollar un Plan de informatización de bases de datos cartográficos necesarios para una mejor gestión integrada, sobre la base del artículo 51 regla 4ª del Reglamento Hipotecario [89], a través de una entrega, por parte de la Dirección General del Catastro al Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, la cartografía que se vaya disponiendo, la informatización de la cartografía urbana y rústica, y la cesión temporal de la información fotográfica georeferenciada [90]. Además, se añaden diversas instrucciones [91] encaminadas a clarificar esa coordinación necesaria. También es de destacar la Orden de 23 de Junio de 1999 por la que se regula el procedimiento para dar cumplimiento a la obligación establecida en la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, sobre suministro de información a la Dirección General del Catastro por los Notarios y Registradores de la Propiedad, la cual se emite para facilitar la comprobación, investigación e inspección de las transacciones y alteraciones de todo orden relativas a los bienes con trascendencia tributaria, con el objetivo de favorecer el cumplimiento de las obligaciones fiscales y evitar el fraude en el sector inmobiliario [92], obligando una coordinación que llega hasta la transmisión de los datos sobre un soporte informatizado.

Además no debemos olvidar que el R.D. 1093/1997 en su artículo 3.2 impone también la necesidad entre el Registro y el Catastro,

Es por ello que, en particular, para los actos de naturaleza urbanística, y en concreto en el Proyecto de Equidistribución, la necesidad en los actos de atribución o modificación del dominio o de otros derechos reales de goce sobre otras fincas, requiere la necesidad de inscribirse la referencia catastral [93].

Se puede observar una serie de actos, disposiciones, gestiones y acuerdos encaminados a reconfigurar la necesitada coordinación Registro – Catastro y sobre todo a reconfigurar la información relativa a la propiedad a través de la exigencia de una cartografía cada vez más detallada e informatizada.

4.2.- SUBROGACIÓN DE LAS CARGAS REALES EN EL PROYECTO DE REPARCELACIÓN.

El concepto jurídico de cargas se refiere a relaciones jurídicas que no impliquen una atribución dominical del objeto, es decir, que restrinjan, a favor de un titular distinto del dueño, algunas de las facultades propias del dominio.

El desarrollo urbanístico, como se ha visto hasta ahora, implica que se actúe sobre unas fincas que, a efectos registrales estarán normalmente afectadas y sujetas a unas cargas. Estas cuestiones son planteadas en la legislación urbanística de manera muy suscita, pero la importancia y trascendencia desde el punto de vista registral es esencial.

Este objeto es de tratamiento en el artículo 168 del T.R.L.S. 92 [94], De acuerdo con dicho artículo, tenemos una serie de situaciones jurídicas que generan en el Proyecto de Equidistribución, unas incompatibilidades en el traslado de las cargas de las fincas originarias a las de resultado. Las situaciones jurídicas que genera el Proyecto de Equidistribución respecto a dichas cargas se podrían resumir en:

- Aplicabilidad del principio de subrogación real.
- Derechos y cargas incompatibles con el planeamiento.
- Derechos y cargas compatibles con el planeamiento.

El apartado 1 del artículo 168, comienza con la extinción de derechos y cargas para aquellas fincas en las que no tenga aplicación del principio de subrogación real. Respecto al principio de subrogación real, se deduce que dicho artículo se refiere a aquellas fincas en las que a la hora de inscribirse como fincas de resultado han generado una mutación jurídico-real respecto a las fincas originarias, es decir, serán principalmente:

- Fincas inscritas a favor de la Administración Pública.
- Fincas extrapropiadas a favor del Agente Urbanizador.

Como es lógico estas fincas se transmiten libres de cargas como así estiman las distintas legislaciones urbanísticas. La indemnización por la cancelación de dichas cargas correrá a cargo del propietario de la finca original.

El otro supuesto de incompatibilidades es aquel que las cargas son incompatibles con el planeamiento. Es un supuesto muy usual, para ello el expediente de equidistribución debe hacerlas constar e indicar su incompatibilidad con el planeamiento, un ejemplo muy frecuente es la existencia de servidumbres incompatibles con el planeamiento, las cuales deberán ser indemnizadas al titular de las mismas por parte de la Junta de Compensación [95].

El artículo 11.1 del R.D. 1093/1997 trata el supuesto de cargas incompatibles con el planeamiento expresando una triple exigencia y es:

- Que se haya fijado la indemnización que proceda.
- Que dicha indemnización se haya pagado o consignado.
- Que la operación de cancelación se solicite expresamente.

El contrario al supuesto anterior serán aquellos en los que es de aplicación el principio de subrogación real, por el cual, aquellas cargas compatibles con el planeamiento se mantendrán en las fincas de resultado. Este supuesto es contemplado desde distintas posibilidades en el mismo artículo 11 del R.D. 1093/1997 en sus apartados 2, 3, 4, 5, 6, y 7,

Como se puede observar el artículo 11 contempla las distintas posibilidades de mantenimiento de las cargas compatibles con el planeamiento. Aplicando la lógica, y las relaciones urbanísticas, contempla la subsistencia, y traslado, de dichas cargas pero desde distintas posibilidades respecto a las fincas.

La existencia de una carga, compatible con el planeamiento, sobre una finca de origen, dicha finca de origen, muchas veces se transformaba en varias fincas de resultado, o viceversa. Dicho problema de cómo trasladar dichas cargas no es solucionado del todo por la legislación urbanística [96] hasta el R.D. 1093/1997.

Las posibilidades que nos expone el artículo 11 referidas a las cargas compatibles con el planeamiento son:

- Una finca de origen se le adjudica una única finca de resultado. Basta para el traslado de los derechos y cargas que el proyecto mencione que sobre la finca de origen existen tales derechos y cargas.
- Una finca de origen se le adjudica por subrogación real varias fincas de resultado. Traslado a éstas de los derechos y cargas mencionados en el proyecto, y sin que sea necesario que el proyecto distribuya entre las fincas de resultado la carga o derecho trasladado.
- Dos o más fincas de origen se le adjudican una única finca de resultado. El proyecto determina la cuota porcentual que corresponda a las fincas de origen en la de resultado, y el regis-

trador traslada los derechos o cargas preexistentes sobre la cuota porcentual de la finca de resultado que corresponda a cada una de las de origen.

- Varias fincas de origen se le adjudican distintas fincas de resultado, se le aplicará las normas anteriores, de la forma correspondiente.

Finalmente añadir que el artículo 11, en su apartado 8, mantiene el principio de autonomía de la voluntad, diciendo que cuando mediare acuerdo unánime de todos los titulares activos y pasivos de los derechos preexistentes sobre las fincas de origen en orden a su subsistencia, distribución, concreción en determinadas fincas de resultado o especificación de su rango, el Registrador inscribirá el traslado conforme a lo pactado. Dicho acuerdo podrá formalizarse mediante comparecencia de todos los titulares interesados en el expediente o en virtud de escritura notarial complementaria [97].

4.3.- CANCELACIÓN FORMAL.

La cancelación de las cargas, que hemos expuesto anteriormente, se deberá realizar de manera expresa, con referencia a la carga concreta de que se trate y con especificación de sus datos registrales, o al menos a los que resulten del propio título inscribible. Además, en la solicitud de cancelación deberá hacerse constar que ha tenido lugar el pago o la indemnización procedente, o, en otro caso, que no corresponde al titular del derecho a cancelar indemnización alguna, supuesto que pueda producirse con frecuencia en el caso de servidumbre de origen legal, cuyo contenido se sustituye con el equipamiento previsto en el Plan que se ejecuta.

Sin embargo, tenemos el caso especial del artículo 15 del R.D. 1093/1997 [98]. El artículo 15 regula la cancelación formal de aquellos asientos posteriores a la nota de expedición de la certificación de cargas, cuando estos asientos se refieran a situaciones no dominicales.

El precepto establece que la necesidad de practicar dicha cancelación nace exclusivamente de que hayan sido mencionados o no en el título que genera la inscripción del proyecto de equidistribución.

El artículo 15, una de las cuestiones que suscita, es qué tipo de asientos han de ser objeto de cancelación formal. Para este caso, ARNAIZ EGUREN, R. [99] nos dice que dada la finalidad de los preceptos que comentamos[100], han de ser objeto de cancelación formal los

asientos de carácter positivo, no las cancelaciones con fecha posterior a la nota. Por lo tanto, concluye, se tratará normalmente de inscripciones y de anotaciones preventivas, aunque también cabe pensar en notas marginales, cuando éstas sustituyan a un asiento principal y positivo, o en los casos en los que publican una modificación jurídica que implique la adquisición de derechos.

La forma de cancelación debe ser a través de nota marginal, que debe practicarse en el folio de la finca de origen, al margen de la inscripción o anotación o a continuación de la nota sustitutiva de que se trate [101].

El artículo 16 [102] del R.D. 1093/1997 [103], regula la práctica de la nota marginal en la finca de resultado, debiendo hacer constar, mediante nota marginal, la existencia de los asientos que han sido objeto de dicha cancelación, el título que los hubiere motivado y su respectiva fecha.

Este artículo 16 parece cerrar un ciclo totalmente lógico entre las cancelaciones de las finca originales y las de resultado.

4.4.- EL EXPEDIENTE DE RECTIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 17.

El artículo 17 del R.D. 1093/1997 se basa en lo e4stablecido en el artículo 310.4 del T.R.L.S. 92. Para ello establece que para rectificar los supuestos de cancelación formal de asientos posteriores a la nota marginal, tratándose de derechos válidamente adquiridos extrarregistralmente, se requiere la inscripción del dominio de la finca de resultado o de los derechos constituidos sobre la de origen, a favor de los causahabientes de esta última.

Para ello es necesario:

- La presentación del título que motivó la práctica del asiento cancelado, esto es, el título por el que se adquirió el derecho.

- La rectificación que corresponda, formalizada en escritura pública, en la que se hagan constar las circunstancias y descripción de las fincas resultantes del proyecto y la conformidad para la práctica de los nuevos asientos del titular registral de la finca adjudicada y de los titulares de los derechos cancelados.

Se podría decir que se trata de un pacto entre el titular adjudicatario de la finca de resultado y el verdadero titular de la finca o dere-

cho inscrito, elevado a público para su acceso al Registro de la Propiedad. Pero, a tenor literal del artículo, puede ocurrir que no se obtenga la conformidad de resultado, ni de todos los titulares de todos los derechos cancelados, a efectos de la rectificación procedente. En este caso se prevé que la rectificación puede practicarse en virtud de acuerdo firme de la Administración actuante, adoptado en el correspondiente procedimiento administrativo, en el que se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se adopte, a solicitud de todos o alguno de los titulares o derechos cancelados, formalmente conforme, es decir, a petición de todos los titulares cuyos derechos fueron objeto de cancelación por nota marginal sobre la finca de origen, pero cuya existencia se hizo constar de forma provisional por nota marginal en la finca de resultado.

- Que se notifique el proyecto de rectificación al titular registral, adjudicatario de la finca de resultado, y a los titulares de derechos y cargas formalmente cancelados, que no hubieran instado el acuerdo. El lugar de la notificación es el domicilio donde consta el Registro y en otro caso por edictos.

Excepcionalmente, como dice el apartado 3, no es necesaria la conformidad de los titulares registrales, siendo a instancia del interesado, es decir, a instancia del titular del derecho cancelado ante el Registrador de la propiedad, cuando la correspondencia entre la finca de origen y la finca de resultado se deduzca directamente de los asientos del Registro, en tal caso parece lógico que no se exija los procedimientos anteriores, bastando con la instancia al Registrador para que éste rectifique el folio de la finca de resultado, haciendo constar la vigencia del derecho cancelado.

Decir que, en tanto no se lleve a cabo la rectificación, respecto de todos los derechos cancelados, no puede practicarse asiento alguno sobre la finca de resultado adjudicada al titular primitivo de la finca de origen.

NOTAS:

[1] Como ejemplo tenemos la disposición adicional décima de la Ley 8/1990, de 25 de Julio. Los artículos 307 a 310 del T.R.L.S.92. En ambos se ha regulado el tema mediante unas breves pero imprescindibles normas susceptibles de un desarrollo reglamentario posterior más detallado, como el propio texto legal reconoce.

[2] Salvo, claro está, en aquellas materias del urbanismo competencia exclusiva del Estado.

[3] Es competencia exclusiva, lo que implica que la legislación estatal sobre urbanismo es inconstitucional por carecer de título competencial (Artículo 148.1.3 de la Constitución Española y Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de Marzo, Fundamento Jurídico Sexto, entre otros).

[4] Le autoriza a velar por la igualdad (Artículo 149.1.1).

[5] Artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

[6] Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de Junio de 1992: "El artículo 606 del Código Civil al igual que el 32 de la Ley Hipotecaria… lo que proclama es la inoponibilidad de los títulos (no sólo privado, como parecen entender los recurrentes, sino también públicos), que no estén inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad frente a los terceros que sean titulares registrales y amparados, por tanto por la protección registral". El Supremo en esta Sentencia nos da una interpretación negativa de los derechos no inscritos, a tenor del artículo 606 del Código Civil.

[7] Más adelante se matizará esta voluntariedad de las inscripciones.

[8] Como ejemplo de la voluntariedad de la inscripción tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 1980: *"… este precepto legal no dispone que, preceptiva e inexcusablemente, los actos administrativos que se produjeran en el ejercicio de las funciones reguladas en la Ley del Suelo deben ser anotados e inscritos en el Registro de la Propiedad, ya que la palabra "podrán" no implica que forzosamente haya de practicarse anotación o inscripción registral, sino que otorga una opción o facultad para hacerlo, si así lo acuerda la Comisión Provincial de Urbanismo".*

[9] Esta concepción de numerus apertus a la hora de acceder, actos, al Registro de la Propiedad es altamente reiterado por la Dirección General del Registro y del Notariado. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de Julio de 1998, de 21 de Julio de 1998, de 20 de Julio de 1998 y del 4 de Marzo de 1993.

[10] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 1 de Diciembre de 1994, Fundamento de Derecho Primero *"resulta que así como el título formal, el documento presentado y objeto de un único asiento de presentación puede contener diversos actos inscribibles y dar lugar a diversos asientos, el título material, cada acto aisladamente inscribible puede ser resultado de un complejo documental que en principio está sujeto, en su conjunto, a un solo asiento de presentación".*

[11] Artículo 2 de la Ley Hipotecaria, Artículo 1 del Real Decreto 1093/1997.

[12] Artículo 3 de la Ley Hipotecaria, Artículo 2 del Real Decreto 1093/1997 y artículo 308 del Texto Refundido Ley del Suelo del 92.

[13] Normas Complementarias al Reglamento de Ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbana.

[14] Como dice además de *"los actos expresamente regulados en este Real Decreto".*

[15] Que tiene su antecedente (como Texto Refundido) en el artículo 221 del T.R.L.S. de 1976, de 9 de Abril.

[16] Enumeramos algunos actos o negocios jurídicos contenidos en el R.D. 1093/1997: La inscripción de la declaración de obra nueva. La nota marginal de declaración de ilegalidad de la licencia de edificación. La nota marginal acreditativa de la concesión de licencias para obras y usos provisionales. La inscripción de actos de parcelación. La inscripción de transmisiones sujetas a derecho de tanteo y retracto. La nota marginal acreditativa de la inclusión de una finca en el Registro Administrativo de fincas en Régimen de venta forzosa, la nota marginal acreditativa de la aplicación de la venta forzosa y la inscripción de la adjudicación en régimen de venta forzosa.

[17] La valoración crítica y comentarios respecto a la frase *"además de los actos expresamente regulados en este Real Decreto"*, sigue el esquema y el contenido de la crítica, atinada, de ARNAIZ EGUREN, R. *"La inscripción Registral de Actos Urbanísticos"* Editorial Marcial Pons. Madrid, 2001.

[18] Tanto a la ejecución sistemática como la asistemática. Diferencia tradicional en el derecho urbanístico español, pero que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de Marzo, en competencia de las Comunidades Autónomas al respecto, y no del Estado, así todo pese a seguirse dicha diferencia en todas las Comunidades Autónomas, no habla de manera expresa el Real Decreto.

[19] Resolución General de los Registros y del Notariado del 12 de Enero de 1984: *"La Ley del Suelo exige en diversos preceptos la necesidad de reflejar estas situaciones (compruébese artículo 101.2 y 3) y en la relativa al sistema de compensación…el artículo 169, Reglamento de Gestión… se extiende nota al margen de las fincas afectadas".*

[20] Ley del Suelo 6/1998 (de aplicación plena), T.R.L.S. 1976 y Reglamento de desarrollo (de aplicación supletoria).

[21] Artículo 102.2 del Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3288/1978), de aplicación supletoria.

[22] Artículo 174 del Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3288/1978), de aplicación supletoria.

[23] Artículo 169 del Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3288/1978), de aplicación supletoria.

[24] El artículo 99 del Reglamento Hipotecario (redactado por el Real Decreto de Noviembre de 1982 nos dice: *"La calificación registral de documentos se extenderá, en todo caso, a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de éste con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro".*

[25] Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 13 de Enero de 1998: *"Que el sentido de título material se emplea en los artículos 2 de la Ley Hipotecara y 307 de la Ley del Suelo. Que en un sistema hipotecario como el nuestro de pleno desenvolvimiento técnico, el asiento no es una mera copia o traslado de todo cuanto consta en el título formal, sino que se requerirá siempre una calificación para que al Registro solamente tengan acceso los títulos válidos y perfectos. Esto es lo que determinan el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y el artículo 98 para los documentos notariales y 100 para los judiciales, ambos del Reglamento Hipotecario. Que en virtud de lo establecido en el artículo 65 de la Ley Hipotecaria, los actos o contratos nulos no deben tener acceso al Registro. Que cuando se trata de documentos administrativos, como el caso que se contempla, el criterio y extensión de la calificación registral viene precisado por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, que ha sido tenido en cuenta en la nota objeto de este recurso. Que los efectos de la calificación vienen precisados en el artículo 101 del Reglamento Hipotecario. Que en este punto hay que tener en cuenta lo declarado en las Resoluciones de 7 de Julio 1928, 5 Marzo 1953, 20 Marzo 1964, 29 Noviembre 1978, 18 Noviembre 1986, 26 Abril 1988, 22 Junio 1989 y 21 Diciembre 1990. Que en nuestro derecho se parte de la base que el contenido del Registro es exacto y válido".*

[26] Artículo 14.2.c) y artículo 18.4 de la Ley 6/1998, de 13 de Abril, Suelo y Ordenación Urbana: *"c) Ceder obligatoria y gratuitamente a la Administración actuante el suelo correspondiente al 10 por 100 del aprovechamiento del correspondiente ámbito; ese porcentaje, que tiene carácter de máximo, podrá ser reducido por la legislación urbanística".*

[27] Como ejemplo la Ley 9/201, de 17 de Julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, en su Título VI, Capítulo II, sección 2, artículos 243 y siguientes.

[28] Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado del 21 de Octubre de 1980.

[29] Debido a que puede conllevar una sanción de ejecución forzosa por parte del Ayuntamiento. Si el afectado realiza un cambio de titularidad, el tercero afectado si no se le protege su buena fe registral puede provocar un choque con los deberes urbanísticos. Por ello es básica la publicidad del estado en el que está la finca.

[30] La cual volvemos a incidir en la seguridad en el tráfico jurídico, para posibles terceros adquirentes.

[31] ARNAIZ EGUREN, R. "La inscripción Registral de actos urbanísticos". Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001 nos dice que "… el número 8, como ya se ha comentado antes, establece en materia de acceso al Registro de actos de naturaleza urbanística un criterio de número abierto…".

[32] El urbanismo es un campo en continuo cambio y necesidad de adaptación. Además con la descoordinación entre los títulos legitimadores para legislar en materia de urbanismo y registro (Comunidades Autónomas y Estado), hace que sea necesario una normativa abierta que de entrada a las nuevas figuras aparecidas en la legislación urbanística (ejemplo de ello lo tenemos en al entrada de las transferencias de aprovechamiento en el año 90).

[33] Artículo 34 del Reglamento Hipotecario*: "se considerarán documentos auténticos a efectos de la Ley los que, sirviendo de títulos al dominio o derecho real o el asiento practicable, estén expedidos por el gobierno o por Autoridad o funcionario competente para darlos y deban hacer fe por sí solos".*

[34] La Ley 2/20002, de 14 de Marzo, de Urbanismo de Cataluña, también establece que la certificación sería el título formal inscribible.

[35] Artículo 3 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento Hipotecario.

[36] Artículo 21 de la Ley Hipotecaria: *"Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos".*

[37] Artículos 25.1 y 25.3.e) de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[38] Artículo 109 de la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

[39] El artículo 9 de la Ley Hipotecaria nos enumera las circunstancias que se expresarán en la inscripción. El artículo 51 del Reglamento Hipotecario nos desarrolla las circunstancias extensas del artículo 9 de la Ley Hipotecaria.

[40] El artículo 30 de la Ley Hipotecaria y el artículo 52 del Reglamento Hipotecario nos dice que las inscripciones de los títulos son nulas si omiten o expresan con inexactitud, alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de lo establecido sobre rectificación de errores. Esta regla no se aplica a las inscripciones concisas ni a las que por su índole hubieran sido objeto de alguna excepción legal o reglamentaria.

[41] Los actos de naturaleza urbanística inscribibles en el Registro de la Propiedad, deben acreditar antes el pago de los impuestos devengados por el acto o contrato que se pretenda inscribir. Sin embargo, puede extenderse asiento de presentación con devolución del título para satisfacción del impuesto, hasta que se acredite el pago en el plazo de 60 días. Los efectos de la presentación se retrotraen a la fecha de la presentación (artículo 254 de la Ley Hipotecaria).

[42] Dirección General del Registro y del Notariado del 11 de Enero de 1999: *"Cabe la rectificación de actuaciones jurídico reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo. En estos casos es excusable el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, y basta con que la resolución se halla adoptado en expedientes rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan las garantías legales establecidas a favor de las personas afectadas".*

[43] Artículo 410 del Reglamento Hipotecario.

[44] Como se ha comentado, la presentación del plano se realiza por duplicado, y una de las copias la archiva el Registrador en el legajo abierto a este efecto, sin perjuicio de su traslado o incorporación directa a soportes magnéticos u ópticos (Artículo 51.4 del R.D. 1867/1998). El Registrador remite copia para la oficina catastral competente del mismo. Dicha oficina debe remitir los datos identificadores de la finca o fincas objeto del acto de que se trate, cuando se trate de planos relativos a fincas cuya referencia catastral no ha sido acreditada por los medios oficiales ordinarios.

[45] Instrucción de 26 de marzo de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre certificaciones catastrales descriptivas y gráficas a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral.

[46] ARNAIZ EGUREN, R. "La inscripción Registral de Actos Urbanísticos" Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001: "… por todo ello, creemos que la exigencia del Plano tiene sentido solamente en los casos en los que, bien como consecuencia de un acto administrativo, bien de un negocio civil sujeto a licencia, se practican inscripciones definitivas en las que se modifica la forma o el número de fincas registrales integradas por suelo no edificado. Serían supuestos típicos los de cesiones de terrenos, fuera de la actuación sistemática, los de modificación de entidades hipotecarias o los de venta forzosa o ejercicio de retracto urbanístico sobre solares".

[47] Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado del 3 de Octubre de 1996: *"Cada uno de estos sistemas tiene sus propias reglas de procedimiento, y aunque se utilizan técnicas diferentes para los distintos sistemas de actuación, compensación y cooperación, persiguen los mismos objetivos: una equitativa distribución de los beneficios y cargas de la ejecución del planeamiento entre los afectados, el cumplimiento por los mismos deberes de cesión de terrenos y la realización de la urbanización".*

[48] En cuanto a la obligatoriedad de la protocolización notarial de la certificación administrativa, la doctrina entiende que es un medio potestativo y no obligatorio, aunque conviene a efectos de custodia del documento.

[49] Este acta contiene las características de las actas de presencia.

[50] Los titulares incluidos en la unidad debe entenderse también los titulares de aprovechamientos materializados en ella, aunque el origen de estos aprovechamientos sea fincas físicamente incluidos en unidades de ejecución distintas (es decir, aquellas unidades de ejecución deficitarias, a efectos de aprovechamiento, que deben materializar su aprovechamiento en una unidad de ejecución excedentaria).

[51] El artículo 73 del R.D. 1093/1997 nos dice en su párrafo segundo: *"Tales notas no surtirán otro efecto que el de dar a conocer, a quien consulte el contenido del Registro de loa Propiedad, la situación urbanística de la finca en el momento a que se refiere el título que las origine, salvo los casos en que la legislación aplicable prevea un efecto distinto".*

[52] Artículo 73 párrafo primero del R.D. 1093/1997.

[53] Cataluña (Ley 2/2002, de 14 de Marzo, de Urbanismo).

[54] Aragón (Ley 5/1999 Urbanística, de Aragón).

[55] Canarias (Ley 9/1999 de Ordenación del territorio, de Canarias).

[56] Los apartados 1 y 2, del citado artículo 309 del T.R.L.S. 92, nos definen las clases de asientos. En el apartado 1 nos habla de la inscripción de actos y acuerdos y el apartado 2 nos define la constancia de la anotación preventiva.

[57] Como es el caso de la nota marginal del artículo 310.2 del T.R.L.S. 92 (artículo 5.3 del R.D. 1093/1997) *"Artículo 310. Reparcelación y Compensación… 2. La nota marginal tendrá una duración de tres años y podrá ser prorrogada por otros tres años a instancia del órgano o Junta que hubiera solicitado su práctica"*

[58] Referidos al Sistema de Compensación (Proyectos de Compensación) y al Sistema de Cooperación (Proyecto de Reparcelación) de manera lógica ya que en el tercer sistema "tradicional", el sistema de expropiación, es innecesaria la equidistribución.

[59] Se concreta dichos proyectos en una agrupación de fincas que darían lugar a una nueva distribución ajustada al planeamiento.

[60] GONZÁLEZ PÉREZ, J. "*Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)".* Editorial Civitas, Madrid, 1993. *"Como desde que se inician los procedimientos para hacer efectivo el principio de equidistribución hasta que terminan por resolución definitiva transcurren varios años, durante los cuales no se paraliza el tráfico jurídico, es necesario garantizar los derechos de los terceros, dando publicidad a la existencia de aquellos procedimientos. De aquí la procedencia de la nota marginal con esta finalidad".*

[61] Además del comentado anteriormente, de producir 1 efecto que los interesados que hagan constar su derecho en el Registro no tendrán que ser citados preceptivamente en el expediente (Artículo 102 y 169 del Reglamento de Gestión Urbanística R.D. 3288/1978, de aplicación supletoria).

[62] Resolución del 12 de Noviembre de 1984: *"Existe un supuesto sobre denegación de anotación preventiva de embargo de fincas integrantes de una unidad de actuación urbanística, por estar inscritas a nombre de varias sociedades que integran la Junta de Compensación, y no constar en el Registro de la Propiedad la nota al margen acreditativa de la integración de las fincas en dicha junta…".*

Resolución del 12 de Enero de 1984: "Considerando que en el presente supuesto no se extendió la mencionada nota de afección lo que produce las consecuencias registrales antes examinadas y que al estar las fincas inscritas a nombre de persona distinta de la demandad sin constancia en los libros del Registro de la situación real producida en tanto no se proceda a su concordancia no cabe practicar el asunto pretendido".

[63] Como se ha comentado no es necesaria la nota marginal para subrogar en los deberes urbanísticos.

[64] Los artículos 14 a17 del R.D. 1093/1997 desarrollan lo dispuesto en el artículo 310.4 del T.R.L.S.92, los cuales regulan el supuesto que el expediente de distribución no contemple como interesados en el mismo a sujetos de derecho, cuyo expediente hubiera tenido lugar durante la tramitación del expediente, de tal forma que el título correspondiente haya accedido con prioridad inicial respecto del proyecto urbanístico. El artículo 310.4 del T.R.L.S. 92 venía de la Disposición Adicional Décima de la Ley de Reforma 8/1990, de 25 de Julio, esta situación daba lugar a un caso de aplicación directa de la imposibilidad de inscripción por aplicación del principio de prioridad, en su versión de cierre del Registro, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria y consecuentemente a una interrupción del tracto sucesivo sobre fincas concretas.

[65] Artículo 15 R.D. 1093/1997: "Cancelación de derechos y cargas inscritos con posterioridad a la fecha de la nota. Cuando la finca de origen estuviere sujeta a derechos o cargas no mencionados en el proyecto de equidistribución e inscritos con posterioridad a la fecha de la nota, los asientos correspondientes se cancelarán en todo caso, cualquiera que sea la fecha del título en cuya virtud se hubieren constituido".

[66] Respecto a los asientos ordenados por la autoridad judicial, si son cancelados o no, ARNAIZ EGUREN, R. *"La inscripción Registral de Actos Urbanísticos"* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001 nos dice*: "la respuesta es evidentemente positiva, puesto que no se trata de aplicación de un precepto reglamentario, sino de una norma legal propiamente dicha, es decir, la contenida en el artículo 310.4.b) del T.R.L.S.92".*

[67] Artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

[68] En la iniciación del expediente, se deberá notificar a todos los titulares inscritos en el Registro, en el Expediente expropiatorio, es presupuesto de la validez de aquél. La falta de notificación sitúa a éstos en una manifiesta y abierta indefensión que resulta absolutamente proscrita, artículo 24.1 de la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de Noviembre de 1984).

[69] La iniciación del expedienteo no implica la suspensión de la facultad de disponer ni el cierre del Registro de la Propiedad (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 13 de Julio de 1989).

[70] Artículo 22.2 del R.D. 1093/1997.

[71] Artículo 32 del Reglamento Hipotecario.

[72] En el aspecto de las titularidades, como se explicará la subrogación real es matizable.

[73] Ejemplos de ellos se han ido explicando a lo largo del presente trabajo. La cesión del aprovechamiento lucrativo a la Administración (como máximo un 10% del mismo), las expropiaciones a favor de la Junta de Compensación de los propietarios no adheridos, la cesión de los Sistemas Locales y Generales de manera gratuita a la Administración, etc…

[74] ARNAIZ EGUREN, R. *"La inscripción Registral de Actos Urbanísticos"* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001. *"El Real Decreto que se comenta en este volumen es el resultado de una larga espera, como señala expresamente su preámbulo, En efecto, en las distintas etapas por las que ha atravesado la legislación urbanística, los problemas registrales que se suscitan a lo largo del proceso de transformación del suelo, cada vez más trascendentes, se han ido contemplando progresivamente de forma más amplia y técnica, hasta concluir en la disposición que constituye objeto de este estudio".*

"Desde un punto de vista material, las Normas Complementarias suponen un proyecto ambicioso de regular de forma completa una materia sobre la que se planteaban constantes problemas de interpretación, y en tal sentido es claramente plausible. Es más, puede y debe constituir una herramienta esencial para agilizar procesos urbanísticos de todo tipo que son esenciales para la aplicación efectiva de los Planes de Ordenación Urbana. De hecho, aunque las disposiciones registrales no suelen tener el alcance y la divulgación propios de las normas urbanísticas materiales, su buena organización es un elemento indispensable para facilitar los procesos de ejecución urbanística, la disponibilidad de suelo edificable y su abaratamiento, como destaca el Preámbulo del Real Decreto".

[75] Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de Octubre de 1998: F.J. *Cuarto "No debe olvidarse que el Real Decreto 1093/1997 impugnado contiene normas dictadas por el Estado en ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de legislación civil y de reglas de ordenación de los registros e instrumentos públicos (artículo 148.1.8ª CE). Como ha declarado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 61/1997 (fundamento jurídico 39) es al Estado al que compete establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos. El Preámbulo del Real Decreto en cuestión advierte, así, que aunque los preceptos que integran el Reglamento que aprueba se refieren a materias urbanísticas, su contenido es exclusivamente registral, por lo que, en cuanto a normas hipotecarias jurídico-privadas, están llamadas a tener una pervivencia independiente de las vicisitudes de las normas sobre urbanismo".*

[76] Artículo 8 del R.D. 1093/1997: *"Artículo 8. Inmatriculación, rectificación de descripción y formación de fincas de origen.*

La aprobación definitiva del proyecto de equidistribución será título suficiente para:

1. La inmatriculación de fincas que carecieran de inscripción y la rectificación de su extensión superficial o de sus linderos o de cualquier otra circunstancia descriptiva, sin necesidad de otro requisito. Cuando el proyecto se hubiere llevado a cabo por acuerdo unánime de los interesados o a instancia de propietario único, para que produzca los efectos previstos en este párrafo, deberá someterse al trámite ordinario de información pública previsto en la legislación urbanística para los proyectos de equidistribución.

2. La realización de las operaciones de modificación de entidades hipotecarias que sean precisas para la formación de las fincas que han de ser incluidas en la unidad de ejecución".

[77] Artículo 103.3 del Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3288/1978).

[78] Supuesto muy frecuente en la realidad de la ejecución del planeamiento urbanístico. Debido al antiguo artículo 5 del Reglamento Hipotecario (modificado por el Real Decreto de 4f de Septiembre de 1998) por el que se excluía de la publicidad registral caminos y viales.

[79] Sin olvidar las reglas del artículo 313 del Reglamento Hipotecario.

[80] Nueva redacción dada a este artículo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de Septiembre.

[81] Además de las disposiciones del Reglamento Hipotecario (Artículos 215.287 y ss).

[82] R.D. 3288/1978.

[83] Tenemos que entender que algunas fincas registrales, sus medidas son de acuerdo a sistemas métricos desfasados y alejados de la realidad. Esto supone que fincas que no han sido alteradas registralmente en décadas estarán medidas por parámetros desfasados y lo más seguro es que exista una discordancia entre el Registro y la realidad física.

[84] Aunque lo ideal es que estos conflictos sean resueltos con anterioridad a la inscripción del Proyecto de Equidistribución, ya que estas cuestiones afectan a situaciones colaterales (ejemplo: una mayor cabida supone un mayor aprovechamiento lucrativo para el titular).

[85] Principio el cual rige con fuerza en el Sistema de Compensación.

[86] ROCA SASTRE, J.M. *"Derecho Hipotecario",* Madrid, 1968: *"… es un registro, censo, padrón, catálogo o inventario de la riqueza territorial de un país, en el que se determinan las fincas rústicas o urbanas del mismo, mediante su descripción o expresión gráfica, así como su evolución o estimación económica, al fin primordial de tipo fiscal o tributario y a las fincas auxiliares de orden económico, administrativo, social y jurídico".*

SEGURA I Mas, A. *"Introducción General"* a El Catastro de España. 1714-1906 (Volumen I). Centro de Gestión Catastral y Cooperación Tributaria, Madrid, 1988. *"Una definición breve del Catastro podría formularse diciendo que constituye una estadística o inventario de toda la riqueza inmueble (tierras, edificios, etc…) de un territorio previamente determinado".*

[87] El tema del alcance de la identificación catastral es estudiado por GARCÍA GARCÍA, J.M. en su trabajo *"Mediaciones sobre la referencia catastral y la identificación catastral en la Ley 13/1996".*

[88] Los bienes señalados en el artículo 62 y 63 de la Ley 39/1988 de las Haciendas Locales, nos lo dice el artículo 62.a) *"El suelo urbano, el susceptible de urbanización, el urbanizable programado o urbanizable no programado desde el momento en que se apruebe un Programa de Activación Urbanística" (entre otros) por lo que cabe incluir aquellos que estarán comprendidos dentro del Proyecto de Equidistribución.*

[89] Artículo 51, regla 4ª, del Reglamento Hipotecario, redacción dada por el R.D. 1867/1998, de 4 de Septiembre: *"Podrá completarse la identificación de la finca mediante la incorporación al título inscribible de una base gráfica, conforme a lo dispuesto en el artículo 398.b) de este Reglamento o mediante su definición topográfica con arreglo a un sistema de coordenadas geográficas referidos a las Redes Nacionales Geodésicas y de Nivelación en proyecto expedido por técnico competente".*

[90] El Convenio suscrito, logro de vital importancia y que logra una coordinación para una mejor gestión integral de dichos entes, en principio es de aplicación para la cartografía de las provincias de Badajoz, Castellón, Ciudad Real y Jaén, suponiendo un primer paso hacia una coordinación en el ámbito nacional necesaria.

[91] Instrucción de 26 de Marzo de 1999, de la Dirección General de los Registro y del Notariado, sobre certificaciones catastrales y descriptivas y gráficos a los efectos de constancia documental y registral de la referencia catastral. Instrucción de 1 de Julio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre coordinación del Registro Fiscal de la Riqueza Territorial de Navarra con el Registro de la Propiedad de Navarra.

[92] Artículo 1 de la Orden de 23 de Junio de 1999: *"Artículo 1.1. Los Notarios remitirán a la Gerencia Territorial del Catastro del lugar donde radique el inmueble, directamente o a través de la Gerencia del lugar donde esté ubicada su Notaría, dentro de los veinte primeros días de cada mes, una relación de los documentos por ellos autorizados en el mes anterior por los que se transmita el dominio de los bienes inmuebles de naturaleza urbana, se constituya o cancele el usufructo o el derecho de superficie sobre ellos o se produzca una alteración en su configuración física, tales como declaraciones de obra nueva, divisiones horizontales, agregaciones, segregaciones, divisiones y agrupaciones… 3. La remisión de los datos anteriores se efectuará en soporte informático conforme a las especificaciones que configuran en el anexo a la presente Orden".*

[93] Respecto a la inscripción del Proyecto de Equidistribución, el artículo 50 apartado Dos de la Ley 13/1996, nos dice que para los expedientes administrativos *"Asimismo, los titulares de derechos reales o con trascendencia real sobre bienes inmuebles deben acreditar la referencia catastral de los mismos ante la Autoridad judicial o administrativa cometerte para instruir o resolver un procedimiento que afecte a los bienes inmuebles incluidos en el ámbito de aplicación de esta Ley".*

[94] Que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 su eficacia se mantiene de manera plena.

[95] El artículo 99 del Reglamento de Gestión Urbanística (R.D. 3288/1978) dice*: "Lo dispuesto en el artículo anterior será igualmente aplicable a las servidumbres y cargas, derechos de arrendamiento y cualesquiera otros que, por ser incompatibles con la ejecución del planeamiento, deban extinguirse con el acuerdo de reparcelación".*

[96] La legislación registral únicamente daba como solución la mantenida en los artículos 45 y ss. del Reglamento Hipotecario y los artículos 119 y ss. de la Ley Hipotecaria, relativos a la modificación de entidades hipotecarias.

[97] Artículo 11.8 del R.D. 1093/1997.

[98] Artículo 15 del R.D. 1093/1997: *"Artículo 15. Cancelación de derechos y cargas inscritos con posterioridad a la fecha de la nota. Cuando la finca de origen estuviere sujeta a derechos o cargas no mencionados en el proyecto de equidistribución e inscritos con posterioridad a la fecha de la nota, los asientos correspondientes se cancelarán, en todo caso, cualquiera que sea la ficha del título en cuya virtud se hubieren constituido".*

[99] ARNAIZ EGUREN, R. *"La inscripción Registral de Actos Urbanísticos"* Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001. *"Dada la finalidad de los preceptos que comentamos parece obvio que sólo han de ser objeto de cancelación formal los asientos de carácter positivo, no las cancelaciones en sentido propio practicadas con fecha posterior a la nota. Por tanto, se tratará normalmente de inscrip-*

ciones y de anotaciones preventivas, aunque también cabe pensar en notas marginales, cuando éstas sustituyan a un asiento principal y positivo, o en los casos en los que publican una modificación jurídica que implique la adquisición de derechos".

[100] Referido a los artículos 11 y ss. del R.D. 1093/1997.

[101] El contenido de la nota marginal debe limitarse a la afirmación registral de la cancelación, a su carácter formal y a la referencia al folio de la finca de resultado que sustituye por subrogación real a la finca en la que constaban inscritos los derechos objeto de la operación.

[102] El artículo 16 del R.D. 1093/1997, es una trascripción literal del artículo 310.4.c) del T.R.L.S. 92.

[103] *"Artículo 16. Nota marginal de referencia a la cancelación formal.*

Cuando se practique la cancelación formal de asientos, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, se hará constar, por nota al margen de la inscripción de la finca de resultado, la existencia de los asientos que han sido objeto de dicha cancelación, el título que los hubiere motivado y su respectiva fecha".

EL TRATAMIENTO DE LAS LEGÍTIMAS EN EL DERECHO COMPARADO. Su protección material y de Derecho internacional privado

Carmen Azcárraga Monzonís
Área de Derecho internacional privado. Universidad de Valencia

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA - NÚMERO 43 - DICIEMBRE 2007

RESUMEN

El Derecho de sucesiones se caracteriza en el plano material por su diversidad reguladora en el escenario internacional. Cuestiones tales como los sucesores legales en caso de sucesión intestada o las cuotas sucesorias difieren de unos países a otros. En esta misma línea, las legítimas se presentan como una institución característica del ordenamiento jurídico español cuya previsión no es unánime en todos los Estados, tal y como muestra un primer estudio de Derecho sustantivo comparado. En un segundo estudio, centrado en el Derecho internacional privado de sucesiones, la disparidad caracteriza de nuevo la específica cuestión del tratamiento de las legítimas en su proyección externa. Mientras algunos sistemas contemplan explícitamente reglas dirigidas a proteger las legítimas previstas en sus respectivas normativas en los casos que presentan elementos extranjeros, otros han dejado esta cuestión en manos de la jurisprudencia acuñada por los tribunales, apreciándose en este último grupo una apertura hacia la aplicación de legislaciones extranjeras independientemente de su configuración en la materia.

ÍNDICE

I. La sucesión por causa de muerte, un fenómeno universal regulado de manera diversa en el panorama internacional. II. Las legítimas en el Derecho sustantivo comparado. A) Algunos aspectos introductorios. B) Análisis comparado. a) Europa. b) América. i. Latinoamérica. ii. Estados Unidos de América. c) Derecho islámico. d) España. i. Derecho civil común. ii. Derechos forales. III. El tratamiento de las legítimas en el Derecho internacional privado de sucesiones comparado. A) Algunas normativas que protegen explícitamente los derechos legitimarios de

ciertos sucesores. a) Italia. b) Venezuela. c) Bélgica. B) Algunos sistemas en los que las soluciones han sido acuñadas por la jurisprudencia. a) Confederación Helvética. b) Estados Unidos de América. c) España. IV. Conclusiones.

I. LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE, UN FENÓMENO UNIVERSAL REGULADO DE MANERA DIVERSA EN EL PANORAMA INTERNACIONAL.

Tradicionalmente se ha asumido que a la muerte de una persona se produce una nueva situación jurídica que es preciso regular, de ahí el carácter universal de la sucesión *mortis causa*. De esta suerte, la sucesión por causa de muerte es un fenómeno presente en la inmensa mayoría de las culturas y sociedades del mundo, pero al mismo tiempo cada legislación sucesoria estatal presenta unas características propias. En la última década del siglo XX, el número total de sistemas legales nacionales se acercaba a 200 [1], siendo las divergencias entre unos y otros, en esta materia, llamativas y relevantes, lo que es posible predicar tanto respecto de las soluciones estrictamente internas como de las aplicables al tráfico externo.

Así, en el Derecho material interno, se aprecian diferencias tales como la ausencia o presencia de legítimas, el orden y las cuotas de los herederos llamados a suceder por sucesión legal, el reconocimiento o la prohibición de la sucesión contractual, etc. Además, algunas instituciones son propias de ciertas legislaciones, y otras se presentan como comunes a varias de ellas, aunque dotadas de diferente interpretación y contenido según los Estados [2].

La explicación no es otra sino que las normas son el reflejo de la Historia y del pensamiento de los pueblos, de situaciones y entornos sociales diferentes. Las legislaciones estatales, y por lo tanto, sus respectivas previsiones en materia sucesoria, son fruto de variados factores. Algunos de ellos resultan fácilmente constatables. Así, entre otros, cabe mencionar los siguientes [3]:

(1) En primer lugar, no hay que perder de vista las soluciones que en Derecho civil se han dado a las situaciones internas de familia y de propiedad, dos materias íntimamente ligadas a las sucesiones. Familia, propiedad y sucesión son instituciones cuyo tratamiento no puede ir por caminos diferentes. Como consecuencia de esta vinculación, las concepciones que cada Estado tiene del régimen jurídico de la propiedad y de la familia se proyectan sobre la reglamentación de las sucesiones. La lógica

lleva a concluir, en tal sentido y a modo de ejemplo, que un sistema que no reconoce efectos jurídicos a las uniones libres, no otorgará derechos sucesorios a la pareja de hecho del fallecido.

(2) Por otra parte, el desigual desarrollo político, económico, ideológico y social de los Estados ha influido irremediablemente en las respectivas legislaciones nacionales. Los ordenamientos de los Estados son, al fin y al cabo, fruto de su Historia. En nuestra materia queda reflejado este aspecto en la influencia de unos sistemas sobre otros. Una influencia que en muchas ocasiones ha ido más allá del lógico influjo entre sistemas próximos, imponiéndose algunos a otros preexistentes como consecuencia de las colonizaciones. Por lo que respecta a la ideología de los pueblos, es evidente que la regulación del fenómeno sucesorio no va a ser el mismo en un país laico que en otro cuya legislación se ha erigido tradicionalmente sobre los postulados de una determinada religión.

(3) Finalmente, y entre otros varios, también la tradición histórica ha jugado y juega un importante papel en el diseño del modelo. El hecho de que los sistemas nacionales encuentren su base en la concepción romana o germana de la herencia constituye un factor decisivo en su configuración.

La configuración del Derecho material de sucesiones se proyecta a su vez necesariamente a la regulación del tráfico externo. Evidentemente, las soluciones que el legislador nacional prevé para ordenar los asuntos internos se reflejan, adaptándose a un nuevo escenario, sobre las normas reguladoras de las situaciones privadas internacionales, dotando así de coherencia al sistema. Esta afirmación se evidenciará en los epígrafes siguientes por lo que respecta a la específica regulación de las legítimas, cuyo análisis se emprende en los dos planos, tanto en el material como en el del Derecho internacional privado, y en particular en el sector del Derecho aplicable.

II. LAS LEGÍTIMAS EN EL DERECHO SUSTANTIVO COMPARADO.

A) Algunos aspectos introductorios.

Un estudio que cuenta por objeto las legítimas sucesorias requiere de una delimitación previa del concepto, para lo que resulta de utilidad reproducir la definición del Derecho civil español, contenida en el artículo 806 del Código civil (Cc):

> "*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*".

Las legítimas han sido alabadas y criticadas en multitud de foros que se han detenido a estudiarlas. De esta suerte, en contra de ellas se han esgrimido un conjunto de argumentos diversos que varían desde su incompatibilidad con el libre ejercicio de los derechos de propiedad, el menoscabo de los últimos deseos del causante y el hecho de impedir al testador favorecer al más adecuado. A ellos se unen otros argumentos tales como obviar que el testador conoce mejor las necesidades de los hijos que la ley, que las legítimas constituyen una amenaza para la continuidad de la economía, y que restringen las disposiciones en vida [4].

En el otro lado, las legítimas también han recibido una valoración positiva y el apoyo de determinados sectores de la doctrina. En este sentido, se ha ensalzado que es una institución práctica, que simplifica la administración del patrimonio y que elimina la necesidad de requerimiento judicial.

Este derecho supone en cualquier caso una importante limitación a la libertad del *de cuius* de disponer por medio de testamento, de manera que se produce una colisión de intereses: por una parte, la libertad del testador de ordenar su sucesión por medio de una disposición por causa de muerte; por otra, el eventual derecho de algunos parientes configurado por la ley. Este conflicto provoca que los argumentos utilizados a favor y en contra de las legítimas no resulten especialmente concluyentes.

Partiendo de la existencia de este conflicto de intereses, en el plano comparado cada legislación ha sido libre de hacer prevalecer uno u otro. En términos generales podría afirmarse que las legítimas se contemplan usualmente en los países del *Civil Law*, mientras que los del *Common Law* apuestan por el contrario por la libertad de testar [5].

Conviene señalar, sin embargo, que aquellos modelos que no han asegurado por ministerio de la ley un sistema de legítimas y que, por lo tanto, han optado por la libertad de testar, prevén normalmente ciertos derechos a favor de algunas personas cercanas al fallecido, y lo hacen, habitualmente, por dos vías: en unas ocasiones estas personas tendrán derecho a reclamar ante los tribunales una parte de la herencia a los instituidos como herederos, y en otras se trata de asegurar la manutención de determinados parientes mediante la herencia.

El primero de estos dos supuestos es el previsto, por ejemplo, en las legislaciones de Alemania [6], Australia [7], Nueva Zelanda [8], Botswana [9] u Holanda [10]. Junto a esta solución, las previsiones sobre la manuten-

ción de determinados parientes se recogen, entre otros sistemas, en México [11] y en Zambia [12].

En los sistemas en que sí se prevén legítimas, éstas pueden calcularse de tres formas diferentes [13]:

Per relationem con la cuota establecida para la sucesión legal o intestada. Se trata del sistema típico de la familia germanista, consistente en fijar una fracción (normalmente la mitad) de lo que el legitimario percibiría en su llamamiento como heredero abintestato.

Distinguiendo una cuota disponible y otra reservada a la legítima. Es el sistema propio de la familia romanista y de los Códigos inspirados en el francés. Dentro del mismo hay que distinguir a su vez entre aquellos que alteran las cuotas en función del número de hijos o según la concurrencia o no con el cónyuge viudo.

Reconocimiento concreto de una suma de dinero. Aunque es una forma aislada de fijar la cuota legitimaria, algún Estado reconoce una suma de dinero concreta para el cónyuge.

Vistas algunas consideraciones introductorias relacionadas con la institución jurídica que nos ocupa, analizaremos a continuación la expansión y configuración de la legítima en el mundo.

B) Análisis comparado.

Cabe comenzar afirmando que los sistemas de legítimas se contemplan a grandes rasgos en todas las zonas geográficas. Con el objetivo de profundizar en esta afirmación, el estudio comparado que se emprende se detendrá en los continentes europeo y americano, amén de considerar interesante hacer referencia a un sistema de base religiosa de importante expansión en el mundo (presente en África, Asia…) y de contenido diferenciado al tradicionalmente calificado como "occidental": el Derecho islámico. Este apartado finalizará con una aproximación más detallada al Derecho civil español -común y foral, partidarios ambos de este modelo de protección de ciertos sucesores-.

a) Europa.

Partiendo del conflicto de intereses anteriormente mencionado, es posible afirmar que, en el marco geográfico europeo, tanto el principio de libertad de testar como el sistema de legítimas se hallan reconocidos con mayor o menor amplitud en la mayoría de ordenamientos jurídicos nacio-

nales. Como es bien sabido, la legislación inglesa se presenta, en uno de los extremos, como el ejemplo paradigmático de regulación que ha optado por el reconocimiento de la libertad absoluta de testar.

En los demás países, la divergencia se produce a la hora de fijar los límites de esa libertad, así como en el momento de determinar quiénes son los legitimarios y en qué medida. En Europa las legítimas se contemplan, a modo de ejemplo, en las legislaciones sucesorias de: Dinamarca [14], Finlandia [15], Suecia [16], República Checa [17], Eslovenia [18], Austria [19], Bélgica [20], Escocia [21], Luxemburgo [22], Portugal [23] e Italia [24]. Las normativas de este grupo de Estados comparten varias similitudes en la configuración de este derecho:

(1) En primer lugar, la legítima cuenta con un contenido patrimonial en todos ellos.

(2) En segundo lugar, la designación de los descendientes como legitimarios forzosos permanece de nuevo invariable (coincidiendo igualmente en que los hijos excluyen a los descendientes ulteriores). No ocurre lo mismo con el cónyuge viudo, quien no siempre ostenta la condición de legitimario (cuando ocurre, en ocasiones se le otorga la propiedad y en otros casos el usufructo), y en menores ocasiones todavía el conviviente de hecho. Respecto de los ascendientes, cada vez menos sistemas les reconocen este derecho, y la mayoría los limitan a los padres. Prácticamente en casi ninguno se tiene en cuenta a los hermanos ni demás parientes colaterales.

(3) En tercer lugar, otro aspecto en común que se aprecia es un cierto abandono de la satisfacción *in natura*, es decir, del pago en bienes de la herencia (hablándose entonces de *pars bonorum*), cediendo ante la satisfacción en dinero, incluso extraherencial (en cuyo caso se trataría de una *pars valoris bonorum*) [25]. En el Derecho español se regula esta alternativa en los artículos 841 y ss Cc, posibilidad que es además considerada por la doctrina como "preferible y más acorde con los tiempos modernos", así como positiva "de cara a una posible armonización del Derecho sucesorio europeo" [26].

(4) En cuarto y último lugar, las legislaciones sucesorias europeas se aproximan en relación con el fundamento de la legítima. Sobre este aspecto cabe destacar una cierta desvinculación común de las necesidades vitales o económicas de los herederos forzosos (como ocurre en el derecho de alimentos), atribuyéndose la legítima de forma objetiva a los mismos.

A pesar de las similitudes consideradas, la homogeneidad en la configuración de las legítimas en Europa no es absoluta. Entre las diferencias que se aprecian, resaltan:

(1) En primer lugar, la forma de fijar la cuota legitimaria, que está lejos de converger, ya que existen ejemplos de cada uno de los tres grupos que se han expuesto anteriormente:

- La concreción de la legítima *per relationem* con la cuota establecida para la sucesión legal o intestada. Constituyen ejemplos de este sistema Dinamarca, Austria, Grecia, Finlandia, Suecia y Países Bajos.

- La concreción de la legítima mediante la distinción entre una cuota disponible y otra reservada a la legítima. Es el caso de España, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Portugal y Escocia.

- La concreción de la legítima mediante el reconocimiento concreto de una suma de dinero. En Suecia, por ejemplo, aunque jurídicamente no se pueda decir que reconoce un derecho de legítima, sí que prevé una cifra-base fijada por el gobierno cada año sobre el valor de los bienes del causante.

(2) En segundo lugar, tampoco el plazo para ejercer este derecho es el mismo, ya que oscila de seis meses (Finlandia) a treinta años (Bélgica, España, Francia y Luxemburgo), pasando por dos (Portugal), tres (Alemania y Austria), cinco (Países Bajos), diez (Italia) y veinte (Grecia).

(3) En tercer lugar, encontramos otra divergencia en la admisión o prohibición de renunciar a este derecho con carácter previo al fallecimiento del causante, mediante la realización de un contrato sucesorio entre este último y el potencial beneficiario de la legítima. Mientras esta posibilidad es permitida en los sistemas germanistas y en los escandinavos, así como en algunos Derechos forales dentro del territorio español -que conservan importantes ingredientes del antiguo Derecho germánico (como Aragón o Navarra)-, en los sistemas de corte romanista no se suele admitir transacción alguna sobre la legítima ni sobre la herencia futura [27].

En suma, se puede afirmar que en Europa existe un amplio consenso a favor de la contemplación de derechos sucesorios legitimarios, aunque con un contenido divergente según el modelo.

b) América.

i. Latinoamérica.

Fuera de las fronteras del continente europeo hallamos un importante número de Estados cuyas legislaciones civiles se han visto influidas por el Derecho francés (por poner algunos ejemplos, Islas Mauricio, Mónaco...) o por el Derecho inglés (Liberia, Malasia, Jordania...), lo que sin duda se ha reflejado en el reconocimiento o ausencia de derechos legitimarios.

En Latinoamérica se refleja la misma idea, resultando interesante constatar que, por el lógico influjo español, las legítimas se reconocen en muchos países de esta parte del continente (Argentina [28], Perú [29], Ecuador [30], Venezuela [31], Chile [32]...), aunque no en otros como México.

Otros Estados, como Nicaragua [33], contemplan una suerte de derechos alimentarios para determinados familiares y una porción del haber hereditario para la subsistencia del cónyuge sobreviviente, pero no se consideran propiamente legítimas.

ii. Estados Unidos de América.

Es posible afirmar que en todos los Estados de los Estados Unidos de América rige el criterio de la libertad de testar, lo que conlleva la ausencia de la institución de las legítimas. Esta libertad de testar, empero, no impide que el cónyuge viudo suela ser beneficiario de una cuota forzosa de la herencia, independiente de lo dispuesto por el testamento del fallecido. Por el contrario, los hijos y los descendientes de éstos, usualmente dotados de la condición de herederos legitimarios en otros países, únicamente se encuentran protegidos de la completa desheredación en el Estado de Luisiana [34].

En este último Estado, la delimitación de los titulares de este derecho ha sido una cuestión debatida en los últimos años. En 1990 se promulgó una ley para limitar la protección a los hijos menores de 23 años o que sufrieran algún tipo de incapacidad mental o física. Sin embargo, en 1993 el Tribunal Supremo de Luisiana consideró que esta norma era inconstitucional según la Carta Magna de este Estado, restableciendo la protección original ante la desheredación de todos los hijos del testador, salvo que se demostrara justa causa en el propio testamento. Pero la Constitución de Luisiana fue reformada en 1995, con el fin de retroceder de nuevo en el reconocimiento de esta reserva legal para los menores de 23 años [35].

En todos los demás Estados, por el contrario, los descendientes no gozan de tal protección. Queda con ello patente que el sistema del *Common*

Law se muestra más partidario de la libertad de testar, frente a la opción por la salvaguardia de los miembros de la familia supervivientes [36].

c) Derecho islámico.

Hasta el momento se han analizado algunas legislaciones que podrían englobarse en lo que se viene denominando "el mundo occidental". Existen, no obstante, otras realidades normativas, alejadas de la cultura jurídica occidental, que recogen instituciones de similar finalidad. Así, coexisten con el nuestro en el panorama comparado ciertos ordenamientos de naturaleza religiosa y base personal, entre los que se ha considerado pertinente analizar el Derecho islámico o musulmán. Este sistema de base religiosa y de concepción originariamente personal (que no territorial [37]) se fundamenta en parámetros marcadamente diferenciados de los que sustentan los modelos sucesorios de los Estados de corte occidental.

La primera y evidente diferencia parte de su fundamento en unas premisas de carácter religioso [38]. La Ley islámica o la *Shâr'ia*, es decir, "el sendero" en sus orígenes árabes, es la parte de la religión del Islam que prescribe a los creyentes lo que deben o no hacer. Sus fundamentos son las órdenes y las prohibiciones que se encuentran en dos fuentes principales: el Corán, que abarca todas las conductas que deben seguirse en la vida, y los Hadiths (o Sunna, término que denomina el conjunto de Hadiths), esto es, las interpretaciones hechas por Mahoma.

En lo que atañe en concreto a las reglas de Derecho sucesorio, este ámbito y la regulación de la familia se configuran como materias altamente sensibles en los países musulmanes, hasta tal punto que en muchos son los únicos campos que siguen basándose en las nociones islámicas de moralidad [39]. De todas las ramas jurídicas, el Derecho sucesorio es el que tiene un fundamento religioso más sólido en la *Shâr'ia*. Los versículos coránicos que tratan sobre las sucesiones son los más numerosos y los más detallados entre los que disfrutan de un carácter legal. Fuera de Turquía, que adoptó en su día el Código civil suizo, ningún legislador musulmán se ha atrevido seriamente a reformar su Derecho sucesorio obviando estas reglas [40].

Por otro lado, antes de entrar a valorar la eventual presencia de legítimas en el mismo, se hace imprescindible aproximar brevemente las reglas de reparto de derechos sucesorios del sistema musulmán. Cabe matizar, no obstante, que la ausencia de uniformidad entre los Derechos originados en la *Shâr'ia* y las diferentes interpretaciones exis-

tentes del texto Divino, obligan a atender a principios generales, siendo cierto que existen notables diferencias entre unas legislaciones musulmanas y otras [41].

La concreción de los sucesores legales y de sus correspondientes cuotas parte de la distinción de dos grupos de herederos: aquéllos que tienen derecho a una parte fija de la herencia (herederos *Fardh*) y aquéllos que tienen derecho a una parte variable de la misma (herederos *Asab*). Estos últimos reciben el remanente después del reparto de las partes fijas, por lo que, consecuentemente, puede no corresponderles cuota alguna o, en el caso contrario, recibir todo el patrimonio en ausencia de otros sucesores. Las categorías no son excluyentes entre sí, de tal manera que una misma persona puede acumular ambas partes en el caso de que así le correspondiera; tal es la situación, por ejemplo, del padre del fallecido.

La parte fija que constituye el *Fardh* se cuenta en fracciones. La palabra en árabe tiene sentido de obligación, y designa también las obligaciones religiosas (la plegaria, el ayuno del Ramadán, etc...). Es difícil de definir jurídicamente con los parámetros europeos, pero podría corresponderse con una especie de deuda alimenticia de la sucesión para atender a las personas que no estén en condiciones de cubrir sus necesidades. Gozan de la condición de sucesores de este tipo: el padre, el padre del padre y ascendientes varones, el hermano uterino, el esposo y la esposa, la abuela y la madre, la hija, la hija del hijo y la hermana carnal o consanguínea [42].

Por su parte, los herederos *Asab*, o de cuota variable, se dividen en tres categorías:

(1) *Algunos parientes*, que a su vez se clasifican en:

- "*Asab* de sí mismo". Los parientes varones del causante, el padre, el hijo, el nieto y su descendencia masculina, el hermano, etc...

- "*Asab* para los otros". Personas por cuya naturaleza no podrían ser *Asab* en principio, pero lo son por causa de la existencia de otra persona. Son únicamente mujeres. Se trata por ejemplo de la hija, quien es normalmente sucesora a parte fija, pero se torna sucesora a parte variable con la presencia de un hijo varón del causante.

"*Asab* con el otro". También son sólo mujeres. Por ejemplo, las hermanas sólo heredan parte fija, pero se vuelven *Asab* cuando concurren con las hijas del causante o las hijas del hijo.

(2) *Los unidos al difunto por razón de patronaje*. Este título hereditario se refiere a los lazos que unen al maestro con el antiguo esclavo, de tal forma que el primero puede heredar del segundo, pero no a la inversa. Esta institución, como es de imaginar, constituye más bien una reminiscencia histórica.

(3) En tercer lugar, *el Estado* puede asimismo convertirse en heredero en determinadas circunstancias. En el rito malekita, *el Baït al-Mal* (o Tesoro público) es el órgano de la Administración que representa a la Comunidad musulmana, que en este rito es titular de un derecho hereditario en caso de ausencia de los demás herederos. En la versión hanefita, a diferencia de la anterior corriente, el Estado es considerado titular de un derecho propio y directo de propiedad sobre los bienes del fallecido sin herederos, por lo que, en ese mismo supuesto, se apropia de los bienes de la herencia por ese título directo, y no como titular de un derecho sucesorio.

Visto lo anterior y por lo que respecta en concreto a la eventual presencia de derechos sucesorios forzosos, en la Ley islámica podría pasar por una suerte de legítima la sucesión de los denominados herederos *Fardh*, o sucesores que tienen derecho a una parte fija de la herencia. Esta afirmación no es, no obstante, pacífica. El hecho de que no acabe de coincidir con la naturaleza del derecho que hemos expuesto ha conducido a un sector doctrinal a entender tajantemente que estos herederos no son legitimarios en ningún caso [43].

d) España.

La realidad jurídica plurilegislativa española facilita la distinción de dos realidades legales: las soluciones del Derecho civil común y las recogidas en las distintas normativas forales y especiales de algunas regiones: Aragón, Cataluña, País Vasco, Islas Baleares, Galicia y Navarra [44].

En su origen, la diversidad histórica proveniente de los Derechos forales obedeció a la necesidad de normar el conjunto de las relaciones familiares que se venían desarrollando conforme a los usos de los distintos lugares. De ahí que el núcleo de la normativa foral sea precisa y esencialmente el que afecta a la relación familiar, en sus dos grandes categorías, matrimonio (relaciones entre cónyuges) y sucesiones [45].

Partiendo de esta base, se hace necesario estudiar separadamente la regulación de las legítimas en ambas realidades jurídicas.

i. Derecho civil común.

Delimitada la extensión de la legítima en el panorama internacional, queda por estudiar su configuración en el Derecho español, donde se encuentra presente tanto en la legislación civil común como en los Derechos civiles forales. Tal y como se señalaba anteriormente, la legítima se corresponde con una porción de bienes de la herencia de la que el testador no puede disponer dado que ha sido reservada por la ley a favor de determinados herederos. Los sucesores son llamados por esta razón "herederos forzosos" (artículo 806 Cc).

Esta definición de lo que sea la legítima según el Derecho civil común español no ha escapado a las críticas por su inconcreción e inexactitud [46]. Así, es preciso matizar que no es siempre una "porción de bienes", ya que puede consistir también en un valor dinerario. Además, el causante no sólo está imposibilitado para disponer por testamento, sino tampoco, y dentro de ciertos límites, por medio de actos *inter vivos* a título gratuito (ya que el artículo 819 *in fine* Cc dispone que se deberán reducir las donaciones en caso de extralimitación).

Por otra parte, hay quien entiende que la indisponibilidad no es absoluta, ya que determinados autores entienden que la legítima incluye una parte que puede repartir libremente el testador entre los legitimarios: la mejora. Y por último, se considera una equivocación llamar a los beneficiarios de la legítima "herederos", por cuanto en ocasiones coincidirán ambos títulos en una misma persona pero otras no, ya que el legitimario puede recibir la parte que le corresponde como legado o donación, sin ser propiamente heredero en sentido estricto.

Con todas sus críticas, la legítima se presenta como una institución arraigada en el Derecho civil común y foral español, en virtud de la cual ciertos parientes próximos, así como el cónyuge del fallecido, tienen derecho a suceder una parte (o el valor de una parte) del patrimonio del causante. Concretamente, en el ámbito del Derecho común, el artículo 807 Cc dispone que son herederos forzosos:

(1) Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

(2) A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

(3) El viudo o viuda en la forma y medida que establece el Código civil.

Las cuotas quedan delimitadas a su vez en los artículos 808 y ss Cc, diferenciando según los sucesores que distingue el artículo 807 Cc precitado. Se distingue así entre:

La legítima correspondiente a los hijos y descendientes. El artículo 808 Cc otorga las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre a los hijos y descendientes (quedando la tercera parte a la libre disposición del causante). Matiza el párrafo segundo del mismo artículo 808 Cc que una parte de las dos que forman la legítima podrá destinarse a mejorar la cuota de los hijos o descendientes.

La legítima correspondiente al cónyuge viudo. El cónyuge viudo, finalmente, es titular de otra cuota legitimaria cuya extensión dependerá de la concurrencia con otros beneficiarios, hijos y descendientes o ascendientes del fallecido, según lo establecido por los artículos 834 y ss Cc ("*Derechos del cónyuge viudo*"). En caso de concurrir a la sucesión con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora (artículo 834 Cc). Si lo hace con ascendientes, tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (artículo 837 Cc). No concurriendo ni con unos ni con otros, le corresponderá el usufructo de los dos tercios de la herencia (artículo 838 Cc).

Junto con la legítima, el Derecho común español contempla otra figura íntimamente relacionada con ésta que es necesario mencionar, la mejora. La mejora es una institución a destacar por su originalidad en el Derecho sucesorio comparado, característica de nuestro Derecho civil y de otros que se inspiraron en él. Se contempla así en la normativa de Derecho sucesorio de Perú, Chile, Ecuador, Colombia y Guatemala.

En una primera aproximación se podría definir como "toda disposición a favor de un descendiente legitimario que excede de lo que le corresponde por legítima estricta" [47]. En otras palabras, lo que está permitiendo la ley es que el causante pueda favorecer a alguno o algunos de sus descendientes legitimarios, de tal forma que percibiría la parte que le correspondería como tal, más la mejora (que está limitada en el artículo 823 Cc a un tercio del haber hereditario).

La naturaleza jurídica de esta institución ha sido objeto de debate desde la promulgación del Código civil [48]. Existen opiniones encontradas sobre su inclusión en la legítima o, por el contrario, desvinculación de la misma. Siendo mayoritaria la postura a favor de esa inclusión, nos adherimos a la misma tras leer el mencionado artículo 823 Cc:

"El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza, ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a la legítima."

Legítima o no, la mejora tiene una larga tradición jurídica en nuestro país, ya que cuenta con más de trece siglos de existencia.

ii. Derechos forales.

La configuración de nuestro sistema como plurilegislativo no plantea conflicto alguno en esta sede, ya que las legítimas se han contemplado tradicionalmente tanto en el Derecho civil común como en los Derechos forales. Se ha dicho por ello que "la diversidad es cuantitativa de intensidad, pero tanto formal como sustantivamente la afirmación de la existencia de legítimas en ambos planos, común y foral, es mantenible" [49].

Las legítimas plantean todo un conjunto de cuestiones que reciben distintas soluciones en los distintos ordenamientos forales. Aquello en lo que se aprecia mayor similitud en los diferentes sistemas es en la determinación de los beneficiarios preferentes. En todos ellos se protege en primer lugar a los descendientes y, a falta de éstos, a sus respectivos descendientes, con la particularidad del ordenamiento aragonés y del navarro, que sólo los reconoce a ellos como legitimarios. Además, en algunos se especifica que, como consecuencia del mandato constitucional de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución Española, este derecho corresponde por igual a hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Así se indica en las legislaciones de Cataluña, Navarra, Islas Baleares.

Sin embargo, los padres y demás ascendientes no son tenidos en consideración en todas las legislaciones forales. Sí que lo son expresamente en Cataluña, País Vasco e Islas Baleares, y de forma indirecta en Galicia, por cuanto este último Derecho remite al Código civil para regular esta cuestión.

Lo mismo ocurre con el cónyuge viudo, que únicamente aparece como legitimario en la Compilación Balear (para Mallorca, no así para Ibiza y Formentera), y en Galicia por la misma razón que se acaba de exponer.

En cuanto a la cuantía, se aprecia una completa diversidad entre los diferentes sistemas legitimarios, a la par que una tendencia a su reducción [50]. Así, sólo en el País Vasco ya es posible distinguir tres siste-

mas, en vigor en los diferentes Territorios Históricos: libertad absoluta de testar, libertad limitada (a través de una legítima de 4/5 colectiva, es decir, con libertad de distribución entre los herederos forzosos) y la legítima de 2/3 prevista en el Código civil [51].

Finalmente, conviene resaltar la peculiaridad del Fuero Nuevo de Navarra (FNN), que se diferencia del resto de sistemas legitimarios (forales o no) en el hecho de que atribuye a esta institución un carácter puramente formal. Es decir, si bien lo común es que el beneficio consista en una parte del haber hereditario (ya sea en bienes o en dinero), la legítima en Derecho navarro carece de contenido patrimonial, siendo una "atribución puramente honorífica y formularia" [52]. Así lo expresa la Ley 267 FNN:

> "*La legítima navarra consiste en la atribución formal a cada uno de los herederos forzosos de cinco sueldos 'febles' o 'carlines' por bienes muebles y una robada de tierra en los montes comunales por inmuebles. Esta legítima no tiene contenido patrimonial exigible ni atribuye la cualidad de heredero, y el instituido en ella no responderá en ningún caso de las deudas hereditarias ni podrá ejercitar las acciones propias del heredero*".

Una vez diseñado el escenario en el que se acomoda la institución jurídica que nos ocupa, queda por analizar seguidamente el tratamiento de la misma en su proyección internacional. La diversidad reguladora que ha quedado patente en los epígrafes anteriores evidencia eventuales problemas de adaptación entre sistemas en aquellos casos en que se requiera la aplicación de una legislación extranjera. La existencia o inexistencia de legítimas plantea así una problemática propia dentro de la materia sucesoria que ha sido abordada por los Estados de diferente manera.

III. EL TRATAMIENTO DE LAS LEGÍTIMAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE SUCESIONES COMPARADO.

La pluralidad de la regulación de la sucesión por causa de muerte en los diferentes países del mundo provoca múltiples colisiones entre sistemas, por la exportación y la consecuente introducción de instituciones extranjeras problemáticas.

En cualquier caso, las decisiones relativas a la adaptación entre los diferentes modelos corresponden a los operadores jurídicos, y en este sentido se ha destacado que, en el caso español, la potencial intervención del orden público internacional en materia sucesoria se plantea, hoy por hoy,

básicamente en tres direcciones -pudiendo servir esta enumeración de referencia más allá de la perspectiva española para considerar algunas figuras problemáticas ante su eventual exportación a otros sistemas- [53].

En primer lugar, en relación con los ordenamientos jurídicos de inspiración germánica, que permiten el testamento mancomunado o la sucesión contractual. Es el caso de Alemania o de Austria.

En segundo lugar, respecto a los ordenamientos anglosajones, que admiten la libertad absoluta del testador para disponer de sus bienes -en perjuicio de las legítimas-, así como otros tipos de delación de la herencia desconocidos en nuestro Derecho sucesorio, como el *trust*. Es el caso de Inglaterra o los Estados Unidos de América.

Finalmente, y con especial agudeza, frente a los ordenamientos jurídicos islámicos, que admiten el matrimonio poligámico o el repudio, figuras éstas que repercuten en los derechos sucesorios de la esposa viuda, amén de haberse considerado marcadamente discriminatorias hacia la mujer. El Derecho sucesorio musulmán se caracteriza igualmente por consagrar desigualdades en los derechos sucesorios atendiendo a la religión, al sexo o a la filiación de las personas.

En este marco, la *praxis* en materia de sucesiones internacionales ha puesto de manifiesto cómo la proyección al plano internacional de la legítima es probablemente una de las cuestiones más problemáticas desde el punto de vista de la adaptación de sistemas sucesorios. Y ello no sólo por tratarse de una institución característica de nuestro sistema que no tiene un reconocimiento generalizado en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, sino también porque, como hemos constatado, en aquellos en que viene recogida tampoco presenta una plena coincidencia en su contenido.

Pasamos así a abordar esta cuestión, dividiendo con este fin el estudio en dos epígrafes: por un lado, el tratamiento explícito que ha recibido esta institución jurídica en algunas normas de Derecho internacional privado, que se asemejan en la fuerte protección que desde las mismas se proporciona a esta figura frente a sistemas que las ignoran; y, por otro lado, nos detendremos en determinados países en los que el tratamiento de las legítimas en sus respectivos modelos de Derecho internacional privado cuenta con una base jurisprudencial.

A) Algunas normativas que protegen explícitamente los derechos legitimarios de ciertos sucesores.

Determinadas normas de Derecho internacional privado, en consonancia con lo previsto por los respectivos Derechos materiales de sucesiones, se han preocupado de estipular reglas relativas a las legítimas sucesorias, que coinciden en favorecer la protección de los sucesores beneficiarios de las mismas que se ven inmersos en sucesiones transfronterizas. Es el caso, por orden cronológico, de la Ley de Derecho internacional privado italiana de 1995, la Ley de Derecho internacional privado venezolana de 1998, y el Código de Derecho internacional privado belga de 2004.

a) Italia.

El Derecho internacional privado viene incorporado en Italia en una ley específica de 1995: la Ley nº 218 de 31 de mayo de 1995 sobre la Reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, que entró en vigor el 1 de septiembre del mismo año [54]. La Ley de 1995 dedica el Capítulo VII ("*Successioni*") a la sucesión *mortis causa*. La sección comprende los artículos 46 a 50, en una regulación más precisa y articulada que la prevista en la anterior normativa [55]. Mientras los tres primeros artículos de la sección se centran en la determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales, el último de ellos se consagra a la competencia judicial internacional de los tribunales italianos en esta materia.

En lo que atañe al Derecho aplicable, la norma de conflicto que contiene la regla general viene recogida en el artículo 46. El apartado primero de dicho precepto reproduce casi literalmente el texto del derogado artículo 23 de las Disposiciones Preliminares del Código civil, mejorando por otro lado la redacción, y, con ello, la claridad de la disposición [56]. Se establece que la sucesión por causa de muerte se regula por la ley nacional del sujeto de cuya herencia se trata, fijada en el momento de su fallecimiento.

A continuación, uno de los elementos novedosos que introduce la Ley de 1995 refiere a la introducción de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de sucesiones italiano, lo que se consideró un "homenaje" a las tendencias más modernas expresadas en Convenios internacionales y en algunas legislaciones extranjeras [57].

Esta posibilidad, recogida en el apartado segundo del artículo 46, permite al causante elegir la ley aplicable a su sucesión, relegando a un segundo plano la norma contenida en el primer apartado, ya que aquella únicamente regirá en defecto de ejercicio de elección. La desig-

nación de la legislación aplicable se sujeta a determinados requisitos explícitamente establecidos, tanto de orden sustancial como formal [58].

La Ley de Derecho internacional privado italiana de 1995 contiene en este mismo precepto una llamativa previsión que refuerza la protección de las legítimas reconocidas por el Derecho sucesorio italiano. Tras consagrar la nacionalidad como criterio de conexión en el apartado primero del artículo 46, se recoge una excepción en el segundo apartado, donde se constata esta circunstancia.

Dicha previsión permite al *de cuius* someter toda la sucesión a la ley del Estado en el cual reside, por declaración expresa en disposición testamentaria. Ahora bien, continúa el texto legal, si el fallecido es nacional italiano, la elección no podrá perjudicar los derechos legitimarios que la ley italiana atribuye a los herederos residentes en Italia en el momento del fallecimiento de esa persona.

La *ratio* de la disposición no se funda en la tutela del nacional italiano, sino en una exigencia de carácter social. El supuesto de hecho en el que piensa el legislador es el del nacional italiano que reside en el extranjero y que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad permitida por la Ley de 1995, toma la decisión de desplazar la ley italiana para regir su sucesión (en calidad de ley de su nacionalidad), en favor de la ley del lugar del Estado donde reside habitualmente. Esta decisión afectaría en su caso al sistema de legítimas previsto por la legislación italiana, a favor de otro modelo sucesorio que puede privar de medios de sustento al cónyuge y a los hijos residentes en Italia, creando situaciones de necesidad económica y, en consecuencia, requiriendo la asistencia de la que debería hacerse cargo el Estado italiano [59]. Por esta razón, y a pesar de la desvinculación que pudiera llegar a observarse entre el concreto caso suscitado y el Estado italiano, el sistema ha optado por proteger a los sucesores considerados legitimarios por el Derecho sucesorio de este país, y que se encuentran residiendo en el mismo en el momento en que el causante fallece.

Esta solución no ha estado exenta de crítica, desde dos puntos de vista fundamentalmente [60].

(1) En primer lugar, se ha advertido de la existencia de una posible discriminación, dado que la ley únicamente se refiere a los "residentes en Italia". Quedan así fuera de la literalidad de la norma, y, por lo tanto, de la protección por ésta prescrita, los italianos residentes en el extranjero. No obstante y paradójicamente, se incluirían en el supuesto de hecho los extranjeros residentes en Italia.

Por otro lado, la práctica jurisprudencial italiana en relación con el tratamiento de las legítimas en los casos con elementos de extranjería es bastante amplia, ya que se trata de una cuestión planteada con cierta habitualidad ante los tribunales italianos. Se aprecia de esta manera que los tribunales de este país, a pesar de contener el propio sistema una norma protectora de los derechos legitimarios de los residentes en Italia, han sido oscilantes en este punto. De esta suerte, el orden público internacional no ha sido siempre invocado para frenar una ley extranjera aplicable que no contemplaba derechos forzosos, es más, se ha apreciado una constante tendencia a la no intervención del orden público internacional en esta materia [61].

De entre las sentencias más recientes, cabría destacar -por haberse dictado estando ya en vigor la nueva Ley de 1995- la decisión pronunciada por la *Corte de Cassazione* el 24 de junio de 1996 en el caso *Amato c. D. Colombo, G. Colombo y Casati* [62]. La decisión, que se aparta del criterio sostenido por la *Corte di Appello* de Milán sobre la que conoce, versa sobre la sucesión de un canadiense. El Alto Tribunal consideró que las normas del Québec, invocadas como ley nacional del causante, no eran contrarias al orden público internacional italiano a pesar de no realizar reserva alguna en beneficio de determinados sucesores. Con esta sentencia el Tribunal de casación italiano se pronunciaba por primera vez sobre esta cuestión desde la entrada en vigor de la Ley de Derecho internacional privado de 1995 [63], fundamentando su decisión en que las reservas no se encuentran comprendidas en el artículo 42 de la Carta Constitucional, por lo que representan un límite a la sucesión que el legislador ordinario puede modificar e incluso suprimir. De ahí que esta institución no se encuentre entre las que conforman el orden público internacional italiano [64].

Otras decisiones menos recientes, dictadas al amparo de la normativa anterior, pueden ayudarnos a ejemplificar este cambio de actitud de las autoridades italianas al que nos referíamos. Así ocurrió con las sentencias de 25 de febrero de 1974 del Tribunal de Chiavari [65] y de 31 de diciembre de 1984 del Tribunal de San Remo [66]. En la decisión de 1974 se considera que una ley extranjera que carezca de legítimas no es contraria a "los principios éticos esenciales en los que se inspira el ordenamiento jurídico italiano". En la decisión de 1984, sin embargo, se concluye justo lo contrario, al defender que "a la luz de la relevancia de la tutela de los derechos de la familia (artículo 29.1 de la Constitución), así como de las relaciones económicas que se derivan y del reclamo de la corriente normativa en materia de sucesiones como fundamento básico de nuestro ordenamiento (artículo 42.4 de la Constitución), la tute-

la de los legitimarios se coloca en una posición de absoluta prioridad lógica en el contexto del vigente sistema legislativo italiano" [67]. Para este Tribunal, por lo tanto, las legítimas forman parte del interés del sistema sucesorio vigente en la República [68].

Es la misma solución a la que, años atrás, llegaría el Tribunal de Apelación de Calabria, en sentencia de 7 de diciembre de 1957 [69], en la que se dejó de aplicar la legislación de Nueva Jersey por disponer la libertad absoluta de testar. Se alegó para ello que el fundamento de las legítimas está directamente relacionado con la tutela de la familia, finalidad que trasciende de los intereses individuales y que obedece a un interés superior de la sociedad del que la familia es el eje.

En conclusión, si bien el Derecho internacional privado italiano se preocupa de proteger a los legitimarios residentes en Italia, no existe, por el contrario, una línea jurisprudencial constante que nos permita extraer conclusiones concluyentes sobre la integración de las legítimas en el orden público internacional de este país.

b) Venezuela.

El Derecho internacional privado venezolano se encuentra codificado en la Ley de Derecho internacional privado de 9 de julio de 1998, fecha en que fue aprobada en el Congreso de Venezuela, entrando en vigor el 6 de febrero de 1999 [70]. Bajo la rúbrica "*De las sucesiones*", el Capítulo VII dedica tres preceptos a esta materia: los artículos 34 a 36. El artículo 34 contiene la norma de conflicto clave en materia de sucesiones, que dispone literal y sucintamente:

"*Las sucesiones se rigen por el Derecho del domicilio del causante.*"

"*Los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente no separado legalmente de bienes, podrán, en todo caso, hacer efectivo sobre los bienes situados en la República el derecho a la legítima que les acuerda el Derecho venezolano.*"

De esta suerte, aquellos herederos que el legislador consideró que merecen una mayor protección en el espíritu de la norma ("*los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes*") podrán, en virtud de esta regla y en todo caso, hacer efectivo el derecho a la legítima que les corresponde según el Derecho civil venezolano sobre los bienes situados en el país. En otras palabras, se garantizan las legítimas de las tres categorías mencionadas de sucesores, que podrán dirigirse con tal fin contra los bienes integrantes de una suce-

sión -que presente algún elemento de extranjería- que se encuentren situados en Venezuela.

Esta previsión recuerda forzosamente al llamado *droit de prélèvement* francés, figura del Derecho internacional privado de sucesiones vigente en Francia que ha sido objeto de crítica, ya que genera un tratamiento diferenciado de los sucesores. La finalidad de esta institución es la de restablecer, en su caso, y en beneficio de los nacionales franceses, una igualdad eventualmente rota por una ley extranjera que los discrimina. Este objetivo se consigue favoreciendo los derechos sucesorios de los nacionales franceses sobre los bienes situados en Francia, cuando éstos concurren con coherederos extranjeros a la herencia de esos mismos bienes [71]. Este privilegio por razón de la nacionalidad fue instaurado por el artículo 2 de la Ley de 14 de julio de 1819, llegándose a calificar con posterioridad por parte de la práctica totalidad de la doctrina francesa de institución "exorbitante, absurda y en todo caso anacrónica" [72], añadiendo que "su ejercicio complica singularmente la regulación de la sucesión" [73]. Estas consideraciones apoyan su supresión del Derecho internacional privado francés [74]. A pesar de ello, sigue aplicándose por los jueces franceses, debido a su vigencia [75].

c) Bélgica.

El modelo belga constituye el tercero de los sistemas nacionales que se analizan en este estudio que contienen previsiones específicas sobre la protección de ciertos sucesores.

A modo de introducción cabe señalar que Bélgica cuenta con un nuevo Código de Derecho internacional privado aprobado por Ley de 16 de julio de 2004 (CDIP), en vigor desde el 1 de octubre de 2004 [76]. Esta reciente norma cobra una notable importancia en dos frentes: por un lado, por razón de su actualidad; y, por otro, al entender que durante su proceso de elaboración devino necesaria la revisión de las soluciones vigentes hasta la fecha en el Derecho internacional privado del país, en orden a mantenerlas o adecuarlas a la realidad social belga del momento.

La materia sucesoria se encuentra regulada en el amplio Capítulo VII del CDIP, el cual, bajo la rúbrica "*Successions*", recoge siete preceptos: los artículos 77 a 84. El Capítulo incorpora soluciones para un amplio número de los problemas que se plantean en el ámbito de las sucesiones internacionales en la actualidad: la determinación de las reglas de competencia judicial internacional (artículo 77 CDIP), el

Derecho aplicable a la sucesión (artículo 78 CDIP), el reenvío (artículo 78 CDIP *in fine*), la elección de la ley aplicable o *professio iuris* (artículo 79 CDIP), el ámbito del Derecho aplicable (artículo 80 CDIP), la ley aplicable a los tipos de partición (artículo 81 CDIP), la ley aplicable a la administración y transmisión de la sucesión (artículo 82 CDIP), la ley aplicable a la forma de las disposiciones por causa de muerte (artículo 83 CDIP) y la interpretación de las disposiciones por causa de muerte (artículo 84).

De todos estos preceptos, dos resultan especialmente relevantes a efectos del presente estudio, los artículos 78 y 79 CDIP. El artículo 78 CDIP, regulador del Derecho aplicable, codifica el principio de escisión o fraccionamiento de la sucesión, al localizar la sucesión en diferentes legislaciones según la naturaleza de los bienes:

> "*1. La sucesión se rige por el Derecho del Estado sobre cuyo territorio el difunto tenía su residencia habitual en el momento de su fallecimiento.*
>
> *2. La sucesión inmobiliaria se rige por el Derecho del Estado sobre cuyo territorio se sitúa el inmueble* (...) [78]".

Es decir, dispone el primer inciso que la sucesión se rige por el Derecho del Estado de la residencia habitual del difunto en el momento del fallecimiento. A continuación, es en el segundo apartado del artículo 78 CDIP donde se diferencia la naturaleza de los bienes, cuando el legislador establece que la sucesión inmobiliaria se rige por el Derecho del Estado donde se sitúa el bien inmueble. Esta matización deja en manos de la ley de la residencia habitual al resto de bienes que eventualmente constituyeran la herencia, esto es, los de carácter mueble.

El siguiente precepto que requiere de nuestra atención es el artículo 79 CDIP, que recoge el principio de autonomía de la voluntad en lo relativo a la determinación de la ley reguladora de la sucesión *mortis causa*, una solución desconocida antes del Código de 2004 en el modelo belga, pero cuya incorporación ha venido siendo debatida desde años atrás en la doctrina [79]. El legislador se inspiró ciertamente en el Convenio de La Haya de 1989 sobre la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, aunque finalmente optaría por una fórmula más limitada [80]. El precepto cuenta con tres reglas nítidamente diferenciadas, de las que cabe destacar dos a los efectos de este análisis:

(1) La primera regla que compone el artículo 79 CDIP muestra el principio de la autonomía de la voluntad en toda su amplitud, ya que

se limita a permitir que el *de cuius* pueda someter el conjunto de su sucesión al Derecho de un Estado específico. Cabe preguntarse al respecto hasta qué punto no resulta incoherente que la regla general sobre Derecho aplicable a la sucesión decrete el fraccionamiento en el tratamiento de la sucesión internacional, mientras que si el causante ejerce esta *optio iuris* se le obliga a localizar "el conjunto" de su sucesión en una única legislación. Desde otro punto de vista podría entenderse precisamente como una posibilidad que se otorga al causante de evitar el fraccionamiento de su sucesión.

La delimitación de las legislaciones susceptibles de ser elegidas no se realiza hasta la siguiente frase, en una norma redactada en forma negativa que indica que la designación no tendrá efecto si el fallecido no tenía la nacionalidad del Estado cuya ley ha sido escogida, o su residencia habitual sobre el territorio de ese Estado, ya sea en el momento del ejercicio de esta facultad, ya sea en el momento del fallecimiento. *Sensu contrario*, únicamente se podrá optar por una de estas cuatro legislaciones. Se aprecia así un notable interés por ampliar el elenco de legislaciones susceptibles de ser designadas.

(2) La siguiente regla del artículo 79 CDIP merece nuestra plena atención, ya que se trata de la disposición por la que los redactores del reciente Código belga de Derecho internacional privado de 2004 han optado igualmente por proteger los derechos de los legitimarios, aunque con una configuración –como seguidamente se observará- marcadamente distinta a las anteriores: tras consagrar la libertad de elección de la ley aplicable a la sucesión, se manifiesta que "*no obstante, esta designación no puede tener como resultado privar a un heredero de un derecho a la legítima que le asegura el Derecho aplicable en virtud del artículo 78*" [81].

Dicho de otra manera, el Código belga obliga a respetar las legítimas previstas por las dos eventuales legislaciones aplicables a la sucesión previstas en la norma de conflicto del artículo 78 CDIP (la correspondiente al Estado de la residencia habitual del fallecido y, en el caso de la sucesión de los bienes inmuebles en caso de haberlos, a la legislación del Estado del lugar de su situación), independientemente de que en la ley escogida por el causante no se reconozcan tales derechos, sino la libertad absoluta de testar.

La disposición no diferencia según la nacionalidad ni el lugar de residencia de los beneficiarios. Tampoco trata el precepto de evitar la vulneración de una legislación sucesoria en concreto, sino de aquella o aquellas que resulten de aplicar la norma de conflicto del artículo 78

CDIP, que integra la regla objetiva sobre la ley aplicable a las sucesiones.

Una última consideración que conviene mencionar al hilo de la consagración de este tipo de previsiones es que el Código de 2004 derogó el artículo 912 del Código civil belga [82], que preveía desde 1865 un *droit de prélèvement* a favor de determinados herederos, al estilo de la institución francesa [83]. Este derecho podía invocarse en Bélgica cada vez que una persona heredaba en virtud de una legislación foránea en menor medida que lo que hubiera recibido de aplicarse el Derecho belga. Al igual que ocurrió con el derecho instituido en Francia, éste fue igualmente criticado por la doctrina belga, llegándose a calificar de "medida de retorsión" contra las leyes extranjeras [84].

B) Algunos sistemas en los que las soluciones han sido acuñadas por la jurisprudencia.

En aquellos sistemas de Derecho internacional privado en que no se ha previsto una específica disposición sobre el eventual conflicto de sistemas que se puede suscitar entre modelos que no coinciden en la consideración de derechos legitimarios, procede analizar cuál ha sido la actitud que sobre estas cuestiones ha adoptado la jurisprudencia. Al respecto podríamos reflexionar que caben dos posturas frente a estas situaciones:

(1) En primer lugar, una primera opción pasaría por determinar en abstracto si las legítimas forman parte del orden público internacional de un determinado país, para así concluir si es posible aplicar una ley extranjera que no las prevé.

(2) En segundo lugar, cabría diferenciar entre aquellos supuestos de hecho en los que existen potenciales legitimarios y aquellos en los que no, ya que en caso de no haberlos no parece razonable fundamentar la evicción de la ley extranjera apuntada por la norma de conflicto únicamente por la ausencia de legítimas en su sistema. Es decir, se trataría de atender al caso concreto, y no así a la configuración teórica de la norma.

A nuestro entender, ésta sería la postura más razonable, ya que ante la eventual situación en la que se plantee la utilización del orden público internacional resulta esencial que el operador jurídico considere, no ya la configuración abstracta de la norma, sino su resultado final. Frecuentemente por medio de la aplicación del Derecho extranjero se

llegaría incluso a soluciones similares a las que habría conducido la aplicación del Derecho del foro en su sustitución. Y en esos supuestos, ¿por qué incumplir la norma de conflicto?

Esta indecisión se plantea en el modelo español por el carácter abierto de la norma que regula la cláusula de orden público, el artículo 12.3 Cc, según el cual:

> "*3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*".

La referencia a la contrariedad de la ley extranjera y no así de sus efectos se ha calificado de "grave deficiencia técnica", siendo éste, no obstante, un desarrollo ampliamente admitido [85]. Un ejemplo de lo contrario que aplaude la doctrina se contiene en el apartado 1 del artículo 16 de la mencionada Ley italiana de Derecho internacional privado de 1995, que especifica que la inaplicación de la ley extranjera debe producirse por causa de que los "efectos" de la misma sean contrarios al orden público de ese país [86].

Por lo tanto, la misión del legislador o del juez consiste en rechazar, por su decisión, los resultados incompatibles que produce el Derecho extranjero en el foro; en averiguar si, aplicando o dando efectos a la norma, va a vulnerarse un principio fundamental en razón del resultado. Pero en lo que no consiste la misión del juez es en juzgar o censurar al legislador extranjero o la norma extranjera *in abstracto*. La señal de alarma del orden público no debe sonar ante la presencia de un principio a salvaguardar sino ante el resultado contrario a tales principios al que conduce la aplicación del Derecho extranjero *in casu*. En pocas palabras, se trata de un correctivo circunstancial, de una barrera frente a las consecuencias de la aplicación del Derecho extranjero. Por esta razón se dice que la función del orden público es esencialmente negativa [87].

En cualquier caso, la jurisprudencia es heterogénea en el panorama comparado, ya que las legítimas se invocan en ocasiones para evitar la aplicación de normas extranjeras, pero en otras situaciones no son óbice para frenar su aplicación. El estudio se centra en este momento en la práctica de Suiza, los Estados Unidos de América y España.

a) Confederación Helvética.

La regulación suiza en materia de sucesiones con elementos de extranjería se encuentra recogida en la Ley Federal sobre el Derecho

internacional privado de 1987 (LDIP). Con anterioridad a la adopción de esta Ley Federal, el Derecho internacional privado suizo se fundamentaba, preferentemente, en la Ley Federal de 25 de junio de 1891 sobre las relaciones de Derecho civil de los ciudadanos con estancia o establecimiento en Suiza, complementada por la jurisprudencia del Tribunal Federal en la materia. Se ha puesto de relieve cómo la mencionada Ley se mostró inadecuada e insuficiente para regular las relaciones privadas conectadas con un ordenamiento extranjero, lo que se explica debido a su concepción para regular exclusivamente los conflictos de leyes y de jurisdicciones intercantonales. Como consecuencia de esta apreciación, se nombró una Comisión de expertos a la que se encargó la elaboración de una nueva regulación, dando lugar a diversos Proyectos de Ley en 1978, 1982 y 1986 [88]. La versión final se aprobaría en 1987.

La parte de la LDIP consagrada a las sucesiones se compone por el extenso Capítulo 6, que, bajo la rúbrica "*Successions*", consta de once disposiciones (artículos 86 a 96). Dentro del mismo han sido refundidos los tres sectores del Derecho internacional privado aplicados a la materia, siendo los preceptos específicamente dedicados al sector del Derecho aplicable los artículos 90 a 95 LDIP.

No siendo necesario entrar en el contenido pormenorizado de las mencionadas disposiciones, resulta suficiente conocer en este momento que el Derecho internacional privado suizo reconoce la validez de una *professio iuris* a favor de la ley del Estado del que es nacional el *de cuius* [89], con independencia de si ésta reconoce o no legítimas, porque las mismas no forman parte del orden público internacional de este país [90]. Ejemplifica lo antedicho la antigua sentencia del Tribunal Federal de 17 de agosto de 1976 en el relevante asunto *Hirsch c. Cohen* [91], que roció en toda su amplitud el ejercicio de la autonomía de la voluntad del causante que tradicionalmente viene otorgando el Derecho suizo.

En esta decisión, el Tribunal conoció sobre la sucesión de un nacional inglés, establecido en Suiza desde hacía más de veinte años y que había roto todos sus vínculos con su Estado de origen. A pesar de ello, pudo beneficiarse de la opción que le proporcionaba el Derecho internacional privado suizo para elegir la ley inglesa como rectora de su sucesión, cuya libertad absoluta en materia de sucesiones utilizó para excluir totalmente a su hija de su herencia. Aunque se apreciaron vínculos muy estrechos entre el caso y Suiza (la hija era nacional suiza, viviendo además con sus hijos en este país), el Tribunal Federal falló que elegir una ley con mayor libertad de disponer no constituía *per se* abuso

de derecho. Tampoco decidió recurrir al orden público internacional. Esta decisión hizo reflexionar a algunos partidarios de la *professio iuris* [92].

Se ha asumido al respecto que "el testador elegirá normalmente con la razón, y no con el corazón: no designará la ley a la que se sienta más ligado, sino a la que responda mejor a sus intenciones". Esas intenciones pueden consistir, efectivamente, en el deseo de privar a ciertas personas de los derechos hereditarios que legalmente les corresponde en virtud de una normativa civil estatal determinada con base en criterios objetivos de conexión. Precisamente las personas que más hacen uso de la *optio iuris* en Suiza son los nacionales de países del *Common Law* que quieren escapar de las reglas del Derecho civil suizo relativas a las legítimas [93].

No obstante y a pesar de esta realidad, se ha señalado que la experiencia de los países cuyos sistemas de Derecho internacional privado permiten la elección de ley aplicable ha demostrado que los casos en los que se ha apreciado la utilización de dicha prerrogativa con el fin de desheredar son relativamente raros [94].

A lo anterior cabe añadir a mayor abundamiento que la doctrina suiza ha llegado a la misma conclusión en otro ámbito. Se ha señalado en el marco de la problemática suscitada por el *trust* en el Derecho internacional privado de sucesiones que la lesión de las legítimas no es motivo para la nulidad o anulación de un acto de disposición (*inter vivos* o *mortis causa*), sino que otorga al heredero que se ha visto lesionado en sus derechos una acción judicial tendente a la reducción de las disposiciones testamentarias excesivas, así como para la reducción y restitución de las liberalidades recibidas por terceros en vida del *de cuius* [95].

b) Estados Unidos de América.

La ausencia de legítimas en 49 de los 50 Estados que componen los Estados Unidos de América explica la general resistencia de los tribunales estadounidenses a ejecutar derechos forzosos, a excepción de la práctica del Estado norteamericano de Luisiana, que cuenta con un sistema de *Civil Law*. Esta antipatía judicial encuentra sus raíces en el orden público de estos territorios [96].

Los casos *In re Estate of Renard*, conocido en 1982 por un Tribunal de Nueva York, y *Sánchez* c. *Sánchez De Davila*, conocido en 1989 por un Tribunal de Florida [97], ejemplifican esta tendencia, al ignorar las legítimas que corresponderían a ciertos sucesores en virtud de las

leyes sucesorias francesa y venezolana respectivamente. En el primer caso, se trataba de dilucidar sobre la sucesión de un ciudadano estadounidense domiciliado en Francia, quien había dispuesto por testamento según la Ley de Nueva York, ignorando los derechos legítimos que la legislación francesa (ley del último domicilio del causante) otorgaba al hijo franco-estadounidense y que éste reclamó sin éxito. En el segundo, el Tribunal tuvo que decidir sobre la sucesión de cuentas bancarias localizadas en un banco de Florida, a la que se aplicó el Derecho de Florida, que negaba cualquier derecho legitimario a favor de los herederos.

El caso *Re Schneider* sigue igualmente la misma línea, al tratar la herencia de un ciudadano estadounidense domiciliado en Nueva York que dispuso por testamento otorgado en el país de la nacionalidad de su herencia situada en Suiza, afectando a las legítimas establecidas por la legislación de este último país. El tribunal neoyorquino que conoció de la reclamación de la mujer del fallecido, que se vio reducida en sus derechos legitimarios, entendió que debía aplicarse la ley suiza en su totalidad, lo que pasaba por aceptar el reenvío a la ley de Nueva York (que no contempla legítimas) ya que la ley suiza establecía que la ley aplicable era la del último domicilio del fallecido [98].

Se constata por lo tanto una general actitud reacia de los tribunales estadounidenses ante el reconocimiento de derechos legitimarios contenidos en legislaciones extranjeras. Esta postura, no obstante, no se confirma en todos los Estados que proclaman la libertad absoluta de testar. Es un ejemplo de ello una antigua decisión dictada en 1926 en el Reino Unido de la Gran Bretaña en el asunto *Re Annesley*, en la que un ciudadano británico falleció domiciliado en Francia habiendo otorgado testamento conforme a la ley inglesa. El juez inglés aplicó la legislación del domicilio del causante (la ley francesa) respetando las legítimas del Derecho francés [99].

c) España.

El Derecho internacional privado español se encuentra actualmente disperso en multitud de normas. Esta misma situación legal queda reflejada en el sector de la determinación del Derecho aplicable, encontrándose la vigente norma de conflicto española en materia de sucesiones en el artículo 9.8 Cc. El precepto señala lo siguiente:

> *"La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones*

hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes".

La redacción actual de esta norma es consecuencia de las modificaciones sufridas por el anteriormente en vigor artículo 10.2 del Código civil de 1869, acontecidas en dos momentos [100]: por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, tuvo lugar la trascendental reforma del Título Preliminar del Código civil, por medio de la cual se configuraría la norma de conflicto vigente, sustituyendo con ello al artículo 10.2 Cc, tanto en su contenido como en su ubicación. Más adelante, la Ley 11/1990 de no discriminación por razón de sexo, de 15 de octubre, agregaría el último inciso del precepto relativo a la adecuación de la ley aplicable a la sucesión del cónyuge viudo con la reguladora de los efectos del matrimonio [101].

La presencia de la institución de la legítima en el ordenamiento jurídico español, unido a la naturaleza imperativa de la que se ve atribuida, genera una interesante situación en nuestra realidad jurídica que merece una aproximación en profundidad a la problemática que acompaña a su proyección internacional. En este sentido, parte de los argumentos y situaciones que se han enunciado hasta el momento tienen una lógica presencia en un ordenamiento como el español, en el que se reconoce el sistema de legítimas de una manera amplia. Además, el carácter arraigado de esta institución en nuestro país hace interesante estudiar los aspectos internacionales de la misma.

La primera cuestión a destacar proviene del tenor del propio artículo 9.8 Cc, que vincula las legítimas a la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, excepcionándolas a la determinada por el momento de otorgamiento del testamento o pacto sucesorio. Este dato ha sido interpretado por parte de la doctrina como una voluntad del legislador de privilegiar la aplicación del estricto sistema de legítimas del Código civil frente a sistemas que consagren la libertad de testar [102]. Sin embargo, se ha advertido cómo, paradójicamente, el mismo precepto matiza esta regla al señalar que las legítimas se ajustarán a esta ley "*en su caso*", lo que ha llevado a pensar que éstas podrían no ser necesariamente indispensables. En efecto, desde esta perspectiva la norma parecería querer decir que éstas se regirán por la ley nacional del cau-

sante determinada en el momento del fallecimiento, en el caso de que esta legislación las prevea. Esta inconclusión doctrinal, empero, viene acompañada de una práctica jurisprudencial rectilínea.

De esta suerte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha decantado de manera constante a favor de entender que las legítimas no forman parte del orden público internacional español. Son varias las decisiones que apoyan esta afirmación. La primera en el tiempo es la STS de 27 de abril de 1978 [103], que favoreció la aplicación de la ley mejicana como ley nacional del causante en el supuesto de un testamento otorgado en España, a pesar de contemplar ésta la libertad de testar.

Posteriormente, la ya citada y relevante sentencia de 15 de noviembre de 1996 [104], que resolvió el asunto *Lowenthal*, reafirmaría la ausencia de consideración de las legítimas como pertenecientes al orden público internacional español, al hilo de la interpretación de la aceptación del reenvío en materia de sucesiones (FJ OCTAVO). A pesar de ello, la diferenciación en este aspecto de la Ley de Maryland (EEUU) con el Derecho sucesorio español impidió al TS aceptar el reenvío de primer grado operado por la norma de conflicto estadounidense, porque con ello no se favorecía la armonización de los sistemas jurídicos en conflicto.

En los últimos años cabría añadir, asimismo y en la misma línea, algunas sentencias dictadas por diversas Audiencias Provinciales en el año 2004:

(1) En primer lugar, la AP de Tarragona se pronunció el 13 de mayo de 2004 [105] sobre la herencia de una causante belga, y entendió que una legítima diferente de la establecida en Derecho español no era contraria al orden público internacional español.

(2) Posteriormente, la AP de Granada entendió en la sentencia de 19 de julio de 2004 que aunque no existen legítimas en el Derecho sucesorio irlandés, esta circunstancia no impide la aplicación de tal normativa en España.

(3) Finalmente, la AP de Barcelona se pronunció sobre las legítimas incorporadas por el Derecho suizo en la sentencia de 28 de septiembre de 2004, concluyendo que había efectivamente que aplicar la reserva prevista en beneficio de los hijos, a pesar de que su contenido era desigual respecto al sistema español.

Esta línea mayoritaria, sin embargo, ha venido acompañada de la presencia de alguna consideración que ha apoyado el carácter de

orden público de la figura. Cabe destacar en tal sentido la STS de 23 de octubre de 1992 [106], que refiere a la sucesión de un nacional belga. Esta decisión recayó en un recurso contra la decisión del Tribunal *a quo*, por haber resuelto conforme al Derecho español y no así de acuerdo con la legislación sucesoria belga. En esta sentencia el Alto Tribunal entendió que la norma aplicada por la decisión recurrida "*se refiere a una institución sucesoria, como las legítimas, y a una consecuencia de su fijación que bien puede ser considerada de orden público en nuestro Derecho...*". Pero esta misma sentencia distingue entre el orden público interno y el orden público internacional, debiendo entenderse que las legítimas forman parte del primero de ellos pero no así del segundo [107]. Como consecuencia de este razonamiento, el recurso fue finalmente desestimado.

En conclusión, y a pesar de la constatación de esta última decisión, es posible considerar que las legítimas no forman parte del orden público internacional español, y que, ante esta circunstancia, es igualmente posible la aplicación en España de legislaciones que consagran la libertad absoluta de testar sin que por ello se pueda oponer la barrera de la excepción de orden público internacional.

IV. CONCLUSIONES.

Las legítimas, ha quedado evidenciado en las páginas precedentes, constituyen una clara muestra de la diversidad reguladora del fenómeno sucesorio en el escenario internacional, y ello en los dos planos que se han abordado –el Derecho material de sucesiones y el conflictual-. A modo de conclusión, es posible distinguir tres grupos en la materia estudiada:

En primer lugar, un primer conjunto de Estados otorgan a esta figura un protagonismo notable tanto en el Derecho que rige las situaciones privadas internas como en el regulador de las situaciones privadas internacionales. Hemos visto cómo algunas legislaciones amplían los derechos legitimarios previstos en el Derecho interno a las relaciones transfronterizas, codificando reglas en este sentido, que se centran bien en las personas beneficiarias (residentes o nacionales de un determinado país), bien en los bienes sobre los que deben satisfacerse tales derechos (los situados dentro del territorio del Estado de la autoridad que conoce del asunto), pero que en cualquier caso persiguen su protección frente a legislaciones extranjeras que las ignoran. Es el caso de Italia, Venezuela y Bélgica.

Otros ordenamientos jurídicos, no obstante, no consideran que deban protegerse las legítimas en los casos internacionales, permitiendo

la aplicación de legislaciones extranjeras que prevén la libertad de testar, y ello a pesar de contener derechos legitimarios en el Derecho material interno del foro. En este sentido, el caso español constituye un ejemplo paradigmático, al que cabría añadir la jurisprudencia suiza analizada.

Y en el otro extremo, un tercer grupo de Estados no protegen tales derechos ni en el Derecho sustantivo ni en el Derecho internacional privado, al no contemplarlos ni en la legislación codificada ni en la jurisprudencia para ninguno de los planos, apostando por la libertad absoluta de testar en ambos. La gran mayoría de los Estados que integran los Estados Unidos de América representan esta última postura.

NOTAS:

[1] VRANKEN, M.: *Fundamentals of European Civil Law*, Blackstone Press Limited, London, 1996, p. 10.

[2] Por ejemplo, se ha señalado que el significado de la palabra "heir", "héritier", "Erbe" o "heredero" no es el mismo en los Estados Unidos que en Europa. SOMMERICH, O. C.: *Conflict of Laws With Regard To Foreign Decedent Estates*, Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé, Tome III, 5ème partie, Supplemento all'Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, Volume XXXI, Edizione dell'Instituo Italiano di Studi Legislativi, Roma, 1956.

[3] CALVO CARAVACA, A.L.: "La Sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español", *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 3103-3104.

[4] McAULEY, M.: "Pro Portione Legitima-A Polemic in Defence of Children as Heirs-at-law" en ATHERTON, R. F. (edit): *Papers of the International Academy of Estate and Trust Law- 2001*, Kluwer Law International, New York, 2002, p. 253.

[5] Sobre esta segunda solución se ha llegado a opinar que es "ilógica, inmoral y que favorece la injusticia", amén de constatar que pueda darse la paradójica situación de que gracias a la misma un individuo tenga la posibilidad de eliminar de su patrimonio sucesorio una parte importante de las obligaciones que tenía antes de fallecer. Se ha afirmado por ello que la libertad de testar puede conllevar que padres e hijos, que tienen derechos y obligaciones recíprocos en vida, queden inatendidos a la muerte de alguno de ellos. FRÉCHETTE, J-G: "Le sort des successions en droit international privé québécois et comparé", *Revue de Droit de la Faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1973-74, pp. 237-238.

[6] Secc. 1967 BGB.

[7] *Family Law Reform Act* 1995, secciones 14-17.

[8] *Family Protection Act* 1955.

[9] Sección 5 de la Ley sobre sucesiones de 1970.

[10] DUYNSTEE y HOUBEN en HAYTON, D.: *European Succession Laws*, Jordan Publishing Ltd, Bristol, 2002, p. 393.

[11] Artículo 1368 del Código civil, que se refiere a los siguientes parientes: descendientes, cónyuge, ascendientes, parejas de hecho habiendo convivido los cinco años anterio-

res al fallecimiento, hermanos u otros colaterales incapaces o menores. MÁRQUEZ GONZÁLEZ, J. A. en "Mexico", *International Encyclopaedia of Laws, Family and succession*, 2001.

[12] El juez puede ordenar el mantenimiento de los dependientes del testador. HIMONGA, C.: en "Zambia", *International Encyclopaedia of Laws, Family and succession*, 2002, p. 176.

[13] CÁMARA LAPUENTE, S.: *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, pp. 1222-1223.

[14] *Inheritance Act*, Sect. 25 (descendientes y cónyuge).

[15] *Book of Inheritance*, 7:1 (descendientes).

[16] Código de Sucesiones, Capítulo 7, sección 4: si el testamento no cumple la porción legal reservada, el heredero tiene que pedir el ajuste del mismo, para recibir de esa manera su porción.

[17] Sección 479 del Código civil (sólo para los descendientes menores).

[18] Artículo 27 de la Ley sobre sucesiones de 1976.

[19] Sección 762 del Código civil de 1811 (para cónyuge y descendientes, y en ausencia de estos últimos, ascendientes).

[20] Para descendientes, ascendientes y cónyuge desde 1981. VERBEKE, A. en HAYTON, D.: *European Succession Laws*, *op. cit*., p. 57.

[21] Para los hijos y el cónyuge. MACDONALD, R. en HAYTON, D.: *European Succession Laws*, *op. cit*, p. 131.

[22] Artículo 916 del Código civil (sólo para los descendientes).

[23] FERREIRA PINTO, F. A. en HAYTON, D.: *European Succession Laws*, *op. cit*., p. 415.

[24] Artículo 458 del Código civil.

[25] Trata esta cuestión en profundidad DOMÍNGUEZ, A.: *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Tecnos, Madrid, 1989.

[26] CÁMARA LAPUENTE, S.: *Derecho Privado Europeo*, *op. cit.*, p. 1221.

[27] Por ejemplo, artículo 816 del Código civil español.

[28] Artículo 3591 del Código civil.

[29] Artículo 723 del Código civil.

[30] Artículo 1216.2 del Código civil.

[31] Artículo 883 del Código civil.

[32] Artículo 1167.2 del Código civil.

[33] Artículos 1198 y siguientes del Código civil ("asignaciones forzosas").

[34] SCOLES. E. F. y HAY, P.: *Conflict of Laws,* West Publishing CO, St Paul (MN), 2 ed., 1992, p. 821.

[35] WARDLE, L. D. y NOLAN, L. C. "United States", *International Encyclopaedia of Laws, Family and succession*, 1998, p. 298.

[36] McKNIGHT, J. W. califica de "tiranía" lo que muchos estadounidenses piensan sobre poner freno a la libertad de testar, en "Spanish Legitim in the United States. Its Survival and Decline", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, 1996, p. 75. En sentido contrario, McAULEY, M. se pregunta si la libertad de testar es una "tiranía póstuma, aunque benevolente", en ATHERTON, R. F. (edit): "Woe to All-Wealth is for the Dead", *Papers of the International Academy of Estate and Trust Law- 2001*, Kluwer Law International, New York, 2002, p. 244.

[37] Una de las características del Derecho islámico que es preciso conocer para entender su naturaleza refiere a su especial concepción, que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos no es territorial, sino personal. Se trata de un sistema que rige las conductas de las personas en cuanto fieles de una determinada religión, y no así en cuanto ciudadanos de un determinado territorio. No obstante, el Derecho musulmán pasa a regir las relaciones jurídicas de todos los ciudadanos de un determinado país –y, por lo tanto, pasa a tener una naturaleza territorial- cuando la regulación de determinadas materias otorga a la fe musulmana el rango de ley. Estas ideas suelen quedan usualmente circunscritas a la regulación de determinadas materias relacionadas con el estatuto personal (persona, familia, sucesiones...). En otras ramas del Derecho, no obstante, suele regir un Derecho desligado de la religión, que habitualmente encuentra su origen en el sistema francés o en el inglés, antiguas potencias colonizadoras.

[38] De hecho, la mayor parte de las Constituciones de los países árabes afirman que el Islam es la religión del Estado y que el Derecho musulmán es una fuente principal. ALDEEB ABU-SHALIEH, S. : "Droit religieux et droit séculier-Défi du droit musulman en Suisse", en VON BAR, C. (ed.): *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West/Le droit islamique et sa réception par les tribunaux occidentaux*, Congrès du 23 au 24 octobre 1998 à Osnabrück, C. Heymann, cop., Köln, 1999.

[39] MOORS, A.: "Introduction: Public Debates on Family Law Reform Participants, Positions, and Styles of Argumentation In The 1990s", *Islamic Law and Society*, Vol. 10 nº 1, 2003, p. 2.

[40] CHARFI, M.: "L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye,* 1987 (III), p. 393.

[41] Así se aprecia, por ejemplo, al analizar las normativas de tres países del Magreb como son Marruecos La *Moudawana*, cuya última reforma entró en vigor el 5 de febrero de 2004, por ley nº 03-70 sobre el Código de Familia, Dahir nº 1-04-22 de 3 de febrero de 2004 (*Bulletin Officiel du Maroc*, nº 5184), Argelia Código de la Familia de 9 de junio de 1984 o Túnez Código sobre el Estatuto Personal de 1956, modificado por Ley n° 58-70 de 4 de julio de 1958. A grandes rasgos, mientras el ordenamiento jurídico tunecino ha adoptado una actitud modernizadora frente al sistema musulmán clásico, los Códigos sobre el estatuto personal de Marruecos y Argelia, por el contrario, siguen más fielmente los principios generales de la *Shâr'ia*, considerándola además específicamente como Derecho supletorio en materia de sucesión testada e intestada.

[42] Más detalles sobre preferencias, cuotas que corresponden según los parientes que concurran, casuística, etc... en MILLIOT, L. y BLANC, F. P.: *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, Paris, 2001, pp. 495 y ss, y MANDIROLA BRIEUX, P.: *Introducción al Derecho islámico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 114-117; y ejemplos de distribución de herencias en caso de concurrencia entre diferentes tipos de herederos en PEARL, D. y MENSKI, W.: *Muslim Family Law*, Sweet and Maxwell, London, 3 ed., 1998.

[43] ALDEEB, S. y BONOMI, A. (éd.): *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1999, p. 493.

[44] Las normas reguladoras de la sucesión por causa de muerte son: la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón, el Código de Sucesiones por Causa de Muerte de Cataluña, la Ley de Derecho civil Foral del País Vasco, la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, la Ley de Derecho civil de Galicia y el Fuero Nuevo de Navarra.

[45] ZABALO ESCUDERO, Mª E.: *La situación jurídica del cónyuge viudo, Estudio en el Derecho internacional privado y Derecho interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 131.

[46] O'CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, *Derecho de sucesiones*, Tomo V, Edersa, Madrid, 1990, p. 281.

[47] ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de sucesiones,* Tomo II, Bosch, Barcelona, 1991, p. 185.

[48] Las diferentes posturas y argumentos a favor y en contra de la mejora se exponen en VELÁZQUEZ VIOQUE, S.: *La mejora en el Código civil español*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 22-32.

[49] ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: "Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional", *Revista de Derecho privado*, 1976, p. 505.

[50] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público y sucesiones (I)", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1984, 1 de marzo de 2005, p. 36.

[51] ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: "Los trabajos de reforma de la Ley Vasca 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999-1, pp. 313-316.

[52] HUALDE MANSO, T.: "Dos instituciones del Derecho de sucesiones *(navarro)*: la legítima foral y el testamento de hermandad" en BERCOVITZ y MARTÍNEZ SIMANCAS (directs): *Derechos civiles de España,* Vol. VII, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 4386.

[53] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público y sucesiones (I)", *cit*., p. 10. Aunque, advierten los autores, "toda enumeración positiva de supuestos de intervención del orden público es peligrosa, pues el orden público, de carácter flexible, elástico, se resiste a ser apresado, no se presta a ser encerrado en una lista", p. 13.

[54] BOUZA VIDAL, N. y QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Codificación del Derecho internacional privado. Italia", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1997 (1), p. 156.

[55] LENZI, R.: "Prime osservazioni sulla legge 218 del 31 maggio 1995", *Rivista del Notariato*, num. XLIX, 1995, p. 1137.

[56] CLERICI, R.: "Articolo 46" en CLERICI, R. et al: "La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, num. 31, 1995, p. 1133.

[57] POCAR, F.: *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, *op. cit.*, p. 53. Este autor se refiere en concreto al Convenio de La Haya de 1989 sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte y a la Ley suiza de Derecho internacional privado de 1987.

[58] (1) La declaración debe ser expresa, debiendo constar además en forma testamentaria. Con ello la ley no exige necesariamente que se deba formular en un testamento, sino que sería suficiente con una declaración que, redactada en forma testamentaria, se limite a precisar la voluntad de la persona interesada de que su propia sucesión se rija por la ley del lugar de su residencia, lo que puede darse también en una sucesión intestada. MENGOZZI, P.: *La riforma del diritto internazionale privato italiano*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2 ed., 1997, p. 163, nota al pie 34 y BALLARINO, T.: "Personnes, familles, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien", *Revue Critique de Droit International Privé*, 1996-1, p. 36.

(2) En segundo lugar, el causante debe vincular toda la herencia a una única ley, en una exigencia que persigue asegurar el respeto del principio de unidad de la sucesión, inspirador del modelo.

(3) En tercer lugar, se restringe la elección a la ley del Estado de la residencia, dejando sin efecto la elección si en el momento de la muerte el causante no residía ya en ese Estado. El causante no podrá elegir la legislación de cualquier Estado, sino únicamente la delimitada por la conexión residencia, que queda como la única alternativa al criterio de la nacionalidad contenido en la regla general. En otras palabras, el legislador italiano ha restringido la autonomía de la voluntad a la localización de la sucesión en una

de las dos legislaciones que ha considerado que se podrían vincular estrechamente con la concreta situación: la ley de la nacionalidad o la de la residencia habitual, caso de residir el *de cuius* en el extranjero en el momento del fallecimiento.

[59] LENZI, R.: "Prime osservazioni...", *cit.*, p. 1138.

[60] DAMASCELLI, D.: "La legge applicabile alla successione per causa di morte secondo il diritto internazionale privato italiano", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2003, pp. 89-90.

[61] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público y sucesiones (I)", *cit*., p. 34.

[62] *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1986, pp. 341.

[63] *Rivista del notariato*, num. 51, 1997, pp. 935 y ss.

[64] BELLAGAMBA, G. y CARITI, G.: *Il sistema di Diritto internazionale privato, rassegna della giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 162.

[65] CORSI, A.: "La successione del francese in italia", *Rivista del notariato*, num. 45, 1991, pp. 94-95.

[66] *Ibidem*.

[67] *Ibidem*.

[68] CAPOTORTI, F. et al.: *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale e processuale, Repertorio 1967-1990*, De Donato editore, Bari, 1967, pp. 1557-1558 y MENGOZZI, P.: *Atti normativi e Giurisprudenza in materia di Diritto Internazionale Privato*, CLUEB, Bolonia, 1994, pp. 224 y ss.

[69] CAPOTORTI, F., CONFORTI, B., FERRARI, L., y STARACE, V.: *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale e processuale, Repertorio 1942-1966*, De Donato editore, Bari, 1967.

[70] Como indicaba la propia Ley en su artículo 64, debía hacerlo "(...) *seis meses después de su publicación en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela*": el 6 de agosto de 1998. "La nuova Legge di Diritto internazionale privato venezuelana", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, num. 35, 1999, p. 160.

[71] AUDIT, B.: *Droit International Privé*, Economica, Paris, 3 ed., 2000, p. 754.

[72] DROZ, A. L.: "Note à la decisión de la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence de 9 mars 1982", *Revue Critique de Droit International Privé*, n. 77, 1983, p. 295.

[73] REVILLARD, M.: *Droit international privé et pratique notariale*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 2001, pp. 277-278.

[74] DROZ, A. L.: "Note à la decisión de la *Cour d'Appel d'Aix-en-Provence* de 9 mars 1982", *cit.*, p. 295.

[75] Aplica esta institución, entre otras muchas, la sentencia de la *Cour de Cassation* de 3 de junio de 1997. *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambres civiles,* 1997 (1), nº 180*,* p. 121.

[76] Moniteur Belge de 27 de julio de 2004.

[77] BOUZA VIDAL, N.: "Codificación del Derecho internacional privado. Bélgica", *Revista Jurídica de Catalunya,* núm. 1 de 2006, p. 178.

[78] Traducción de la autora.

[79] BARNICH, L.: "Les successions immobilières ab intestat et testamentaires" en *Relations familiales internationales*, Conseil Régional Francophone de la Fédération Royale des Notaires de Belgique, 1993, p. 330.

[80] FIORINI, A.: "The Codification of Private International Law: the Belgian Experience", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, Part 2, April 2005, p. 518.

[81] Traducción de la autora.

[82] Artículo 912 del Código civil belga (derogado): "*Dans le cas de partage d'une succession comprenant des avoirs situés sur le territoire d'un Etat étranger, les cohéritiers non ressortissants de cet Etat prélèveront sur les biens situés en Belgique une portion égale à celle des biens étrangers dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales*".

[83] De hecho, el legislador belga recogió literalmente el texto de la ley francesa, sustituyendo los términos referidos a "Francia" y "los franceses", por "Bélgica y "los belgas". Esta disposición sería posteriormente modificada por Ley de 15 de diciembre de 1980. BOUCKAERT, F.: "Nota a la sentencia del Tribunal de Arlon de 21 de diciembre de 2000", *Revue du Notariat Belge*, mai 2001, p. 328.

[84] BOUCKAERT, F.: "Nota a la sentencia del Tribunal de Arlon de 21 de diciembre de 2000", *cit.*, p. 328. La reciente supresión de esta institución nos permite citar una moderna decisión que la aplicó: la sentencia del Tribunal de Arlon de 21 de diciembre de 2000 (*Revue du Notariat Belge*, mai 2001, pp. 325 y ss.), en la que se falló sobre la sucesión de una persona domiciliada en Bélgica que dejó una viuda (la demandante) y dos hijos nacidos de un matrimonio anterior (los demandados), y en cuyo testamento dispuso tanto de los bienes muebles como de los inmuebles situados en Francia y en Bélgica. La esposa invocó el artículo 912 del Código civil con el fin de recuperar la diferencia entre lo que le había correspondido por expreso deseo del fallecido y lo que consideraba que le correspondía según la legislación belga sobre la parte acordada a favor de los hijos.

[85] ZAMORA CABOT, F. J.: "A propósito del orden público en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1995, p. 1125.

[86] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público y sucesiones (II)", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1985, 15 de marzo de 2005, p. 1141, nota 146.

[87] QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, 2000, p. 59.

[88] BOUZA VIDAL, N. y QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: "Codificación del Derecho internacional privado. Suiza", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1989 (1), p. 209.

[89] Artículo 90.2 LDIP.

[90] OTHENIN-GIRARD, S.: *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, personnes, familles, successions*, Schulthess, Zurich, 1999, pp. 595-600.

[91] DAVÌ, A.: "L'autonomie de la volonté en droit international privé des successios dans la perspective d'une future réglementation européenne", *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, abril-junio 2004, p. 476.

[92] BUCHER, A.: "Les successions en droit international privé suisse", *La semaine judiciare*, num. 27, 1989, p. 462.

[93] VON OVERBECK, A. E. : "Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse", en DESSEMONTET, F. : *Le nouveau droit international privé suisse,* Travaux des journées d'étude organisées par le Centre du droit de l'entreprise les 9 et 10 octobre 1987, à l'Université de Lausanne, Cedidac, Lausanne, 1988, p. 73.

[94] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público y sucesiones (I)", *cit.*, p. 35. Los autores citan a DAVÌ, A.: "L'autonomie de la volonté...", *cit.*, p. 475.

[95] THÉVENOZ, L.: *Trust en Suisse, adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Schulthess, Zurich, 2001, p. 48.

[96] SCHOENBLUM, J. A.: *A Guide to International Estate Planning. Drafting, Compliance and Administration Strategies*, Aba Publishing, Chicago, 2000, p. 70.

[97] KOZUSKO, D. D. y SCHOENBLUM, J. A. (edits): *International Estate Planning, Principles and Strategies*, American Bar Association, Chicago, 1991, p. 71.

[98] STAPPER, E. J.: "Major Transantional Issues (non-tax) in Testamentary Matters, including the Effect of the Hague Convention on Succession to the Estates of Deceased Persons- The US Perspective" en ATHERTON, R. F. (edit): *Papers of the International Academy of Estate and Trust Law- 1997-1999*, Kluwer Law International, New York, 2000, p. 679

[99] HARRIS, J.: *The Hague Trusts Convention, Scope, Application and Preliminary Issues*, Hart Publishig, Portland Oregon, 2002, p. 47.

[100] Para un análisis de la evolución histórica del Derecho internacional privado de sucesiones español anterior en el tiempo, *vid*. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. y al.: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 207 y ss.

[101] *Ibidem*, pp. 215-216.

[102] AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M y AGUILAR GRIEDER, H.: "Orden público y sucesiones (I)", *cit*., p. 28.

[103] *RJ* 1978/1458.

[104] *TOL* 11799.

[105] *TOL* 467616.

[106] *RJ* 1992/8280; *Spanish Yearbook of International Law*, Vol. II, 1992, p. 373; PALAO MORENO, G.: "Determinación de la normativa aplicable a la sucesión de un extranjero. Nota a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 23 de octubre de 1992", *Revista General de Derecho*, 1993, pp. 265-273.

[107] FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho internacional privado*

AGENTES URBANÍSTICOS Y PROPIETARIOS DE SUELO: UN MODELO DESARTICULADO DE RELACIÓN FIDUCIARIA

Angel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN:

Algo debe existir de idiosincrásico en la técnica del agente urbanizador cuando deviene una figura urbanística ferozmente defendida por unos y denostada por otros. Mientras que el Gobierno valenciano hace oídos casi sordos a las denuncias europeas sobre los abusos vinculados a esta técnica, y la refuerza en su reciente ley, el Gobierno de Madrid, conducido por el mismo partido político, cede ante las denuncias de unos escándalos semejantes y se apresta a suprimir de forma vergonzante toda sombra de esta figura en su normativa urbanística. El problema es de diseño. Desde su primera configuración "valenciana" en 1994, el agente urbanizador se ha caracterizado por ser un sujeto que se relaciona sólo con la Administración y se compromete con ésta, pero dispone de las parcelas y dineros de los propietarios, que son quienes le retribuyen. El legislador urbanístico no ha sabido o no ha querido ver nunca que aquí existen problemas derivados de una perversa relación de agencia o ha supuesto, también falsamente, que la garantía de servicio público irreprochable que debe prestar la Administración es algo con lo que los propietarios de parcelas pueden contar como un activo efectivo.

ÍNDICE

1.El dilema y el conflicto

2.El modelo del agente urbanizador

3. Relaciones entre urbanizador y propietario

3.1. ¿A quién se deben deberes fiduciarios?

3.2. ¿Qué incentivos tiene la Administración?

3.3. Información asimétrica

3.4. No son beneficiarios de las garantías

3.5. Influencia difusa en la ejecución y ausencia de pretensiones fiduciarias

3.6. No pueden resolver el convenio

4. Riesgos

4.1. Financiación por terceros con garantías sobre las parcelas

4.2. Anotaciones de embargo

4.3. Incumplimiento, resolución de la concesión y concurso del agente

4.4. Incorporación societaria

5. Bibliografía

1. EL DILEMA Y EL CONFLICTO

El dilema de la figura jurídica del Agente Urbanizador se representa en un tríptico paradójico. Primero, el legislador quiere que los empresarios productores de suelo urbano no consuman sus recursos adquiriendo derechos de propiedad sobre las parcelas urbanizables, sino que lo empleen en crear infraestructuras públicas. En consecuencia, estos agentes no van a ser incentivados para eliminar los inevitables costes de agencia en sus relaciones con los propietarios mediante el expediente de "integrarlos verticalmente", es decir, de comprar las parcelas y devenir ellos gestores y propietarios de la unidad urbanizable. Segundo, a pesar de emplearse en la gestión de cosas ajenas, el agente no es un gestor fiduciario de los intereses de los propietarios, sino un empresario que actúa en su gestión con ánimo de lucro, y este lucro sólo puede ser procurado a costa de detraer la expectativa de ganancia esperable por los propietarios; es decir, por definición las partes se instauran en una posición bilateral con conflicto de intereses. Tercero, el agente debe dar cuenta de su gestión y satisfacer las expectativas de la Administración, que es la que le nombra y con la que espera seguir colaborando en proyectos futuros, y la Administración tiene incentivos propios incompatibles con los de los propietarios.

El conflicto está, pues, servido; y el escándalo también, que alcanza dimensiones comunitarias cuando afecta a europeos residentes en la costa valenciana, que han denunciado cómo sus derechos son lesionados – y la costa levantina convertida en un continuo de ladrillos- por la actuación conjunta de los emprendedores agentes urbanizadores

valencianos y las complacientes administraciones responsables (cfr. Resolución del Parlamento Europeo de 13 diciembre 2005, y nuevamente de 21 junio 2007, cfr. EL PAIS, 22.6.07). Incluso en aquellas CCAA, en las que la gestión por agente empresarial está subordinada a la pasividad de los propietarios, y de una manera u otra (por ejemplo, a efectos de la reparcelación) debe seguir contando con ellos, los propietarios se quejan (y litigan) contra empresas urbanizadoras que se adelantan en sus propuestas sin esperar el transcurso del plazo de iniciativa preferencial de los propietarios. Va de suyo que tales empresas- no improbablemente con intereses económicos en los que algún gestor público puede tener parte- paralizan o intentan paralizar las iniciativas prioritarias. Cuando estas empresas tienen que dirigirse a los propietarios a hacerles sus "ofertas"- que de hecho pueden sacar adelante sin que el propietario las acepte- ya se sabe lo que va a ocurrir: se "hincharán" los costes de urbanización que tendrá que pagar el propietario que se incorpore al sistema, o por cuya asunción tendrá que ser retribuido el urbanizador, y se presentarán simultáneamente ofertas de compras de terrenos por precios que los propietarios denuncian (y casi siempre con razón) muy inferiores al valor de mercado de sus parcelas (para Madrid, cfr. EL PAIS/ PROPIEDADES, 12.11.2004).

Este trabajo no tiene por objeto el estudio del agente urbanizador como institución dentro del sistema jurídico urbanístico. Ya se ha escrito bastante sobre ello, normalmente en términos encomiásticos (cfr. VICENTE DÍAZ, 2003, VÁZQUEZ OTEO, 2005)

Vamos a tomar cuatro ejemplos legislativos. El primero será el modelo valenciano actualizado por la Ley 16/2005 [DOGV 31.12, LUV, en adelante], que deroga la justamente célebre e innovadora Ley 6/1994 [DOGV 24.11, LRAU en adelante]. Los rasgos básicos de este modelo actualizado no aportan ninguna novedad sustancial frente al modelo histórico del urbanizador valenciano, aunque, en un intento de reaccionar ante tanta acusación pública, se han refinado y mejorado algunos extremos relativos a la protección de los propietarios frente al urbanizador (cfr. para la LRAU, LUCIANO PAREJO, 1995, p. 108; FERNANDO MODREGO, 2000, p. 25). El segundo modelo es el valenciano clásico de 1994, que ahora pervive importado en el Decreto Legislativo 1/2004 (modificado por Leyes 7 y 12/2005) de Castilla-La Mancha [DOCLM 19.1, en adelante, TRLORTAU]. El tercer ejemplo normativo que usaremos será el de la Ley 9/2001 de Madrid [BOCM 27.7, en adelante LSCM] y el último el del Decreto Legislativo canario 1/2000, [BOCAN 15.5, en adelante TROTCEN], modificado por Ley 4/2006.

Consideramos la ley de Madrid tal como estaba vigente el día 9 de julio de 2007, en el que se presenta a la Asamblea de Madrid un Proyecto de ley de reforma que, entre otras cosas, y sin más explicaciones, suprime la figura del agente urbanizador, y que va a ser votada y aprobada después que se termine este trabajo. Para una ordenación sistemática de los distintos modelos de agente urbanizador en el marco de los sistemas de ejecución urbanística, VÁZQUEZ OTEO, 2005, 280-281, 888 ss. En realidad, el único agente urbanizador que se acomoda al modelo que hemos empezado a describir y que seguiremos desenvolviendo en este trabajo es el valenciano clásico o actualizado. Para que las relaciones de agencia lleguen al máximo grado de tensión posible entre propietarios, el agente urbanizador tiene que estar dotado de dos poderes de decisión decisivos, que no ha de consensuar con los propietarios: el Programa de Actuación y la posibilidad de imponer a los propietarios, incorporados o no al sistema, una reparcelación forzosa.

Lo singular de los modelos histórico y actualizado valencianos es que parten de que la potestad de urbanizar (es decir, realizar las obras de urbanización y hacer disponibles para la edificación solares resultantes de un sistema reparcelatorio) es una reserva pública. Siendo una función pública, su atribución a particulares no se realiza conforme a la regla de desenvolvimiento implícito de los derechos subjetivos de propiedad, sino mediante una técnica concesional. El urbanizador no es el "comisionista" o "agente fiduciario" de los propietarios, sino el concesionario de una empresa pública que posee la doble singularidad de que el ejercicio de esta empresa se realiza sobre suelos de propiedad privada ajena, cuyos titulares no han consentido en la atribución del derecho concesional, y que la remuneración del concesionario es pagada por los propios dueños de las parcelas afectadas, pero está fijada por acuerdo entre el agente y la Administración. Por encima de cualesquiera otros regímenes de ejecución urbanísticas diseñados por las distintas leyes autonómicas, el modelo valenciano es radical en su diseño, como lo fue en la elaboración ideológica que lo precedió (se aconseja la lectura de GARCÍA BELLIDO, 1994). A diferencia de ello, el modelo madrileño y el canario son (eran, en el caso de Madrid) más limitados en sus aspiraciones de partida y en las potestades que corresponden al agente. Pues en estos dos modelos, la ejecución de la urbanización por el agente empresarial no propietario se subordina a que los propietarios de parcelas no se pongan de acuerdo en promover la urbanización y producción de solares mediante un sistema de compensación clásico. En la Comunidad de Madrid, además, la ejecución por medio de agente urbanizador es una modalidad de sistema de compensación.

Algunas aclaraciones suplementarias. En rigor, en todos los modelos se declara que la actividad urbanística constituye una función pública (cfr. art. 2.3 LSCM). Pero sólo en los de raíz valenciana se es consecuente con este postulado. No puede considerarse que la "función" pública es una "reserva de decisión competencial" cuando se establecen y se priorizan sistema de ejecución en los que la iniciativa de los propietarios está asegurada. Sólo puede hablarse de función pública en sentido riguroso si el régimen carece (como en el valenciano o castellano-manchego) de sistemas de ejecución: la ejecución hay que solicitarla a la administración por vía concesional, y no se tienen en cuenta consideraciones relativas a la propiedad del suelo. Una segunda aclaración. Aunque la Exposición de Motivos de la LUV valenciana afirma sin rebozo que, siendo los propietarios quienes costean la intervención del urbanizador, no se puede hablar del Programa de Actuación Integrada como contrato administrativo, esta pretensión carece de fundamento, y se hace con el propósito de despistar las quejas levantadas en el seno de la Comisión Europea contra un sistema concesional que no respeta los principios de publicidad y transparencia de la contratación pública. Lo decisivo de la naturaleza jurídico privada del Programa no es que el urbanizador sea retribuido por los propietarios, sino que éstos hubieran consentido las condiciones de la actuación de éste y le hubieran atribuido la condición de agente. En todos los modelos legales, la adjudicación de la concesión urbanizadora se formaliza por convenio urbanístico, del que no son firmantes ni parte los propietarios de la unidad.

Aunque no me puedo detener en ello ahora, el sorprendente art. 6 a) de la Ley estatal 8/2007 (Suelo) parece haber impuesto el modelo de urbanizador empresarial como un régimen básico de ejecución urbanística. Se trata de un exceso incomprensible, pues hay CCAA que no conocen ni piensan implantar obligatoriamente ningún sistema de ejecución individual profesional, a cargo de sujeto que no sea propietario.

2. EL MODELO DEL AGENTE URBANIZADOR

En apretada síntesis, el modelo funciona de la siguiente manera. Un promotor empresarial, no necesariamente propietario de parcelas en la unidad de actuación, promueve un instrumento de planeamiento (Programa de Actualización) o un Plan de Sectorización o una Iniciativa de Urbanización, para el desarrollo de una determinada unidad de actuación, que puede haber venido determinada en el propio Programa [cfr. art. 117.1 a) LUV], igual que puede aprobarse el Programa simultáneamente con el instrumento de ordenación que está llamado a ejecutar (en la terminología tradicional, un Plan parcial, básí-

camente). Esta iniciativa deberá contener al menos una estimación económica (más o menos detallada) de los costes de urbanización presupuestados, que serán repercutibles a los propietarios, del coste de los proyectos, de los gastos de gestión del urbanizador; una proposición del beneficio industrial obtenible por el promotor o agente, que normalmente se limita por ley al 10% de los costes del Programa o Proyecto; una oferta (pero que se contiene en el programa presentado a la Administración) hecha a los propietarios, en los que se les ofrece la opción de vender sus terrenos al urbanizador por un precio determinado o de incorporarse al proceso urbanizador, mediante aportación de suelo (exclusivamente) o asumiendo también todo o parte de los gastos de urbanización.

El art. 118 TROTCEN ilustra gráficamente las opciones que tiene el urbanizador cuando el propietario no vende su parcela o no se incorpora al sistema. El agente puede, con el necesario auxilio de las potestades administrativas, "levantar un acta", que se inscribe en el Registro de la Propiedad, y que sirve al agente para ocupar los terrenos afectados y actuar como fiduciario para la enajenación de las parcelas. En segundo lugar, puede fundar una entidad urbanística de tenencia de bienes en forma de sociedad mercantil, en la que todos los propietarios no incorporados aún al sistema "deberán suscribir el capital social de la entidad mediante la aportación de los terrenos y bienes de que sean titulares". Puede, en tercer lugar, expropiar la parcela, pagando un justiprecio que, conforme resulta ahora del art. 22 de la Ley estatal 8/2007, no incorporará ninguna expectativa urbanística, si de hecho el suelo no está urbanizado, cualquiera fuere la calificación urbanística que conforme a la normativa autonómica corresponda a dicho suelo. Repárese en la injuriosa situación resultante: el urbanizador es beneficiario de la expropiación, y ha pagado por ella un precio de suelo rústico puro, habiéndose embolsado como un enriquecimiento sin causa la diferencia de valor- que será mucha- entre este precio a rústico y la resultante de restar del valor final del mercado los gastos de urbanización que como propietario de esa parcela correspondan ahora al urbanizador. Compárese con lo dispuesto en el art. 26.1 de esta Ley: para valorar respectivamente las aportaciones que hacen los propietarios y ponderarlas con las aportaciones que hace por su parte el promotor, el suelo se tasará "por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación".

El programa contendrá una oferta de "compromisos" que el promotor asume "voluntariamente" frente a la propia Administración actuante. Como estos compromisos se reflejarán ulteriormente en un

convenio urbanístico (que es la fase final del proceso de selección y nombramiento del urbanizador), y éstos no están limitados "al alza", es previsible- y así ocurre todos los días- que la Administración "seleccione" el programa – o "exija" al promotor, para dar su aprobación- que destaque por la asunción de compromisos más generosos que los que serían debidos si se urbanizara por un sistema colectivo de equidistribución cuya aprobación no dependiera de la discrecionalidad pública. Normalmente se prevé por la ley la posibilidad de presentar alternativas a la propuesta inicial, y es normal igualmente que "en igualdad de condiciones" (que define la propia Administración) se deba preferir la iniciativa en la que participen propietarios de la unidad, o un número mayor de propietarios de la unidad

En la práctica, tales alternativas nunca se presentan. Los plazos perentorios y la enorme asimetría de información que padecen los eventuales segundos licitadores, más los costes de gestión de un acuerdo cooperativo si la propuesta alternativa la presenta una entidad urbanística formada por propietarios [que sería obligatoria, si quieren competir con el promotor outsider: art. 110.5 e) TRLORTAU], hacen imposible que una segunda opción pueda ser considerada.

El agente asumirá por sí o por medio de un empresario (necesariamente será así en el modelo actual valenciano), que contratará él, la realización de las obras de urbanización. Si el Programa propone que el urbanizador sea retribuido mediante la cesión de solares edificables, que tendrán que entregar los propietarios (a añadir a la cesión gratuita de suelo rotacional público y al del 10% del aprovechamiento del sector), el Programa deberá (pero sólo en el modelo valenciano actualizado) especificar el coeficiente de canje entre este suelo y las cargas de urbanización que asume, así como el precio del suelo, al que se descontarán de las cargas de urbanización los terrenos de aquellos propietarios que retribuyen con suelo al urbanizador.

Aunque la ley prevé que cada propietario puede negarse a retribuir al urbanizador con suelo, y pagar en dinero, una decisión individual no es practicable en términos reales. Tampoco es esta cuestión excesivamente problemática, pues las leyes ponen tales problemas y exigen tales requisitos al propietario (cfr. art. 167 LSU) que desea pagar en dinero, que en la práctica resulta inimaginable que el urbanizador no reciba suelo edificable como retribución. Téngase además presente que en España el coste del urbanizar alcanza 36 euros por metro cuadrado de suelo bruto; si el índice de edificabilidad se fija, como es normal, en 0,38 metros cuadrados de techo por metro cuadrado de suelo, la reper-

cusión de la urbanización sobre el metro cuadrado edificado es de casi 100 euros (MARTÍ FERRER, 2005, 1691). El propietario no empresarial no podrá costear estas cargas, por lo que acabará vendiendo al agente o aceptando que éste se lleve terrenos edificables.

Todo Programa o Iniciativa Urbanizadora deberá contener un compromiso de garantías del resultado del proyecto. Las garantías se prestan ante la Administración, y pueden oscilar entre un 10 y un 20% de los gastos presupuestados de la urbanización. La garantía se presta conforme a las reglas previstas en la normativa de contratación pública.

3. RELACIONES ENTRE URBANIZADOR Y PROPIETARIO

3.1. ¿A quién se deben deberes fiduciarios?

El agente está habilitado por la Administración, con quien contrata, y le nombra, para el desarrollo de la ejecución urbanística de la unidad de actuación. Cierto que puede haber llegado, o llegar en el futuro, a un acuerdo con los propietarios afectados (cfr. art. 161.2 LUV). Pero ni ese acuerdo es necesario ni es el que determina su función. Ni el Programa de Actuación ni el Convenio Urbanístico (de adjudicación del programa) son contratos a favor de terceros, ni son contratos (públicos) con eficacia protectora de terceros. Al menos en los modelos radicales de agente urbanístico, la función que se desempeña, la competencia material que se desarrolla por el agente, no es contenido del derecho de propiedad ni propiamente una incumbencia de los propietarios. Estos son sujetos pasivos del deber de costear la urbanización, y sólo de modo indirecto, pues la aprobación y adjudicación de la condición de agente comporta que éste asume frente a la Administración el resultado de urbanización como una obligación "en calidad de promotor conforme al convenio urbanístico" (Madrid). La mediación del agente comporta que éste asume contractualmente la carga, y los propietarios son sujetos reflejos de la misma, en cuanto se les puede imponer por el agente determinada medida ejecutiva de repercusión [arts. 119.1 LUV, 118.1 a) y 118.3 c) TRLORTAU]. Las obligaciones del agente frente a los propietarios no provienen del Programa ni del Convenio Urbanístico (ni cuyo cumplimiento ni cuya resolución pueden demandar los propietarios), sino, en su caso, de las "ofertas" de compra que en uno u otro se contengan [cfr. art. 117 a) TROTCEN]. Las propuestas de relación con los propietarios tienen que contenerse en el Programa, y éstos sólo tienen derecho a que estén lo suficientemente determinadas como para "conocer las consecuencias económicas que comporta para ellos la propuesta" [art. 127.1 a) LUV].

En palabras de MARTÍN BASSOLS (2002, p. 37): "relaciones obligatorias heterónomas derivadas de un acto administrativo, asimilándose a contratos o convenios forzosos con el agente urbanizador, que no sólo dispone de poderes exorbitantes, sino que puede imponer o condicionar a los propietarios afectados que prácticamente desde el momento que toma estado la tramitación del programa se transforman en unos simples terceros que se ven emplazados a colaborar pasivamente o a cualificar su posición en la ejecución aceptando convenios o pactos con el urbanizador impuestos en interés de este último".

La ideológica (igual que la de 1994) Exposición de Motivos de la LUV valenciana declara: Así se concreta el cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria. Estas obligaciones de los propietarios y los correlativos derechos de la administración no se ven alterados por la intervención del agente urbanizador que es un mero gestor que, por medio de la redacción de los instrumentos de planeamiento y gestión urbanística, facilita tanto el cumplimiento de las obligaciones de los propietarios de suelo como la participación de la administración actuante en las plusvalías generadas por la acción urbanística, asegurando la obtención de suelo público debidamente urbanizado y haciendo efectivo el cumplimiento del principio rector de la política social y económica establecido en el artículo 47 de la Constitución Española. En todo caso, quien costea la intervención del urbanizador son los propietarios de suelo y no la administración, lo que impide configurar el Programa de actuación integrada como contrato administrativo típico. Es evidente que el agente no es un "gestor" de los intereses de los propietarios. Ni ha sido nombrado por éstos, ni tiene que dar cuentas a éstos, ni está sujeto al deber de maximizar los beneficios de éstos, ni está vinculado por sus instrucciones, ni es un mero agente de una cosa o asunto ajeno, ni puede ser revocado su cargo. No está sujeto a subordinar sus intereses a los de los propietarios en caso de conflicto. Con más realismo, el art. 119 LUV denomina al urbanizador como "el agente público" responsable del desarrollo y ejecución de las actuaciones urbanísticas. Más correctamente aún, el art. 117.1 TRLORTAU: "el agente responsable de ejecutar la correspondiente actuación urbanizadora por cuenta de la Administración y según el convenio estipulado".

No es frente a los propietarios frente a quien se expone el urbanizador a sufrir consecuencias económicas por el incumplimiento del Programa. En caso de resolución del Programa por incumplimiento, el urbanizador "adeudará a la Administración actuante" el "valor de las retribuciones ya percibidas" (¡que han sido pagadas por los propietarios,

no por la Administración!), y los intereses de esta cantidad, según el art. 118.5 TRLORTAU.

3.2. ¿Qué incentivos tiene la Administración?

Nuestro Derecho público postconstitucional, un Derecho público de las administraciones "prestadores de servicios de estado del bienestar", ha sufrido constantemente del infantilismo de haber sido producido por juristas que no han estudiado o prestado atención a los incentivos y desincentivos de las conductas humanas. Un Derecho público construido sobre la suposición de que las organizaciones construidas por seres humanos pueden actuar bajo el estímulo de perseguir intereses abstractos.

Como organización, la respuesta clásica a la pregunta de qué es lo que maximiza una agencia pública es siempre su propio tamaño, y su fortaleza presupuestaria, aunque ello conlleve ofrecer servicios públicos (outputs urbanísticos) en cantidad superior a la que los individuos comprarían a precio de mercado (CORONA, 1987, p. 94-101; COOTER, 2000, p. 152). Esencialmente, todos los burócratas en cualquier sitio tienden a maximizar sus presupuestos en forma de producción excedentaria de outputs. La satisfacción del impulso de sobredimensionar su propio presupuesto concurre especialmente en los funcionarios de elevado rango, cuando se dan las circunstancias siguientes: La decisión final sobre la asignación de fondos se hace en el nivel alto y de manera discrecional; los receptores de contratos o bienes públicos tienen que ser relativamente pocos y fuertes y deben ser capaces de organizar un flowback de beneficios respectivos en favor de los agentes que ejercen la labor de promoción de los intereses de éstos (DUNLEAVY, 1991, p. 154, 161, 193-4).

La Administración siempre preferirá al agente, porque con éste se garantiza una transferencia de fondos para políticas públicas, mientras que la defensa abstracta de los propietarios sólo contribuye a una justicia conmutativa sin resultados externos, que para una Administración pública captadora de votos populares carece de interés. Como maximizadora de su propio presupuesto, la Administración está abocada a mantener relaciones de clientela mutuamente beneficiosas con quien puede proveer fondos. Por su parte, el agente es un jugador repetitivo, y se generan ventajas mutuas de una relación continuada. Por el contrario, el propietario de suelo no sólo no puede transferir incrementos presupuestarios a la Administración, sino que su condición aislada y coyuntural impide que pueda adquirir para el futuro poder negociador.

Por eso, la Administración no es, ni aunque estuviera dispuesto a ello el máximo responsable de la agencia pública (que de hecho no es el que acaba imponiendo la conducta continuada de la agencia), una efectiva contraparte del urbanizador. No tiene medios, tiempo, recursos ni ganas, de ejercer un control sobre el modo en que el urbanizador desarrolla su actividad de agencia, mientras éste le retribuya con los compromisos prometidos. Sería preciso que la ley creara una contraparte efectiva al urbanizador. Y esta contraparte contractual sólo podrían ser los propietarios, que pueden internalizar perfectamente los costes de la vigilancia y pueden imponer al urbanizador una presión efectiva en el cometido de sus labores de agencia.

La simple justicia conmutativa (la única justifica civil y la única que al final puede acaso salvarse de acabar prostituida) es inobservable socialmente y no produce impresiones externas que puedan ser decisivas en la motivación del voto futuro de la ciudadanía. El público aprecia más una obra pública que provea la satisfacción gratuita de apetencias o diversiones populares que la justicia en la defensa de derechos individuales, y las administraciones tienen que legitimarse cada cierto tiempo mediante los votos, por lo que no podrían internalizar en votos los costes de hacer justicia con los recursos públicos. Hacer justicia no da votos. La Administración tiene incentivos a distribuir riquezas o, cuando menos, a crear nuevas fuentes de rentas y ventajas colectivas para los ciudadanos, a ser "eficaz" en la creación de outputs, sin por ello tener que emplearse "eficientemente" en la dispensación y consumo de medios y factores conducentes a aquella producción. Tal es así que ya constituye opinión común – lo que me parece peligroso para el orden social- que la Administración no queda legitimada ni justificada por la simple dispensación de reglas a través de un procedimiento reglado [expediente sin el cual no puede realizarse nunca la justicia conmutativa], sino que tiene que producir resultados externos por los que se evaluará ex post el ejercicio de la competencia (PONCE, 2001, p. 439).

"La Administración sirve con objetividad los intereses generales", reza el art. 103 de la Constitución. Pero la Administración es persona moral, y no puede tener objetivos propios distintos de los sujetos que la componen. Quienes trabajan en la Administración no pueden estar determinados a obrar "diariamente" por motivos abstractos y tienen que tener incentivos propios, es decir, perspectivas de internalización de los efectos positivos de su conducta, distintos de la remuneración, que es inmune a los resultados. Tampoco pueden sentir los agentes que están constreñidos por deberes fiduciarios. La colectividad como tal, los intereses colectivos, el bien común, no es una referencia suficien-

temente intensa como para neutralizar los costes de agencia. No hay dueños del "negocio" administrativo. Y no los hay tampoco en el sentido de que no hay un tercero, distinto del agente, a cuya conducta racional pudiéramos tornarnos para adivinar cuáles son los incentivos de la acción. Todavía la regla "La Administración está sometida a la ley y al derecho" puede tener alguna eficacia limitadora de estrategias cuando se trata de una Administración dispensadora de procedimientos, pero no cuando es procuradora de outputs socialmente perceptibles, en los cuales es irrelevante la correcta dispensación de la regla del Derecho. La justificación de la conducta en tal caso deviene pragmática, a fuerza de la necesidad de ser visible; y por pragmática, brutal y corrupta: Oportet facta, non iura, decidere.

No sólo puede la Administración en estos casos decidir con discrecionalidad cuáles son sus fines (discrecionalidad planificadora). Puede operar con casi absoluta discrecionalidad técnica al evaluar las propuestas y solicitudes y puede casi irrestrictamente operar con igual discrecionalidad de gestión, en el control, supervisión y encauzamiento de la actuación del urbanizador (cfr. un análisis de diversas aplicaciones de la discrecionalidad administrativa en PONCE, 2001, p. 72-73). Un control a posteriori por los propietarios en sede de tutela judicial contencioso administrativa será seguramente improsperable.

El contencioso administrativo en materias relativas a gestión urbanística está además expuesto a tal periculum in mora que, cuando la sentencia firme se dicte al cabo de los años, nada se podrá hacer para que se realice eficazmente la pretensión atendida. La Junta de Compensación o el urbanizador habrán dejado de existir, al menos de hecho. El Ayuntamiento no quiere saber nada, y te reenvía a un nuevo juicio contencioso administrativo a que defiendas tu nueva pretensión. Las parcelas serán solares, y éstos estarán edificados y ocupados por terceros. Incluso si la sentencia reconoce que la pretensión del propietario litigante es un gasto de urbanización que tenía que haber sido atendido en el procedimiento de equidistribución, nadie habrá que lo pague ahora.

Ninguna de las partes del Contrato-Convenio-Programa internaliza los costes de sus decisiones maximizadoras de beneficio / presupuesto. Tienen incentivos cooperativos, pues entre ellos no existe juego de suma cero, y obtienen ventajas de una conducta colaboradora.

De hecho, ninguna de las leyes estudiadas impone un límite a lo que el agente pueda comprometerse frente a la Administración, pero a

costa de los propietarios, que asumirán estos compromisos como cargas. A esta oferta "excedentaria" – que el agente prometerá sin duda, si quiere ser adjudicatario del programa, y sabiendo que pagará con dinero ajeno- se la llama eufemísticamente "otras contraprestaciones que asume libremente el promotor a fin de aumentar la participación de la comunidad en las plusvalías del desarrollo urbanístico".

Reza el art. 45.4 d) LSCM; también, respecto de los costes de urbanización, art. 97.2 k) y art. 109.1.2º: el autor de la iniciativa urbanizadora deberá presentar un cuaderno de compromisos asumidos voluntariamente [este mismo eufemismo en art. 117 a) TROTCEN], que podrán ser, sin límite, aportaciones al patrimonio municipal del suelo, o destinar solares resultantes a fines de utilidad pública. En alguna legislación [cfr. art. 119.1 TRLORTAU] el agente no tiene más remedio que comprometerse a promover viviendas sociales u otros fines de interés social si quiere ser remunerado en terrenos a pesar de la oposición de los propietarios. Se afirma con conocimiento de causa que este "bocado" está llegando en los Convenios Urbanísticos hasta el 50% de las plusvalías esperadas, frente al 10% atribuido por la ley (BARDAJI, 2005, 1601-1602). En su genialidad ideologizante, la LUV establece en el art. 124.2 que el urbanizador puede incluir en el Programa "otros objetivos complementarios, cuyo coste sea asumido por el urbanizador sin repercutirlo a los propietarios", tales como la realización de obras de especial interés social o la instalación de instalaciones recreativas o deportivas privadas u obras públicas. Pero aunque no se cobraran a los propietarios (que se cobrarán, sin duda), es claro que se computarán como gasto total sobre el que calcular el margen de beneficio comercial del urbanizador. Con lo que indirectamente es sufragado por los propietarios. Lo mismo ocurre con la "oferta voluntaria" de dotar suelo para viviendas protegidas: como el precio de estas viviendas no remunera el coste de producirlas, serán los propietarios de suelo y los futuros adquirentes quienes tendrán que subvencionar la producción de este suelo. Afortunadamente, el art. 16.3 de la reciente Ley estatal 8/2007 (Suelo) ha querido atajar el problema, prohibiendo que los convenios urbanísticos establezcan obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas en daño de los propietarios que las que procedan legalmente. Sospecho que la norma no tendrá eficacia alguna.

En este estado de cosas, la Administración tiene como único incentivo – incluso diríamos, como único legítimo incentivo- el crecimiento propio (engrosar patrimonios municipales del suelo, financiar sus políticas) o la prestación de servicios urbanísticos a la comunidad. Pero es imposible que tenga, e incluso no es seguro que fuera legítimo

que tuviera, el incentivo de defender los derechos subjetivos privados de los propietarios. En ninguna ley se dice tal cosa. La Administración promueve intereses generales urbanísticos- es decir, pretende el aumento ilimitado de equipamientos urbanísticos colectivos- pero no tiene encomendada la tarea de defender los intereses de los propietarios. La Administración debe respetar los derechos de propiedad privada, pero no promover su maximización. Y esto es así en abstracto y con la aprobación del Programa o del Convenio urbanístico con el agente. Tampoco la Administración se convierte por ello en agente con funciones fiduciarias de los propietarios sometidos a los efectos de la urbanización. A la Administración actuante le corresponde "la dirección, supervisión y control" de la actividad del agente, según se lee en todas las leyes, pero no responde del cumplimiento de deberes de promover intereses singulares.

3.3. Información asimétrica

En el ejercicio de su derecho constitucional de audiencia y petición, los propietarios podrán hacer todas las sugerencias que se les antojen al Programa presentado por un promotor privado. El Programa mismo está sujeto (esto se acentúa en el nuevo modelo valenciano) a unos estándares de claridad y congruencia informativa que permitan a la Administración y a los propietarios conocer y calibrar el contenido real de la propuesta económica hecha por el urbanizador. Propuesta que se reduce básicamente a saber cuáles son los gastos de urbanización que el urbanizador pretende cobrar a los propietarios o por los que exigirá que éstos le paguen en terrenos edificables. Es evidente (la experiencia de abusos diarios lo demuestra) que el promotor agente tiene un incentivo muy poderoso a elevar real o fingidamente los costes de urbanización. De hecho, cuanto más altos sean, mayores serán las posibilidades de que la Administración (beneficiaria directa del suplemento de oferta) apruebe el programa. Los incentivos de ésta y del agente están perfectamente alineados.

Pero no, lógicamente, los incentivos de los propietarios. Mas difícilmente éstos estarán en condiciones de poder defender sus derechos. Ni tan siquiera de conocer la verdad de lo que se les presenta, dados los altísimos costes de averiguación de las magnitudes económicas presentes en proyectos de esta clase. Como ni la Administración ni los propietarios están en condiciones de contrastar ni de rebatir la oferta económica hecha por el agente, y como éste no es retribuido por los propietarios en proporción o porcentaje a los outputs económicos que éstos progresivamente se apropian, se genera la clásica situación de asimetría

informativa, riesgo moral y gestión incontrolada de los poderes de agencia (MILGROM / ROBERTS, 1993, p. 201, 220). El propietario será finalmente expropiado sin justiprecio de la rentabilidad esperada del dominio.

3.4. No son beneficiarios de las garantías

Los Programas han de determinar "las garantías de su cumplimiento" [por ejemplo, art. 117.1 e) LUV]. Pero los propietarios no son los destinatarios de tales garantías. Ni los avales personales ni las cauciones en dinero ni los derechos de garantía real tienen como beneficiarios a los propietarios. Estos no pueden demandar el cumplimiento de las garantías, que se someten a la legislación de contratos públicos [cfr. art. 140 LUV]. No tienen una pretensión propia respecto de la cancelación de tales garantías, ni se requiere su consentimiento (o una resolución judicial) para que la Administración acuerde con el agente la cancelación cuando se realicen en plazo "cada una de las obras que sean objeto de la correspondiente obligación garantizada" [art. 118.4 c) TRLORTAU].

Es muy elocuente el alambicado lenguaje (que promete la máxima inefectividad cuando aparezca el conflicto) con el que se pronuncia la norma del modelo valenciano antiguo, que hoy se refleja en el art. 118.4 TRLORTAU: "Con el objeto de garantizar el cumplimiento de las previsiones del Programa de Actuación Urbanizadora, el urbanizador, para percibir del propietario sus retribuciones, ha de ir asegurando, ante la Administración actuante, su obligación específica de convertir en solar las parcelas de quienes deban retribuirle, mediante garantías" que se irán constituyendo al aprobarse la reparcelación forzosa o expediente de gestión urbanística en cuya virtud se adjudiquen el urbanizador terrenos en concepto de retribución, y, en todo caso, antes de la liquidación definitiva de la cuota de urbanización.

Pero es evidente que son los propietarios, y no el difuso interés publico, el que saldrá seriamente dañado cuando el urbanizador incumpla los compromisos asegurados por estas garantías. El propietario puede haber pagado ya cuotas de urbanización, que se revelarán como inútiles, o entregado de modo no recuperable la propiedad de sus parcelas. Para tales eventos, la ley [por ejemplo, art. 143.4 c) LUV] establece que la Administración podrá imponer la devolución de las cantidades cobradas a los propietarios, y no aplicadas a su destino, y la "compensación que sea pertinente con cargo a la ejecución de las garantías prestadas por el antiguo urbanizador, cuando ésta proceda". ¿Pero cómo

se garantiza que el (insolvente) urbanizador devolverá las cantidades cobradas? ¿Responde la Administración como fiadora de esta obligación? ¿Y cuándo "procede" compensar a los propietarios con las garantías prestadas a favor de la Administración? Ni existe un procedimiento reglamentario que permita aplicar fondos públicos a la satisfacción de créditos privados impagados por terceros, ni se afirma en sitio alguno que la Administración detenta estos dineros con carácter de fiduciaria a favor de los propietarios, ni se deja de adivinar por nadie qué compleja, larga y frustrante sería la pretensión de un particular de liquidar su daño interprivado en el seno de un procedimiento administrativo contradictorio, con el agravante añadido de que casi con seguridad la propia Administración también querrá aplicar esas garantías a los propios y difusos daños colectivos producidos por la quiebra del proyecto urbanizador. Por lo demás, el montante de las garantías no se calculó en función del riesgo temido por los propietarios, sino como una porcentual de los gastos de urbanización estimados.

3.5. Influencia difusa en la ejecución y ausencia de pretensiones fiduciarias

Si no son parte del Programa o Convenio urbanístico, ni terceros beneficiarios de las obligaciones contenidas en aquéllos, ¿qué papel activo pueden adoptar los propietarios en defensa de sus derechos? Pero aquí la legislación se deshace en un mar de ambigüedades vacías de valor jurídico. Los propietarios tienen frente al agente una pretensión a que éste actúe con buena fe y transparencia (art. 161.1 LUV). Pero esto es mucho menos que atribuir una pretensión cuyo contenido fuese crear en el agente un deber de cuidado específico de los intereses de los propietarios. El deber de cuidado con que debe operar el agente no es específico de una relación obligacional, sino el estándar puramente externo de un "buen empresario" [arts. 165.2 LUV y 118.8 TRLORTAU], que no es un estándar de conducta, pues no obliga a nada, sino a proceder in rem suam de forma que obtenga todo el lucro que razonablemente le pueda producir la empresa. Nada más se le puede pedir a un "buen empresario", al que no se le exige que sea además un "ordenado administrador" de intereses ajenos. Por eso, la "responsabilidad" del agente por los daños causados a los propietarios por la "falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones" [arts. 163.3 LUV y 118.7 TRLORTAU] debe relativizarse doblemente. De un lado, porque el estándar de diligencia que se exige no es el de ordenado administrador, sino el de razonable gestor de intereses propios ("buen empresario"). De otro, porque al no existir entre el urbanizador y los propietarios relación obligacional de origen legal o negocial, no pueden existir más obligacio-

nes incumplibles que la recursiva obligación de no dañar a otro, que, como puede apreciarse, convierte en circular el mismo estándar de diligencia.

El derecho de los propietarios está definido como el simple derecho genérico uti cives de acceso a la documentación, recibir información, "someter a consideración de la Administración actuante sugerencias y enmiendas" [arts. 165.1 LUV y 118.8 TRLORTAU]. Incluso la información escrita detallada que debe entregarse por el urbanizador a los propietarios antes de la reparcelación (art. 166.1 LUV) no es conducente a ningún fin, pues el incremento o mejora de la información disponible por los propietarios no puede ser aprovechada en ningún foro en el que puedan discutirse las propuestas y las conductas del urbanizador. Ni pueden los propietarios pedir una nulidad (¿civil, administrativa?) de las resoluciones tomadas por el urbanizador con infracción del deber de información, ni seguramente disponen de una pretensión específica de responsabilidad distinta de la que pueda articularse sobre la base del art. 1902 CC, y con las restricciones ya advertidas de que el estándar de diligencia exigible en el urbanizador no puede integrarse con un deber de cuidado específico de los intereses de los propietarios, a los que el agente no está vinculado fiduciariamente.

3.6. No pueden resolver el convenio

Como ni el Programa ni el Convenio administrativo son contratos intersubjetivos, y como los propietarios no son acreedores de las prestaciones comprometidas en el Programa, es la Administración la que puede resolver la adjudicación en caso de demora injustificada, de incapacidad legal sobrevenida, de comisión de infracciones urbanísticas, y una larga lista de causas que pueden leerse por ejemplo en el art. 143.2 LUV, ninguna de las cuales tiene que ver con la tutela directa de los derechos o expectativas de los propietarios.

4. RIESGOS

Bajo la perspectiva optimista de que todo el entramado acabará sirviendo para que los propietarios queden suficientemente retribuidos en la lotería urbanística, y de que aquí no hay más que encauzar y limitar la segura ganancia de todos, los modelos legales olvidan el postulado fundamental de que en todo tráfico interprivado, y más cuando las partes no han podido internalizar sus expectativas y sus garantías por contrato, la labor del regulador es prever y asignar los riesgos de la operación entre las partes. Pero los modelos legales urbanísticos no pueden

hacerlo, pues ignoran que las relaciones entre urbanizador y propietario puedan plantearse institucionalmente en un conflicto de intereses y en un juego de suma cero.

4.1. Financiación por terceros con garantías sobre las parcelas

El agente, que normalmente operará con recursos ajenos de financiadores que prestan a medio o largo plazo, deberá garantizar de alguna forma la financiación recibida. Y es lo más natural pensar que esta garantía se prestará sobre los inmuebles en los que opera, y no son suyos, o sólo lo son "fiduciariamente".

No se entiende entonces cómo el urbanizador podrá cumplir con el mandato que le impone el art. 118.4 c) TRLORTAU de garantizar la "obligación específica del urbanizador de convertir en solares" los terrenos de los propietarios mediante la constitución de primera hipoteca sobre los terrenos que le hayan sido adjudicados. En primer lugar, porque esa adjudicación no tendrá lugar hasta que se apruebe el correspondiente expediente de reparcelación. En segundo lugar, porque dichos inmuebles, si existen en su patrimonio, estarán seguramente hipotecados para garantizar a los bancos la financiación prestada al urbanizador. Me resulta difícil imaginar cómo podrá garantizar el urbanizador con hipoteca los derechos de retorno esperados por los propietarios, pues el urbanizador no tiene reconocido en los modelos legales potestades de disposición "fiduciarias" para hipotecar inmuebles ajenos. Respecto de los propios, la única garantía que podrá otorgar es sobre el aprovechamiento urbanístico que le pueda corresponder, si, conforme a lo dispuesto en el art 39.4 del RD 1093/1997 de 4.7 [BOE 23.7], este aprovechamiento se ha inscrito, antes de su concreción en fincas de resultado, como finca independiente. Mas, como digo, en este caso será normal que tal finca virtual se halle ya hipotecada a favor de sus financiadores externos.

4.2. Anotaciones de embargo

Tradicionalmente la incorporación de los propietarios de la unidad al sistema de compensación no comportaba la aportación dominical de sus terrenos en favor de la Junta, sin perjuicio de los "poderes fiduciarios" de ésta – nunca bien delimitados- y de que "los terrenos quedarán afectos directamente al cumplimiento de las obligaciones inherentes al sistema, con anotación en el Registro de la Propiedad" (por ejemplo, art. 114 TROTCEN). En cambio, los modelos de urbanizador empresarial son muy poco expresivos en cuanto al

alcance de los poderes fiduciarios de que estén investidos para tomar decisiones que repercutan o sean soportadas por los bienes propiedad de los terceros.

La norma estelar fue siempre el art. 129.2 de la (hoy vigente supletoriamente) Ley del Suelo de 1976 [RD Legislativo 1346/1976, de 9 de abril, BOE 16 y 17 junio 1976]: salvo que se establezca en las bases de actuación, la Junta no deviene propietaria de las parcelas aportadas al sistema, pero adquiere un dominio fiduciario "con pleno poder de disposición" sobre las fincas pertenecientes a los propietarios, y no sólo sobre las que a la propia Junta se le hayan asignado. El art. 66.2 c) LRAU atribuía al agente la condición de junta de Compensación a los efectos "tributarios y registrales determinados por la legislación estatal". Esta asimilación ha desaparecido del art. 163.1 c) LUV.

Ocasionalmente se dice [así, en el art. 118.2 c) 1) TROTCEN] que el urbanizador dispondrá de poderes fiduciarios sobre los solares pertenecientes a los propietarios que hayan rechazado las ofertas de venta y no hayan querido incorporarse al sistema. Y parece sostenerse –en la culminación de la barbarie jurídica- que la sociedad mercantil eventualmente constituida, y a la que los propietarios deben aportar sus terrenos, será gobernada, con poderes de fiduciario (sic) por la persona del urbanizador, y este poder alcanza a la enajenación de las parcelas propiedad de la sociedad "en los términos prescritos en la legislación mercantil" [art. 118.2 c) 2) TROTCEN].

Según jurisprudencia registral desenvuelta con anterioridad a la eclosión legal del modelo de urbanizador, la nota marginal de iniciación del expediente de equidistribución (arts. 5 RD 1093/1997; antiguos arts. 102 y 169 del RGU [RD 3288/1978, de 25 de agosto, BOE 31 enero y 1 febrero]) servía funciones de tracto sucesivo, de forma que sólo con ella – pero bastando con ella- podían anotarse embargo sobre fincas de los propietarios por deudas contraídas durante la ejecución del sistema (RDGRN 12.1.1984, Ar. 5748). ¿Sigue siendo ello posible cuando el propietario no participa en el sistema? No he encontrado norma alguna – pero puede haberla- que afirme que el urbanizador obliga con sus actos las fincas incorporadas al sistema, y que no le han sido cedidas. Pero en principio debería ser así, si a este agente empresarial se le trasladan en bloque las reglas establecidas históricamente para los sistemas de compensación o cooperación.

4.3. Incumplimiento, resolución de la concesión y concurso del agente

Pensemos en una simple contingencia (que no es la más dramática para los propietarios). La reparcelación se ha consumado, las fincas de resultado son solares edificables, pero el urbanizador no cumple con su deber de escrituración y entrega, acaso porque se ha extinguido, sea insolvente concursado, o simplemente haya desaparecido. Por lo que me consta, sólo el art. 118.2 c) 3) TROTCEN ha reparado en esta posibilidad, para habilitar que la Administración actuante pueda sustituirle en el otorgamiento del título notarial.

El art. 143.4 a) LUV pretende acudir con un pálido remedio a favor del propietario que ha estado pagando los costes de urbanización puntualmente, cuando la adjudicación a favor del urbanizador se resuelve por alguna de las causas previstas en la ley. El acuerdo de resolución podrá declarar la edificabilidad de aquellos solares cuyo propietario haya contribuido "suficientemente" a las cargas de urbanización. A mí me parece que es un propósito imposible, pues, de un lado, puede no existir la urbanización precisa, a pesar de que el propietario haya pagado sus cuotas, y, de otro, no se sabe cuál pueda ser esta parcela, si todavía no se ha concluido la reparcelación y la entrega de una finca de resultado.

4.4. Incorporación societaria

Es una novedad de la legislación autonómica la de haber imaginado la estructura societaria mercantil como una forma de acometer la labor de urbanización y de equidistribución de beneficios y cargas entre los propietarios. Las leyes prevén que el sistema de compensación se desarrolle al margen de la clásica estructura de la Junta de Compensación (que será necesaria cuando los promotores de la ejecución no representen todos los derechos dominicales de la unidad de actuación), "mediante sociedad mercantil constituida al efecto y en cuyo capital participen los propietarios de todos los terrenos afectados por el sistema de ejecución" [arts. 108.2 b) LSCM y 108.1 b) TROTCEN]. Anteriormente ya nos referimos al art. 118 TROTCEN.

Pero existe una diferencia decisiva, en cuanto al riesgo asumido por los propietarios, entre integrarse en una Junta de Compensación y aportar terrenos a una sociedad mercantil. Aunque nunca estuvo del todo claro con la legislación urbanística estatal preconstitucional, parece que la sumisión a la "legitimación fiduciaria" de la Junta se limita a

soportar los actos de ocupación física de la Junta para que ésta realice los correspondientes trabajos de urbanización [art. 108.3 g) LSCM; pero sin tal limitación en el art. 113.2 II TROTCEN: "fiduciarias con pleno poder dispositivo"]. Pero la incorporación a una sociedad comporta la transmisión de la propiedad de todas las fincas, que se aportan como capital social, para recibir a cambio títulos representativos de este capital. Ya es arriesgado hacer esto voluntariamente. Cuanto más si el urbanizador puede "imponer" esta incorporación [¿cómo podrá, por cierto, sustituir el urbanizador la voluntad renuente del propietario, si suponemos que la sociedad se constituye por fundación simultánea o sucesiva mediante declaración ante notario?] En efecto, el propietario devenido socio queda privado del único activo valioso, propio y realizable (su finca). Estos activos pasan a formar parte del patrimonio de la sociedad, y constituyen patrimonio de agresión de los acreedores de ésta, por las deudas que contraiga la sociedad o el urbanizador que la administre; son hipotecables por la sociedad. Si ésta deviene insolvente, los socios serán los últimos en cobrar, y no tendrán acción de tercería para separar sus fincas de la masa del concurso de la sociedad gestora. No está previsto en ninguna de las leyes un derecho de esta clase, ni otra forma de tutela parecida a favor del propietario aportante. Por lo mismo, el propietario pierde la propiedad del único activo que un financiador valoraría como seguro para concederle crédito (¡por ejemplo, el crédito que necesita para ir pagando los cuantiosos gastos de urbanización!); nadie va a dar crédito contra la garantía de un derecho de participación social en una sociedad limitada malamente estructurada, en cuyo poder se encuentran los valiosos activos inmobiliarios, y que ha sido entregada a la gestión libérrima de un urbanizador que sólo tiene que dar cuentas a un Ayuntamiento.

5. BIBLIOGRAFÍA

Enrique BARDAJI ALVAREZ (2005), La transformación urbanística del suelo. Factores que inciden en el incremento de su valor, RCDI 691.

Manuel MARTÍN-BASSOLS COMA (2002), Iniciativa privada y gestión urbanística: sistemas de actuación, agente urbanizador y convenios urbanísticos, RUE 5.

Robert COOTER (2000), The strategic Constitution, Princeton University Press.

Juan Francisco CORONA RAMÓN (1987), Una introducción a la teoría de la decisión pública ("public choice"), Instituto Nacional de Administración Pública.

Patrick DUNLEAVY (1991), Democracy, Bureaucracy and Public Choice, Harvester.

Javier GARCIA-BELLIDO GARCÍA DE DIEGO (1994), Configuración de la propiedad desagregada. Dualidad de derechos en la propiedad inmobiliaria, RDU n. 138-9.

Manuel MARTÍ FERRER (2005), La formación del precio del suelo, RCDI 691.

Paul MILGROM / John ROBERTS (1993), Economía, Organización y Gestión de la Empresa, Ariel.

Fernando MODREGO MONEDERO (2000), Cuarenta meses de aplicación de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valencia, Revista Ciudad y Territorio 123.

Luciano PAREJO ALFONSO (1995), El significado de la Ley valenciana 6/1994, de 15 de noviembre, en la evolución del derecho urbanístico: una nueva articulación de lo público y lo privado, RDU 108.

Juli PONCE SOLÉ (2001), Deber de Buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad, Lex Nova.

Alfonso VÁZQUEZ OTEO (2005), El agente urbanizador. Especial referencia al urbanizador particular no propietario, El Consultor de los Ayuntamientos.

Violeta VICENTE DÍAZ (2003), El procedimiento concurrencial como nuevo modelo de desarrollo de la actividad urbanística, Aranzadi.

LA EJECUCION DEL PLANEAMIENTO URBANISTICO EN LA LEY 2/1998, DE 4 DE JUNIO, DE ORDENACION DEL TERRITORIO Y DE LA ACTIVIDAD URBANISTICA DE CASTILLA LA MANCHA (Real Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de Diciembre -TRLOTAUC-M -).- LA GESTION DIRECTA.

Antonio López Abarca
Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Talavera de la Reina

ÍNDICE:

I.- Introducción. 1.1.- El urbanismo como función pública.1.2.- La Ley 2/98, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha. (Actual Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 28 de Diciembre).1.3.- La regulación de las condiciones básicas desde la legislación estatal.

II.- Presupuestos de toda Actividad de Ejecución. 2.1.- Que exista planeamiento en vigor. 2.2.- Aprobación del Programa de Actuación Urbanizadora. 2.3.- Aprobación del Proyecto de Urbanización.

III.- Organización Temporal de la Ejecución. 3.1.- Determinación de los Planes. 3.2.- Determinación por el Municipio.

IV.- La Ejecución en régimen de obra pública ordinaria. 4.1.- Concepto. 4.2.- Clases. 4.3.- Requisitos. 4.4.- Forma de gestión. 4.5.- Financiación de la Ejecución. 4.6.- Contenido del Proyecto y Tramitación. Contenido del Proyecto. Tramitación. 4.7.- Gastos de Urbanización. 4.8.- Cesión de dotaciones. 4.9.- Régimen de las obras.

V.- La ejecución en régimen de Actuación urbanizadora. 5.1.- Concepto. 5.2.- Requisitos. 5.3.- Unidades de Actuación: Características y requisitos. Delimitación. 5.4.- El Programa de Actuación urbanizadora. A) Concepto. B) Naturaleza Jurídica. C) Sujetos legitimados. D) Finalidad. E) Ámbito. F) Objetivos. G) Requisitos. H) Documentos: 1.- Alternativa Técnica. 2.- Relación de compromisos. 3.- Proposición Jurídico-Económica. I) Tramitación.

5.5.- El Proyecto de Reparcelación. A) Regulación. B) Concepto, finalidad y clases. C) Presupuestos legitimadores. D) Documentos y procedimiento. E) Aprobación. F) Efectos de la aprobación.

5.6.- La ejecución por expropiación. A) Supuestos. B) Requisitos. C)Procedimiento. D) Justiprecio. E) Pago. F) El Jurado Regional de Valoraciones.

5.7.- El Proyecto de Urbanización. A) Concepto. B) Exigencias. C) Clases. D) Contenido. E) Aprobación.

5.8.- Las obras y los gastos de urbanización. A) Las obras de urbanización. B) Los gastos de urbanización. C) Los gastos de conservación de la urbanización. D) Resarcimiento de gastos. E) La retasación. F) Las cuotas de urbanización

I.- INTRODUCCION:

1.1.- El urbanismo como función pública:

Desde sus orígenes, el urbanismo ha sido considerado como una función pública, en forma limitada, a través de las primeras técnicas: alineaciones, servidumbres, ordenanzas de construcción y policía urbana, en cuanto expresión de un simple encauzamiento de facultades privadas sustentadas en el derecho de propiedad; pasando por su planteamiento en la Ley del Suelo de 1.956 ya en forma de un sistema acabado, en el que los derechos a un desarrollo urbano se separan del derecho de propiedad convirtiéndose en una competencia estrictamente pública, que con posterioridad tiene su plasmación en los artículos 2, 3 y 4 de la ley de 1976, hoy vigente en cuanto derecho supletorio estatal.

En la Ley 8/90 y posterior Texto Refundido de 1992 se consolida esta concepción pública del urbanismo, pero a través de un sistema gradual de adquisición de facultades. Derecho a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico, a edificar y a la edificación; ello sobre la base de que el planeamiento confiere solo una aptitud inicial para la edificación de un terreno, pero el derecho se alcanza tras cubrir unas determinadas fases que tienden a garantizar el principio redistributivo y el cumplimiento de las cargas de cesión y la realización de la obra urbanizadora.

De esta forma, las distintas leyes urbanísticas han afirmado la concepción del urbanismo como función pública, pero siempre sobre la base de configurar el derecho a urbanizar dentro de la iniciativa privada, ya que los sistemas de gestión de la actividad urbanística, con la

excepción de la Ley de 1992 que facultaba a la Administración para su elección, han pivotado sobre el sistema de compensación como paradigma de toda la gestión de la obra urbanizadora.

La mala experiencia producida durante la gestión rígida implantada por el Texto de 1992 y el convencimiento de los operadores urbanísticos de que los problemas estaban en la atribución a los propietarios del derecho a la iniciativa en la actividad urbanizadora, todo esto propicia la aparición de Leyes, cuyo texto primero es la Ley 6/94 de 15 de noviembre, reguladora de la Actividad Urbanística de la Comunidad Valenciana (LAUCV), que producen una regulación alternativa al sistema hasta ese momento vigente sobre la base de la distinción del papel de los poderes públicos y de la iniciativa privada, disociando esta de la propiedad del suelo. En este sentido la Exposición de Motivos III párrafo 3º LAUCV dispone: "Esta nueva orientación presupone que al propietario de los terrenos, en cuanto tal, no le es exigible razonablemente que asuma el papel protagonista que le atribuyó la legislación histórica.

La actividad urbanística es una función pública cuya responsabilidad debe reclamarse a los poderes públicos y no a los propietarios de terrenos", atribuyendo a aquellos la facultad de la actividad transformadora del suelo en cuanto actividad pública que trata de hacer efectivos los principios constitucionales contenidos en los artículos 45, 46 y 47 CE.

1.2.- La Ley 2/98, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, de Castilla La Mancha (LOTAUC-M).

En la línea seguida por la legislación valenciana, la Ley 2/98 comienza diciendo en su artículo 2.1: "La actividad administrativa de ordenación de la ocupación, transformación, uso y aprovechamiento del suelo es una función pública, cuyo cumplimiento corresponde a la Administración de la Junta de Comunidades y a los Municipios, en el marco de esta Ley y en las respectivas esferas de competencia que ella les asigna".

La Exposición de Motivos II por su parte, se abre exponiendo, que el objeto de la Ley es la regulación de la ordenación del territorio y de la ordenación de la actividad urbanística, desde la perspectiva de una única materia que se enmarca en el gobierno del territorio, como una única función, que desarrollada por las distintas Administraciones Públicas en la esfera de sus respectivas competencias se califica por el

texto legal, como pública, que aparece ordenada por relación a los bienes de rango constitucional a cuya tutela sirve y a los fines, desde el punto de vista de la calidad de vida y la racional utilización del territorio y del suelo.

Desde esta perspectiva de los bienes constitucionalmente protegidos a cuya tutela sirve la actividad urbanística, en cuanto pública, el artículo 3 dispone: " Todas las actividades urbanísticas deberán procurar la máxima tutela y realización práctica posible de los bienes que expresan los principios rectores de la política social y económica establecidos en los artículos 45, 46 y 47 de la Constitución".

Perspectiva que en el ámbito de la ejecución del planeamiento se positiviza en el artículo 96 LOTAUC-M, al atribuir a las Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos de competencia: " a) La actividad de ejecución del planeamiento territorial y urbanístico en régimen de actuaciones urbanizadoras y de obras públicas ordinarias".

Actividad que en consecuencia se califica de administrativa, en su nº 2, atribuyéndole su gestión en forma directa a la propia Administración e indirecta a un tercero a través de su concesión.

Con posterioridad, la Ley 2/98, ha sido modificada por la Ley 1/2003, de 17 de Enero, dando lugar al Texto Refundido aprobado por Decreto 1/2004, de 28 de Diciembre (TRLOTAUC-M), sin que a éstos efectos de los principios de la actividad de ejecución del planeamiento haya introducido alteraciones.

1.3.- La regulación de las condiciones básicas desde la legislación estatal.

a) Introducción:

La llegada de la Constitución plateaba dos dudas: la relativa a la admisión del régimen estatutario de la propiedad del suelo consagrado por la LS-56, y la concerniente a la colaboración del planeamiento en la delimitación de dicho régimen. A ambas cuestiones dio un tratamiento favorable: A la primera a través de la previsión del Art.33 CE, que reconociendo el derecho de propiedad privada, a continuación en su número 2 dispone que "La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes". La función social representa eso, precisamente, la confluencia en el régimen urbanístico de la propiedad del suelo (estatuto) de dos esferas: Los derechos o facultades y los deberes

o cargas. A la segunda cuestión se dio respuesta mediante la interpretación de la cláusula "de acuerdo con las leyes" en el sentido de admitir la colaboración del Reglamento en la delimitación de dicho estatuto o, lo que es lo mismo, del planeamiento.

Mayor trascendencia iba a tener en el ámbito organizativo la distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. operada por los Arts. 149 y 148 CE, respectivamente. En lo que aquí respecta, el Art. 148.1.3ºCE atribuye a las CC.AA. competencia exclusiva en materia de "Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda", lo que supuso que todas las CC.AA., sin excepción, asumieran estas competencias en sus respectivos estatutos de autonomía.

b)La interpretación competencial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

En la depuración de la legislación urbanística ha intervenido el Tribunal Constitucional, en las siguientes Sentencias: 61/1997, de 20 de Marzo, sobre el TR-92, 164/2001, de 11 de Julio, sobre la LRSV, STC 54/2002, de 27 de Febrero, y 14/2007, de 18 de Enero, sobre la Ley del País Vasco, STC 365/2006, de 21 de Diciembre, sobre la Ley de Castilla-La Mancha.

Expuesto en forma resumida, el Tribunal Constitucional va a reconocer la competencia del Estado en la materia vía Art. 149.1.1º CE que otorga competencia a este para: "La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

Esta competencia autoriza al Estado conforme a la Doctrina del citado Tribunal: "El indicado titulo competencial solo tiene por objeto garantizar la igualdad en las condiciones de ejercicio del derecho de propiedad urbana y en el cumplimiento de los deberes inherentes a la función social, pero no, en cambio, la ordenación de la ciudad, el urbanismo entendido en sentido objetivo. A través de esas condiciones básicas, por tanto, no se puede configurar el modo de urbanismo que la Comunidad Autónoma y la Administración local, en el ejercicio de sus respectivas competencias, pretendan diseñar, ni definir ni predeterminar las técnicas o instrumentos urbanísticos al servicio de esas estrategias territoriales…" (STC 61/1997, FJ. 10).

Tal titulo competencial se constriñe al ámbito normativo, lo que permite al Estado una regulación, pero solo limitada a las condiciones

básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico. Y esas condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos, valoraciones,…), que han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad en su ejercicio, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta en cualquier zona del territorio nacional. (STC 61/1997, FJ. 8 y 9)

c)La regulación básica estatal: Ley 6/1998, de 13 de Abril, sobre Régimen Urbanístico del Suelo y Valoraciones (LRSV), y la Ley de Suelo, 8/2007, de 28 de Mayo (LS-07).

C.1.-La Ley 6/1998(LRSV): Se produjo por la necesidad de acomodar las competencias del Estado a la nueva realidad en materia de ordenación del territorio y urbanismo, forzada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997. Así, como su propio nombre indica, su objeto se contraía a la regulación del régimen urbanístico del suelo y valoraciones, aspectos básicos estos de la propiedad del suelo incluidos en las condiciones básicas del Art. 149.1.1º CE.

En lo que a la ejecución de la obra urbanizadora se refiere, su regulación se contenía en el Art. 4, del que podíamos extraer las siguientes conclusiones:

A los entes públicos corresponde la formulación de la política de suelo y el desarrollo de la correspondiente acción urbanística.

A los propietarios corresponde contribuir, en los términos que disponga la legislación de ordenación territorial y urbanística, a la acción urbanística de los entes públicos.

A la iniciativa privada se le reserva únicamente la participación en el proceso cuando de actuación pública se trate, en el marco de la legislación territorial y urbanística.

Por lo que se refiere al régimen urbanístico de la propiedad del suelo, el mismo distinguía el estatuto del propietario tomando como base la clasificación del suelo conforme al planeamiento. (Arts. 2.1, 14 y 18).

C.2.- La Ley 8/2007, de 28 de Mayo, de Suelo (LS-07): La LS-07, va a introducir un cambio radical en la materia que podemos resumir en lo que aquí concierne, en la previsión de tres estatutos básicos: Del ciudadano, del propietario y del urbanizador.

Estatuto del ciudadano: En el se recogen derechos y deberes que ya en cierta medida estaban contemplados en el ordenamiento jurídico: Acceso a una vivienda digna y adecuada (Art. 47 CE), medio ambiente (Art. 45 CE), de participación y acceso a los archivos y registros públicos (Art.105CE), protección del patrimonio histórico (Art. 46 CE), etc.

El concepto de ciudadano hay que entenderlo en un sentido amplio: habitante de una ciudad con derecho de participación en la configuración y disfrute de la misma, no el más restringido de nacional de una país vinculado a éste por un estatuto distinto.

La ventaja que ofrece la LS-07, es la clarificación y sistematización de los derechos y deberes, que en el derecho anterior estaban dispersos.

Son de destacar en lo que aquí concierne:

El derecho el derecho de acceso a la información de que dispongan las Administraciones Públicas sobre el urbanismo en sentido amplio, así como a la obtención de copias y certificaciones de las disposiciones o actos sobre el mismo. Art. 4.c) LS-07.

El derecho a participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualquier instrumento relacionado con el urbanismo en sentido amplio, presentando alegaciones, reclamaciones, propuestas, quejas, etc., y a obtener una respuesta motivada. Art. 4.e) LS-07.

Ejercer la acción pública para hacer respetar las determinaciones de los instrumentos urbanísticos en sentido amplio y de ejecución de los mismos. Art. 4.f) LS-07.

Estatuto del propietario:

La Ley sienta en su Art. 7 los principios básicos en orden a la regulación del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, con carácter general y al margen de cual sea el estado del mismo: rural o urbanizado.

1º.- El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística. Art. 7.1. LS-07.

La Ley, en la tradición del contenido estatutario de la propiedad del suelo, por razón de su función social, recogido ya en la Ley del suelo de 12 de Mayo de 1956 (LS-56), incide en el mismo desde la condiciones básicas garantes de la igualdad en el ejercicio de los derechos y deberes por razón de la propiedad del suelo (Art.149.1.1º CE).

El contenido estatutario del régimen urbanístico de la propiedad del suelo encuentra su fundamento en la función social del derecho de propiedad (Art. 33.2 CE), que en su aplicación al suelo se traduce en la regulación de su contenido básico por la legislación estatal (Art. 149.1 1º CE), conforme a los principios constitucionales del urbanismo (Art. 45 a 47 CE) , y su remisión a la legislación territorial y urbanística competencia de las Comunidades Autónomas (Art. 148.1.3º CE) para su definición completa, en el marco de los principios básicos de la Ley estatal, regulación esta que requiere el apoyo de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística (planeamiento), en cuanto último escalón necesario para la delimitación de dicho estatuto.

La función social de este derecho se traduce en un contenido positivo (facultades) y un contenido negativo (deberes o cargas), cargas estas que se configuran con carácter real (Art. 9.3 LS-07), siguiendo una regla tradicional en nuestro derecho urbanístico (Arts. 88 TR-76 y 21 LRSV), y constituyendo su cumplimiento condición misma para la obtención del derecho (Art. 7.2 LS-07).

2º.- La previsión de edificabilidad por la ordenación territorial y urbanística, por sí misma, no la integra en el contenido del derecho de propiedad del suelo. (Art. 8.2 Inciso 1º LS-07)

A diferencia de la regulación de la anterior Ley estatal por la Ley 6/1998, de 13 de Abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones(LRSV), cuyo modelo de régimen urbanístico de la propiedad del suelo en la línea de nuestra tradición, sí contemplaba las previsiones de edificabilidad en dicho estatuto a través de la clasificación del suelo (Art. 2.1, 14 y 18 LRSV), la actual Ley estatal trata de asentar un nuevo modelo sobre la base de la distinción de dos posibles situaciones del suelo a efectos de su régimen urbanístico: suelo rural y suelo urbanizado (Art. 12.1 LS-07), modelo éste que huye precisamente de incorporar el contenido artificial e injustificado que le otorga la clasificación, conforme se expresa en la E M. I, Pfo 6º: "…,la clasificación ha contribuido históricamente a la inflación de los valores del suelo…". Ello se traduce, a efectos prácticos, en el régimen de valoración del suelo, que para el suelo rural (todo aquel que no esté urbanizado cualquiera que sea el estado en que se encuentre – clasifica-

ción/calificación - por razón de la ordenación territorial urbanística) se establece en la capitalización de la renta anual real o potencial de la explotación según su estado, (Art. 22.1.a) LS-07), sin que en ningún caso puedan considerarse expectativas derivadas de la previsión o asignación de edificabilidad y usos por la ordenación territorial y urbanística que no hayan sido aún plenamente realizados (Art. 22.2 LS-07).

La patrimonialización de la edificabilidad se produce únicamente con su realización efectiva y está condicionada, en todo caso, al cumplimiento de los deberes y al levantamiento de las cargas propias del régimen que corresponda, en los términos dispuestos por la legislación de ordenación territorial y urbanística (Art. 7.2 Inciso 2º LS-07).

Consecuente con la afirmación hecha en el inciso primero, de no reconocer expectativas de edificabilidad no materializadas en el contenido básico del derecho, en este inciso se hace hincapié en que su adquisición (patrimonialización) solo se produce con su realización efectiva, esto es, con su materialización , para lo cual remite ya al régimen dispuesto por la legislación de ordenación territorial y urbanística (CC.AA) y, sujeta, en todo caso, al cumplimiento de los deberes (carácter real) que sobre el régimen básico (Arts. 8 y 9 LS-07) haya dispuesto, completando el contenido, dicha legislación territorial y urbanística.

Son de destacar en materia de derechos el reconocido en el Art. 8.c) La facultad que aquí se reconoce al derecho de propiedad, aunque referida a la ejecución de actuaciones urbanizadoras (estado rural) es una facultad primaria (básica) que responde al tradicional derecho reconocido por el ordenamiento urbanístico español de participación en la distribución de beneficios y cargas de la actividad urbanizadora (Art. 9.3 LS-07), y que encuentra su fundamento último en los Arts. 14 y 33 CE, en cuanto derecho a la igualdad en el reparto de los beneficios y cargas urbanísticas, reconocidas por la ordenación territorial y urbanística y en proporción a su aportación de origen.

Aunque la diferencia sustancial respecto del derecho anterior esta en que antes (Arts.14, 15 y 16 LRSV), el derecho de propiedad incluía el de iniciativa en la actividad urbanizadora, lo que ahora se elimina (Arts. 6.a) y 8.1.c) LS-07), sin perjuicio de que pueda ser reconocido por la legislación de las Comunidades Autónomas (Art. 6.1.a) Inciso último LS-07).

Sobre este núcleo del principio básico añade el legislador estatal (al amparo de su competencia en materia de Procedimiento Administrativo Común (Art. 149.1.18 CE) una serie de requisitos para

la garantía de su ejercicio, estableciendo el plazo mínimo de un mes para que el propietario pueda ejercer o ratificar, en su caso, el ejercicio de la facultad, sin que este plazo pueda contarse "... desde un momento anterior a aquel en que pueda conocer el alcance de las cargas de la actuación y los criterios de su distribución entre los afectados". Este momento será el de publicación del respectivo instrumento de distribución de beneficios y cargas conforme a la respectiva legislación territorial y urbanística (Reparcelación, Compensación, etc.)

En materia de deberes hay que resaltar el reconocido en el Art. 9.3, que dispone: "El ejercicio de la facultad prevista en la letra c) del apartado primero del artículo anterior, conlleva asumir como carga real la participación en los deberes legales de la promoción de la actuación, en régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas y en los términos de la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, así como permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras al responsable de ejecutar la actuación."

Creemos que aquí la Ley se equivoca mutando la naturaleza de una regla general del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, como es el carácter real de los deberes del régimen urbanístico de la propiedad del suelo (tradicional en nuestro derecho, Art. 88 TR-76 y 21 LRSV), en un deber específico de los propietarios de suelo rural con previsión de urbanización, cuando son dos cosas distintas.

La Ley, además, configura como carga real la de participar en los deberes legales de la promoción de la actuación, cuando entendemos que es un derecho o facultad del de propiedad del suelo (Art. 8.1.c) LS-07), en tanto que la carga real es una característica de los deberes inherentes a tal facultad que emana de la función social del derecho de propiedad del suelo (Art. 33.2 CE), de donde derivan tanto las facultades como los deberes que luego las leyes (Estatal, autonómicas), irán definiendo para cada manifestación del derecho. En este caso, la Ley estatal, al margen del estado del suelo, debe definir el carácter real de los deberes, cualquiera que estos sean.

En realidad, aquí se debieran haber incluido los deberes recogidos en el Art. 16 para las Actuaciones de Transformación Urbanística, no obstante, a pesar de que el legislador ha pretendido separar el derecho de propiedad de la ejecución de estas actuaciones, la realidad es que el principio de distribución de beneficios y cargas a que esta sujeto el derecho de participación del propietario (Art. 8.1.c) LS-07), determina que sea a éste al que al final del proceso le corresponda asumir los deberes impuestos a las Actuaciones.

Si es un auténtico deber propio del suelo rural con aptitud para ser urbanizado el de permitir la ocupación de los bienes necesarios para la ejecución de las obras al responsable de la actuación. Previsión ésta adecuada y que, hasta este momento, pocas leyes urbanísticas aportaban soluciones para ocupar los terrenos antes de la aprobación de los instrumentos de distribución de beneficios y cargas (reparcelación, compensación, etc.)

Estatuto del Urbanizador:

El legislador parte de una premisa básica a la hora de configurar el estatuto del urbanizador: mientras que la edificación es una facultad del derecho de propiedad que tiene lugar sobre una finca, la urbanización es un servicio público y no una facultad del derecho de propiedad, al afectar a una pluralidad de fincas por lo que excede, tanto física como jurídicamente y por su finalidad (destino al uso público), de los límites del derecho de propiedad, servicio público que puede ejecutar la Administración directamente o ser encomendado a privados sean o no propietarios del suelo.

Las consecuencias que para el legislador se derivan de esta premisa son:

- La iniciativa privada no tiene porqué coincidir con la propiedad del suelo.

- Su régimen jurídico es el de una actividad económica de interés general ejercida en virtud del principio constitucional de libertad de empresa. Art. 38 CE.

- La encomienda a terceros debe realizarse bajo los principios de publicidad y libre concurrencia.

- La facultad de urbanización lleva aparejada las cesiones (entregas) obligatorias y gratuitas de terrenos y obras en concepto de participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la actuación urbanística de los poderes públicos. Art. 47.2 CE, 3.2.b) LS-07.

El anclaje jurídico de ésta regulación se encuentra:

- En la calificación de la iniciativa privada en la actividad urbanizadora como una actividad económica de interés general a la que serían de aplicación los principios que inspiran los servicios económicos de interés general a que se refiere el Art. 16 del Tratado constitutivo de la

Comunidad Europea, entre ellos el de su realización por el mercado en régimen de pluralidad y con una previa habilitación administrativa.

- La encomienda a terceros debe realizarse bajo los principios de publicidad y concurrencia.

- Podemos resumir, en consecuencia, que desde el derecho estatal básico, se contemplan tres posibles sistemas de actuación:

- El sistema de gestión directa por la propia Administración.

- El sistema de gestión indirecta mediante su concesión a un tercero, cuando la Administración titular, no deba o vaya a realizarla directamente.

- El sistema de gestión por la propiedad del suelo, cuando las leyes autonómicas en la materia así lo reconozcan.

II) Presupuestos de toda Actividad de Ejecución:

Con carácter previo a toda actividad de ejecución y respecto de la totalidad de los terrenos es preciso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 TRLOTAUC-M:

2.1.- Que esté aprobado y en vigor el planeamiento urbanístico adecuado para la ordenación detallada de la clase de suelo cuya ejecución se pretende.

Esta exigencia es una consecuencia normal del sistema urbanístico español, que sigue la secuencia Ley-Planeamiento-Ejecución, como regla general en la configuración del estatuto de la propiedad urbana. Art. 49 TRLOTAUC-M.

En este sentido el TRLOTAUC-M sigue el esquema tradicional: 1º.- Planeamiento, 2º.- Ejecución.

Esta es una condición previa, sin la cual no puede iniciarse el proceso de ejecución.

Así, el art. 24.1.c) contiene como determinación propia del POM: 1) La delimitación de sectores de planeamiento parcial o de reforma interior, 2) La determinación de la secuencia lógica de su desarrollo a través de la definición de condiciones objetivas, 3) Fijación del orden básico de prioridades y de las condiciones que han de satisfacer para su programación.

Art. 24.2.c) Regulación detallada de sectores de suelo urbanizable contiguos al suelo urbano, excusando la exigencia del Plan Parcial.

Art. 26.2.c) El Plan Parcial señala las Unidades de Actuación en su caso, estableciendo las condiciones objetivas y funcionales que ordenen la secuencia de su puesta en servicio.

Art. 29.2.: Los Planes Especiales de Reforma Interior de suelo urbano deberán diferenciar los terrenos que han de quedar sujetas al régimen de Actuaciones Urbanizadoras de las de Edificación.

El artículo 34.4., párrafo 2º, prevé la tramitación conjunta de POM y PAU, en casos de Actuación Urbanizadora importante en municipios sin POM.

Finalmente el Art. 38.1.a) prevé que los particulares puedan promover Planes Parciales y Planes Especiales en desarrollo de un PAU del que sean adjudicatarios o por el que compitan.

2.2.- Que esté aprobado el Programa de Actuación urbanizadora en el caso de las Unidades a ejecutar en régimen de Actuación Urbanizadora.

Al ser el P.P. o el PERI elementos, en su caso, de la Alternativa Técnica del PAU, será este el último momento para asumir, modificar o establecer la ordenación urbanística detallada a que hacíamos referencia en 2.1.

Quedan exceptuados del PAU la ejecución de los Proyectos de singular Interés y la Actuación en régimen de obra pública ordinaria.

2.3.- Que esté aprobado el Proyecto de Urbanización.

El proyecto de urbanización es exigible respecto de todo tipo de actuación de ejecución, incluidas las edificatorias con previa o simultanea urbanización. Solo se exceptúan la ejecución de los Proyectos de Singular Interés (PSI), y, a nuestro juicio, los Proyectos de Obra Pública Ordinaria para la mera reparación, renovación o introducción de mejoras ordinarias en obras o servicios ya existentes, sin alterar el destino urbanístico del suelo, que no tiene la condición de Proyecto de urbanización (art. 111.3, párrafo 3º), ni, en consecuencia, exigen la delimitación de UA.

La excepción de los PSI deviene de su especial configuración en la Ley (arts. 19 y 20) como instrumentos de ordenación y ejecución de

las obras que prevén. Art. 19.1, 20.1.c) y .e) y 20.2, y concordantes 8 y 9 RPC-M.

III) Organización Temporal de la Ejecución.

La misma calificación de la ejecución del urbanismo como una competencia pública, en régimen administrativo, exige como garantía para los titulares de los terrenos y para los ciudadanos en general, que la organización temporal y el desarrollo de la ejecución obedezca a condiciones objetivas previamente señaladas.

Así lo establece el art. 103 al requerir:

3.1.- Que los planes urbanísticos determinen la secuencia lógica de su desarrollo, mediante la fijación de las condiciones objetivas que definan el orden básico de prioridades para la ejecución de las diferentes actuaciones urbanizadoras.

Esta exigencia se contiene en los artículos:

24.1.c) para el POM.

26.2.a) para el Plan Parcial respecto de la red de comunicaciones del sector.

26.2.c) para el PP.

29.2 y.3 para el PERI.

La modificación de la secuencia establecida en los Planes deberá realizarse por modificación del Plan y a través del procedimiento establecido para su aprobación, o, en su caso, a través del propio PP/PERI que conforman la Alternativa Técnica del PAU y por el procedimiento del Art. 38.2.3 TRLOTAUC-M.

3.2.- En defecto de que el planeamiento establezca plazos, estos podrían fijarse por el municipio para unidades de actuación, áreas en suelo urbano y sectores de acuerdo a expresos criterios de prioridad en el fomento de la edificación (art. 103.2).

Nada se dice de las formalidades del acuerdo a adoptar por el Municipio, pero entendemos que las posibilidades que se ofrecen son estas:

O bien entender que el establecimiento requiere de la modificación del Plan, y estaríamos en el supuesto del número anterior.

Entender que basta el acuerdo del Pleno y su publicación en el DOCM.

Creemos que esta última opción es la adecuada, ya que la Ley no parece dar relevancia a esta determinación más que en el sentido de que esté previamente establecida en forma motivada y sea de general conocimiento.

Respecto del plazo máximo para edificar hay que estar al de 24 meses a contar desde que puede obtenerse la licencia municipal. (Art. 130.2, inciso 2º).

IV.- La Ejecución en Régimen de Obra Pública Ordinaria. Arts. 100, 111 y 129 TRLOTAUC-M.

4.1.- Concepto:

La Ley no define que sea la actuación por obra pública ordinaria, habiendo de entenderse por tal: a) Aquellas actuaciones en suelo urbano donde no se dan los requisitos para delimitar una UA en Régimen de actuación urbanizadora. Art. 100.b).

b) Siempre en municipios que no cuenten con Plan de Ordenación Municipal (POM).

Sin embargo, esta redacción no parece concluyente, dado que nada impide a nuestro juicio, que haya actuaciones en régimen urbanizador en municipio con Plan de Delimitación del Suelo Urbano.

La única distinción posible ha de venir de la contraposición del concepto de la actuación en régimen de Obra Pública Ordinaria con la actuación en régimen de Actuación Urbanizadora. Es decir habrá actuación en régimen de Obra Pública Ordinaria allí donde haya una actuación urbanizadora a realizar y no pueda establecerse en régimen de Actuación Urbanizadora.

Esto es lo que decíamos antes de la modificación por la Ley 1/2003, de 17 de enero, en esta se han modificado los arts. 99.1, 100 y 129, en los que el legislador ha pretendido, fundamentalmente, evitar los PAUS en municipios sin obligación de tener POM. Es decir, sin mucho fundamento, en los Municipios con PDSU solo se puede actuar en régimen de Obra Pública Ordinaria, cuando creemos que lo lógico es que fuera potestativo.

4.2.- Clases

Hay que distinguir la Actuación en régimen de Obra Pública Ordinaria, del Proyecto de obra pública ordinaria, este último es el que atiende a la mera reparación, renovación o introducción de mejoras ordinarias en obras o servicios ya existentes, sin alterar el destino urbanístico del suelo. Art. 111, párrafo último.

En tanto que la Actuación en régimen de Obras Pública Ordinaria se configura como un sistema distinto de gestión de la obra urbanizadora.

4.3.- Requisitos: Art. 100/129TRLOTAUC-M.

Que el municipio no cuente con POM.

Bien porque esté exento.

Porque no lo tenga.

En estos casos siempre se actuará en régimen de Obra Pública Ordinaria.

En Municipios con POM o planeamiento general: Art. 129.

- Que se trate de suelo urbano.

No esté prevista la ejecución en régimen de Actuación Urbanizadora.

Que no sea precisa la delimitación de unidades en Régimen de Actuación Urbanizadora.

4.4.- Forma de gestión:

Siempre directamente por la Administración (Art. 85.2.A) LBRL), sin perjuicio de que esta contrate las obras de ejecución material a través de los procedimientos previstos en el RD Legislativo 2/2000, de 26 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

Con la modificación operada por la Ley 1/2003, de 17 de enero, la gestión de la ejecución puede encomendarse a la Agrupación de Interés Urbanístico que se constituya, mediante convenio conforme al art. 11 TRLOTAUC-M. (Art. 100.a) TRLOTAUC-M). Ahora bien, tén-

gase en cuenta que se encomienda la gestión, lo que implica que el trámite y aprobaciones pertinentes del Proyecto de Urbanización, cuotas de urbanización, reparcelación, en su caso, etc., corresponde al Ayuntamiento, debiendo procederse con carácter previo o simultáneo a la aprobación del Convenio a la constitución de la Agrupación de Interés Urbanístico.

Ello confirma la necesidad de delimitación del ámbito de la Unidad en régimen de obra pública ordinaria, e introduce la posibilidad de encomienda de gestión, en principio negada por el art.15.5 LRJ-PAC, entre Administración y particulares.

Entendemos que la AIU ha de constituirse a modo y semejanza de las previstas para el régimen de actuación urbanizadora por el art. 110.5.e) TRLOTAUC-M.

Este régimen de encomienda de gestión de la actuación en régimen de obra pública ordinaria, contraviene lo dispuesto con carácter básico en el art.15.5 LRJ-PAC, en el art. 129 TRLOTAUC-M y en la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

En todo caso, se plantean problemas respecto del contenido de la gestión encomendada: si llega a la contratación de las obras, con arreglo al TRLCAP o no, quién cobra las cuotas de urbanización, y para el caso de que haya propietarios en desacuerdo con la actuación.

4.5.- Financiación de la Ejecución.

Hay que tener presente que, con carácter previo, la aprobación del expediente de contratación para la ejecución de la obra requiere de la consignación presupuestaria adecuada, conforme a lo dispuesto en los artículos 113.1º, párrafo 2º RD. Legislativo 781/86 de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), en relación con el art. 68 TRLCAP.

En el mismo sentido, el art. 110.3 TRLOTAUC-M exige crédito retenido para la ejecución por Gestión Directa de unidades en régimen de Actuación urbanizadora.

A la hora de cumplir con esta obligación de disponer de consignación en el Presupuesto para acometer las obras, hay que valorar las posibilidades que ofrece la figura de la Generación de Créditos regulada en los artículos TRLHL, en virtud de la cual una vez aprobado el proyecto de Urbanización o, tramitado en forma simultánea con él, deter-

minados en el convenio urbanístico con los propietarios o, simultáneamente con el proyecto de reparcelación, una vez aprobado el proyecto de cuotas de urbanización puede generarse crédito en el Presupuesto para poder acometer la contratación de las obras.

La financiación de la obra tendrá lugar:

Mediante la imposición de cuotas de urbanización a los propietarios afectados incluidos en el ámbito de actuación.

Alternativamente mediante la imposición de contribuciones especiales con arreglo a la legislación reguladora de las Haciendas Locales. Art. 129.3, párrafo último.

Las cuotas de urbanización serán el sistema normal de financiación de la Actuación en régimen de Obra Pública Ordinaria, dado que es consecuencia del régimen de cargas establecido en la Ley urbanística básica estatal (Art. 9.3 LS-07), como condición de carácter real para la obtención de los aprovechamientos que a la propiedad urbanística del suelo corresponden. Para ello nos remitimos al comentario efectuado en el Epígrafe…

4.6.- Contenido del Proyecto y tramitación.-

La ejecución en régimen de Obra Pública Ordinaria, se desdobla como se ha dicho en dos formas de actuar:

Actuación urbanizadora en régimen de Obra Pública Ordinaria. (Art. 129, 114.3 TRLOTAUC-M)

Obra pública ordinaria para la mera reparación, renovación, o introducción de mejoras de la urbanización ya existente. En este caso estaríamos ante un contrato de obra pública, sin más.

Sin embargo, creemos que en la Ley y en el Reglamento de Planeamiento de Castilla - La Mancha, hay un error de planteamiento y es, que quiere distinguir las formas de actuación en base a la distinción entre Proyectos de Urbanización, y nada más erróneo. Las formas de actuación aluden a los modos de ejecución de la obra urbanizadora: Actuación en régimen de Obra Publica Ordinaria, y Actuación en régimen de Actuación Urbanizadora, en tanto que los Proyectos de Urbanización son los instrumentos para la ejecución de las obras de urbanización y, aquí, solo cabe la distinción entre auténticos Proyectos de Urbanización (los del artículo 99.1 RPC-M), de aplicación en ambas formas de actuación (Aquí quedan incluidos los Proyectos de

Urbanización que, como tal, tengan por objeto la reurbanización total o parcial de ámbitos o unidades de actuación ya urbanizados, pero en forma inadecuada o insuficiente), y los Proyectos de Urbanización simplificados (artículo 99.2 RPC-M) que tienen por objeto la terminación de algún servicio necesario a la urbanización prevista en el plan (Artículo 45.A. a)TRLOTAUC-M).

Por el contrario, los Proyectos de obras publicas ordinarias son proyectos de obras de "mera reparación, renovación o introducción de mejoras ordinarias en obras o servicios ya existentes" (artículo 111.3 párrafo último TRLOTAUC-M), no siendo Proyectos de Urbanización estricto sensu, sino meros proyectos de obras (artículo 88 y 89 TRRL).

A) Contenido del Proyecto de Urbanización.- Pues bien, respecto al contenido, entendemos de aplicación a ambos supuestos lo dispuesto en el artículo 111.2 TRLOTAUC-M, esto es, todo proyecto de urbanización requiere: " Una Memoria descriptiva de las características de las obras, planos de proyecto y de detalle, mediciones, cuadro de precios, presupuesto y pliego de condiciones de las obras y servicios.".

B) Tramitación.-

En orden a su tramitación para la aprobación, sin embargo hay que distinguir:

1) Obra pública ordinaria de mera reparación:

Su tramitación hay que deducirla de lo dispuesto en el artículo 111, en sus números 1 Inciso último, y nº 3 párrafo último TRLOTAUC-M y 147.3 RPC-M; esto es, requiere:

Redacción del proyecto, con la precisión suficiente para ser ejecutado, eventualmente, por técnico distinto a su redactor.

b) Informes técnico y jurídico.

b) Aprobación por el órgano competente.

El Art. 147.3 RPC-M establece que será innecesaria la exposición al público previa, aprobándose por el Municipio por el procedimiento establecido en las Ordenanzas Municipales. Art.111.3 Pfo. 2º.

En este punto pueden plantearse dudas, que entendemos pueden resolverse con el siguiente planteamiento:

La Ley 2/98, incardina el procedimiento de aprobación, distinguiendo el régimen de obra pública ordinaria del de actuación urbanizadora, lo que puede llevar a entender que la normativa de aplicación es la de la contratación administrativa, en cuyo caso el órgano competente lo sería en función de la distribución de competencias operada por los arts. 21.1.ñ) LBRL y 41.11.1º del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.

Entendemos que, una cosa es la contratación en cuanto procedimiento para la ejecución del servicio público de la obra urbanizadora que ha de someterse a la normativa del Texto Refundido de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y Reglamento General de Contratación (TRLCAP y RGC), y otra el Proyecto de Urbanización instrumento de gestión urbanística, que ha de aprobarse conforme al art. 21.1.j) LBRL, que otorga la competencia al Alcalde.

La actual redacción del art. 21.1.j) LBRL, no deja lugar a dudas y otorga la competencia al Alcalde. En el régimen de los Municipios de gran población (Titulo X, LBRL), la competencia será de la Junta de Gobierno Local, Art. 127.1.d) LBRL.

Ahora bien, debe insistirse en que la obra pública ordinaria de mera reparación, renovación o introducción de mejoras en la urbanización ya existente, no es un auténtico Proyecto de Urbanización, sino un proyecto de obra pública normal de los regulados en el TRLCAP y sujeto a aprobación conforme a sus normas.

2) Actuación urbanizadora en régimen de Obra Pública Ordinaria.

Su tramitación se deduce del régimen general establecido en el artículo 111.1, inciso último, nº 3 TRLOTAUC-M y 147.2 RPC-M, y requiere:

Elaboración del proyecto (Igual que el anterior).

Exposición al público por periodo de 20 días (Igual que el PAU.)

Informes técnico y jurídico.

Aprobación por el órgano competente (Igual que el anterior, con resolución de alegaciones en su caso).

Publicación de la aprobación.

La modificación operada por la Ley 1/2003, de 17 de enero, mas que aclarar ha venido a oscurecer esta interpretación, dado que incluye en el mismo régimen los Proyectos de Obra Pública Ordinaria y los de mera reparación, renovación. Esta cuestión puede entenderse aclarada en el Art. 147 RPC-M donde en el número 3 se excluyen de la publicación solamente los que acompañen a proyectos de actuaciones edificatorias y los de mera reparación, renovación, etc. Los demás, sin mucho rigor, los remite al procedimiento de aprobación de los PAU.

Ésta misma confusión creemos está en la regulación del Art. 99 Pfo. Último RPC-M al disponer: "La ejecución de la ordenación detallada del suelo urbano en los Municipios que no cuenten con Plan de Ordenación Municipal se llevará a cabo a través de proyectos de obras públicas ordinarias." Esto no es así, estamos en la Actuación en régimen de Obra Pública Ordinaria que requiere para su ejecución de un auténtico Proyecto de Urbanización del Artículo 111.1 TRLOTAUC-M y 99.1 RPC-M.

4.7.- La Unidad de Actuación en el régimen de Actuación por Obra Pública Ordinaria.

Dispone el Art. 114.3 TRLOTAUC-M: "Las unidades de actuación podrán delimitarse en los proyectos de urbanización, en el caso de actuaciones a realizar en el régimen de obras públicas ordinarias".

En consecuencia, es de aplicación lo dispuesto en el Art. 114.1 de dicho texto: "La delimitación de las unidades de actuación se contendrá en los planes (…) urbanísticos…".

Esto es, actuar en régimen de Obra Pública Ordinaria no significa actuar a golpe de proyecto puntual, sin sentido de conjunto de estar desarrollando una actuación urbanizadora completa, dentro de un crecimiento urbanístico ordenado y armónico de la ciudad.

No podemos olvidar que, en este caso, es de aplicación también la máxima del urbanismo consagrada en el principio de justa distribución de beneficios y cargas y consustancial al principio de igualdad (Art. 14 CE), y cuya previsión a nivel básico se contiene en los Arts. 8.1.c) y 9.3 LS-07.

Dentro de la delimitación habrá de observarse, así mismo, sobre todo en los ámbitos de suelo urbano de reserva (Art. 48.2.A.b) TRLOTAUC-M), que las unidades tengan entidad suficiente para hacer efectivas las cesiones previstas en el Plan (Art. 53.2 en relación con el Art.

69.2.2.2.a) y b) TRLOTAUC-M), y la secuencia de su desarrollo en forma lógica y adecuada.

A tal efecto, es de aplicación lo dispuesto en el Art. 53.2 TRLOTAUC-M, a tenor del cual: "En suelo clasificado como urbano o urbanizable, la participación de la comunidad en el aprovechamiento generado por la ordenación territorial y urbanística y el reparto entre los propietarios afectados por ésta de los costes de urbanización precisa para su materialización, así como del aprovechamiento susceptible de apropiación, se producirán en la forma y los términos establecidos en ésta Ley".

Así mismo, y a nivel de principio, lo dispuesto con carácter general para el POM en el Art. 24.1.c) TRLOTAUC-M, respecto de la delimitación de sectores: "…responderá a criterios de racionalidad acordes con la estructura urbana propuesta y su perímetro se determinará por relación al viario o a otros elementos definitorios que garanticen, en todo caso, la continuidad armónica con los suelos urbano (…) y, en su caso, con el rústico, prohibiéndose, en consecuencia, su delimitación con el exclusivo propósito de ajustarse a límites de propiedad o límites de carácter administrativo".

Se plantea el problema de si el ámbito de la Actuación en régimen de Obra Pública Ordinaria ha de establecerse previamente en el Plan ya sea de Ordenación Municipal o de Delimitación de Suelo Urbano (PDSU), o si, por el contrario, basta con la delimitación del ámbito en el Proyecto de Urbanización (PU).

Dada la trascendencia respecto a los deberes de los afectados en el ámbito (similar al antiguo sistema de cooperación), entendemos que es conveniente a pesar de que de la Ley se desprende la no necesidad (Art. 114.3), por contraste con las actuaciones en régimen de Actuación Urbanizadora.

El artículo 114.3TRLOTAUC-M lo establece como potestativo, pero un Plan bien estudiado que garantice los derechos de los ciudadanos debiera preverlo. De los artículos 112 y 97.1.c) parece desprenderse al incluir la obra pública ordinaria como una forma de actuar dentro de un régimen general de unidades de actuación a ejecutar por Actuación Urbanizadora o por Obra Pública ordinaria.

4.7.- Gastos de urbanización: Art. 129.3 TRLOTAUC-M.

Con carácter previo conviene hacer una precisión: Desde la legislación estatal de carácter básico, los deberes o cargas de las actuaciones urba-

nizadoras no recaen directamente sobre el propietario de los terrenos, sino sobre el gestor de la obra urbanizadora (Art. 16 LS-07), sin perjuicio de que, como no podía ser de otra forma, sean " Los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas…" los que "… están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes…" Art. 16.2 LS-07. Ahora bien, existe un límite a las cargas o deberes que se pueden imputar a los terrenos con carácter de garantía real: no podrán exceder de los previstos legalmente. Art. 16.3 LS-07.

Son los establecidos en el artículo 115 TRLOTAUC-M que queden incluidos en el contenido del Proyecto de Urbanización.

En este punto hay que precisar: a) La Administración podrá modificar la previsión inicial de gastos incluidos en el PU en el caso de aparecer circunstancias técnicas objetivas imprevistas. b) Existe el derecho de resarcimiento de gastos con cargo a los concesionarios de servicios por las obras precisas para el primer establecimiento de los servicios, en la parte que conforme a la respectiva reglamentación no deba ser satisfecha por los usuarios. Esta previsión se recoge ahora con carácter básico en el Art. 16.1.c) LS-07. c) La previsión, como se ha dicho, es inicial, por lo que habrá de estarse a la liquidación final del coste efectivo de las obras.

El coste se sufragará por los propietarios afectados mediante cuotas de urbanización.

La fijación de las cuotas se realizará:

En el proyecto de reparcelación, en su caso.

Convenio urbanístico: Que entendemos preferente por implicar el acuerdo de voluntades de las partes.

En el Proyecto de urbanización.

Las fincas quedan afectadas con carácter real, al pago de las cuotas. Art. 129.3 párrafo 2º TRLOTAUC-M, y 16.2 LS-07

Las cuotas pueden fraccionarse, anualmente, con un máximo de 10 años.

Alternativamente, el coste de la urbanización puede financiarse mediante contribuciones especiales, conforme al Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Haciendas Locales. Art. 129.3 párrafo último. (Arts. 28 a 37 TRLRHL).

4.8.- Cesión de dotaciones: Art. 129.2TRLOTAUC-M.

En éste punto sirve la precisión realizada en el anterior, respecto de a quien corresponden los deberes o cargas de las actuaciones urbanizadoras, así como sus límites.

En el ámbito de la Unidad a gestionar en régimen de Obra Pública Ordinaria debe contemplarse en el Plan: el viario, los espacios libres, las dotaciones, etc. Que han de obtenerse en forma gratuita conforme a la Ley. El suelo preciso para esas dotaciones se obtendrá:

Cesión gratuita, cuando haya reparcelación.

Por convenio urbanístico.

Por expropiación. (En este caso la Administración participará como propietaria de este suelo para obtener aprovechamiento urbanístico).

Sería difícil imaginar que clase de dotaciones se van a ceder cuando no hay una unidad de actuación fijada previamente. Es por ello, que entendemos, que lo razonable es la delimitación de esta, especificando que es en régimen de obra pública ordinaria. (Art. 16 LS-07)

El convenio urbanístico se imagina de difícil aplicación, ya que, salvo interés especial de los propietarios en la urbanización, no se alcanza que vaya a convenir la Administración, cuando al final todo lo han de ceder y costear los propietarios. En todo caso, a estos convenios les es de aplicación la limitación prevista en el Art. 16.3 LS-07

La prudencia debe llevar a la delimitación UA en régimen de obra pública ordinaria, contemplando la cesión gratuita de las dotaciones equidistribuyendo beneficios y cargas, bien mediante convenio, o reparcelación voluntaria o forzosa.

De una interpretación conjunta de lo dispuesto en los artículos 7.2, 8.1.b) y 9.3 LS-07, y 50.1.4, Inciso 1º, 51.1.2.d) y 69.1.1 del TRLOTAUC-M, deben entenderse incluidos como deberes de los propietarios en suelo urbano consolidado por la urbanización los de cesión del suelo necesario para la ejecución del mismo. La razón es sencilla, si el particular debe completar la urbanización para que su terreno adquiera la condición de solar, con carácter previo ha de ceder el viario necesario a urbanizar. Esto se hace extensible al supuesto de cesión del suelo del retranqueo por nuevas alineaciones.

Entendemos que estos supuestos de cesión de viario, están dentro de la obligación de ceder en suelo urbano como deber incluido en el estatuto de la propiedad urbana, en cuanto carga necesaria a la obtención del aprovechamiento urbanístico. Ahora bien, entendemos que a la concreción y especificación de este deber (en este caso del propietario que va a edificar), debe colaborar el planeamiento urbanístico en aplicación de la Ley.

4.9.- Régimen de Ejecución de las Obras:

El artículo 129.1, In Fine TRLOTAUC-M, remite a la ejecución de las obras conforme a la legislación aplicable a la Administración actuante, esta no es otra que el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y demás normas de aplicación a la contratación de las Entidades Locales. (LBRL, TRRL y RGC).

El que la gestión de la actuación por obra pública ordinaria sea directa no es sinónimo de actuación por Administración (Art.153 y 154 TRLCAP), sino que la ejecución material de la obra puede hacerse a través de cualesquiera de los procedimientos y formas previstas en el TRLCAP y con el cumplimiento de sus requisitos, así como en cuanto al órgano competente conforme a la legislación de régimen local.

A esto se añade la posibilidad de Encomienda de Gestión en la AIU que se constituya, ya comentada en 4.4

V.- La Ejecución en Régimen de Actuación Urbanizadora.

5.1.- Actuación en régimen de actuación urbanizadora: concepto:

La actividad pública para la realización material de obras públicas de urbanización conjunta de dos o más parcelas, por unidades de actuación completas desarrollada de una sola vez o por fases, conforme a una única programación.

Del análisis de esta definición, se deducen las siguientes notas características:

Es una actividad administrativa, por tanto pública.

El objeto es la realización de obras de urbanización, como tal hay que tener:

Las de urbanización de dos o mas parcelas en forma conjunta.

Ejecutada en unidades de actuación completas de una vez, o por fases.

Conforme a un único PAU.

La Ley 1/2003, de 17 de enero, ha modificado la redacción del art. 99, suprimiendo la definición de lo que ha de entenderse por Actuación urbanizadora, lo que no impide que se pueda definir con arreglo a las notas arriba expresadas. Creemos que antes de suprimir la definición debió determinarse un concepto genérico de Actuación urbanizadora y después delimitar dos especies de este género: A) En régimen de Actuación Urbanizadora, y B) En régimen de Obra Pública Ordinaria. De esta forma ganaría en claridad, conceptualización y sistemática la regulación de la ejecución del planeamiento, en desarrollo, precisamente, de lo que ya dice el art. 96.1.a) de la Ley.

A nivel de legislación básica las actuaciones de urbanización se definen en el Art. 14.1.a) LS-07, distinguiendo entre las de nueva urbanización y las de reforma o renovación.

5.2.-Requisitos:

En la modificación del art. 99 al que da nueva redacción la Ley 1/2003, de 17 de enero, se suprimen los requisitos exigidos en el anterior nº 2.

Ahora los requisitos para actuar en régimen de Actuación urbanizadora, hay que obtenerlos de un análisis conjunto de la redacción de los arts. 99.1 y 2, 100, 110.1 y 2 y 129.1 TRLOTAUC-M, de los que cabe deducir como requisitos necesarios:

Que el suelo esté clasificado como urbanizable.

Que se trate de suelo urbano no consolidado por la edificación y la urbanización del art. 45.3.A.a) y B). (Arts. 100.b) y 129.1).

Que se trate de municipio con obligación de tener POM, o que cuente con Planeamiento General no adaptado al TRLOTAUC-M.

Que estén delimitadas Unidades de Actuación o, no estándolo sea precisa su delimitación.

Ello significa que se ha de actuar en régimen de Actuación Urbanizadora.

Solo en los municipios con obligación de contar con POM:

En suelo urbanizable siempre.

En suelo urbano no consolidado por la edificación y la urbanización del art. 45.3.A.a) y B), con Unidad de Actuación delimitada o cuando sea precisa su delimitación.

A sensu contrario, en este suelo urbano cuando no sea precisa la delimitación de UA, habrá de actuarse en régimen de Obra Pública Ordinaria, régimen este que corresponderá siempre en municipios sin obligación de contar con POM.

5.3.- Unidades de Actuación.- A) Características y Requisitos. Art. 113 TRLOTAUC-M.

Delimitan el ámbito espacial de toda la actuación urbanizadora o de una de sus fases, debiendo incluir los suelos dotacionales y las parcelas susceptibles de obtener aprovechamiento edificatorio.

En suelo urbano, la unidad de actuación puede ser discontinua y voluntaria. Art. 113.2, 97.2.c), párrafo 2 In Fine.

Los sistemas generales se exceptúan de las U.A., aunque podrán ser incluidos o adscribirse a ellas y realizarse en el contexto de las mismas. Art. 97.2.e), párrafo último TRLOTAUC-M.

Esta redacción en principio parece no seguir la regla general establecida por el artículo 16.1.a) LS-07, al establecer la cesión obligatoria y gratuita del suelo necesario para la ejecución de los sistemas generales que el planeamiento general incluya o adscriba al ámbito correspondiente, y esta visión se confirma a la vista de la redacción del artículo 113.3 TRLOTAUC-M, aunque en este precepto, parece que se invierten los términos, es decir la regla general es que el Plan Parcial incluirá todos los terrenos ("… salvo, en su caso, …") los destinados a sistemas generales.

Respecto de los sistemas generales, se plantean dos cuestiones:

Cesión del Suelo: Arts. 16.1.a) LS-07, 97.1.c) y 126.1.a) TRLOTAUC-M.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 16.1.a) LS-07, y 97.1.c) y 126.1.a) TRLOTAUC-M, el suelo destinado por el planea-

miento a sistemas generales será de cesión obligatoria y gratuita a la Administración actuante, siendo requisito para ello que el planeamiento urbanístico les incluya o adscriba a una unidad de actuación en régimen de actuación urbanizadora. El Art. 16.1.a) LS-07, acaba con la distinción anterior según estuvieran en suelo urbano o urbanizable.

La obtención del suelo se realizará a través de la forma prevista para la ejecución de la Unidad, en este supuesto, la reparcelación o, expropiación, en este caso (Art. 127.3), la Administración recibe aprovechamiento por el suelo expropiado, al incorporarse como propietaria de ese suelo.

Obra urbanizadora de los Sistemas Generales: Arts.: 16.1.c) y d) LS-07, y 126.2.a), 110.2.a, b), c) y d) TRLOTAUC-M.

Entendemos que de una interpretación sistemática y conjunta de los preceptos citados, cabe deducir que los costes de ejecución material de los sistemas generales, son costes a incluir en los gastos de urbanización de la unidad de actuación en régimen de actuación urbanizadora.

Ello se deduce, a nuestro juicio, del siguiente razonamiento:

1º) Tanto la Ley estatal como la autonómica incluyen como deber de las actuaciones de transformación urbanística el costear la urbanización de la unidad o sector correspondientes.

Presupuesto que el planeamiento incluye o adscribe el suelo de los Sistemas Generales a una unidad de actuación a desarrollar en régimen urbanizador, no cabe distinguir en las obras de urbanización que han de ser completas. Donde la Ley no distingue, no cabe distinguir.

2º) Cuando la Ley ha distinguido, ha previsto otras formas de obtención y de ejecución. Así el TRLOTAUC-M, art. 126.2.b) y 127, donde se prevén otras formas de obtención y ejecución de las obras de urbanización, en casos de no inclusión o adscripción por el planeamiento.

3º) Si en la Ley se contempla como deber de las actuaciones de transformación urbanística (Art. 18.1.c) y d) LS-07, el costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la unidad de actuación (redes generales de servicios las llama la Ley estatal que trata de huir de los términos urbanísticos), e incluso la ampliación y el refuerzo de estos, parecería absurdo cuestionarse si la ejecución de los incluidos o adscritos debe ser con cargo o no a las actuaciones.

4º) Finalmente, el art. 110.2.e) párrafo 2º TRLOTAUC-M, prevé que el coste de las inversiones necesarias para cumplir estos objetivos podrá repercutirse a los propietarios de los terrenos para el cumplimiento del régimen urbanístico de la propiedad. Entre estos objetivos del Programa se incluyen la ejecución de los sistemas generales. Aquí choca el planteamiento de la Ley estatal (deber de las actuaciones), con el del TRLOTAUC-M que lo atribuye a los propietarios, aunque será a estos a los que al final corresponde (la cesión o la carga) en una y otra.

La extensión de las superficies de las U.A., se procurará que sea distinta para favorecer la actividad urbanizadora. Art. 114.1, inciso 2º TRLOTAUC-M.

Lo que con esto se quiere decir no es que necesariamente deban ser distintas, sino que su superficie o ámbito ha de acomodarse a circunstancias físicas, técnicas o jurídicas que favorezcan su ejecución.

La Unidad de actuación opera simultáneamente como ámbito para el desarrollo de la totalidad de las operaciones jurídicas y materiales precisas para la ejecución integral del planeamiento y de la comunidad de referencia para la justa distribución de beneficios y cargas. Art. 97.1.c) párrafo 2º TRLOTAUC-M.

B) Delimitación: Art. 114 TRLOTAUC-M.

La delimitación de la U.A. se contendrá en los Planes territoriales y urbanísticos y en los Programas de Actuación Urbanizadora. Art. 114.1.

Por planes territoriales aptos en orden a la determinación de las U. A. han de entenderse los Planes de Ordenación Municipal (art. 24-1-b) y los Planes de Delimitación del Suelo Urbano allí donde proceda (art. 25.1.c, en relación con el art. 114.3), y en cuanto a los Planes de desarrollo en los Parciales y Especiales. Arts. 26.2.c) y 29.2, ello, dependiendo de la clase de suelo.

Así mismo, el PAU podrá no solo delimitar la U.A., en el caso de que no se contuviese en el Plan, sino también su modificación adecuando el ámbito fijado en los Planes a condiciones idóneas para su desarrollo, pudiendo extenderse a cuantos terrenos sean necesarios para la conexión a las redes existentes. Art. 114.2.

Finalmente, la U.A. podrá delimitarse en el Proyecto de Urbanización, en el caso de actuaciones a realizar en el régimen de obras públicas ordinarias. Art. 114.3.

Esto parece de toda lógica, si secuencialmente el proyecto de urbanización (Art. 109. b) y c) TRLOTAUC-M, presupone la existencia del PAU en las ejecuciones en régimen de Actuación Urbanizadora, es el PAU donde debe contenerse.

Hay que destacar que la UA ha de delimitarse necesariamente, cuando se actúa en régimen de Actuación Urbanizadora, o en régimen de Actuación por Obra Pública Ordinaria (art. 97.1.c) TRLOTAUC-M.

Sin embargo parece existir una contradicción entre lo dispuesto por el art. 97.1.c) necesidad de UA en todo caso, con la actuación por obra pública ordinaria (art. 100 .b) que exige: no ser posible la delimitación de UA, ni con carácter discontinuo. Entendemos que esta UA a que se refiere el artículo 100 .b) lo es en Régimen de Actuación Urbanizadora, así cabe deducirlo de lo dispuesto en el art. 129.1

5.4.- El Programa de Actuación Urbanizadora.- Art. 110 TRLOTAUC-M.

Este artículo fue modificado por Ley 1/2003, de 17 de enero.

A) Concepto:

El Programa es un instrumento de naturaleza normativo-reglamentaria que por disposición de la Ley regula y delimita, de conformidad con el planeamiento, el contenido urbanístico del derecho de propiedad.

B) Naturaleza Jurídica:

La Ley no recoge el PAU como instrumento de planeamiento, no obstante cabe atribuirle la naturaleza jurídica de Plan, si bien de ejecución, por diferencia con el planeamiento de ordenación física del territorio. Así se deduce del Art. 110.1 TRLOTAUC-M, al disponer: "Los Programas de Actuación Urbanizadora determinan y organizan la actividad de ejecución, en los Municipios que cuenten con Plan de Ordenación Municipal fijando la forma de gestión de aquella…".

C) Sujetos legitimados: Art. 110 y 112 TRLOTAUC-M.

Establece el art. 112.1: " Los actos jurídicos y materiales de ejecución del planeamiento en unidades en las que la ejecución deba tener lugar en régimen de actuación urbanizadora, cumplida, en su caso, mediante obras públicas ordinarias, solo podrán ser realizados por los

sujetos públicos y, en su caso, privados legitimados para ello conforme a esta Ley."

Por su parte el artículo 110.5, dispone que podrán formular y promover Programas de Actuación Urbanizadora:

Los Municipios o cualquiera de los organismos o entidades de ellos dependientes o de los que formen parte, para la ejecución del planeamiento municipal.

La Junta de Comunidades de Castilla La Mancha o cualquiera de los organismos o entidades, públicos o privados de ella dependientes o adscritos a la misma o de los que forme parte, para el desarrollo de las competencias propias con relevancia territorial y, en todo caso, la promoción de suelo con destino a dotaciones públicas o actuaciones urbanizadoras que fomenten la industrialización o la vivienda social, de promoción pública o sujeta a cualquier régimen de protección pública.

Las restantes Administraciones públicas, para el ejercicio de sus competencias mediante la realización de actuaciones urbanizadoras.

Los particulares, sean o no propietarios de los terrenos.

Los propietarios de terrenos afectados constituyéndose en Agrupación de Interés Urbanístico.

D) Finalidad:

En consecuencia con su naturaleza de Plan, el PAU planifica la gestión urbanística, determinando y organizando la actividad de ejecución en régimen de Actuaciones urbanizadoras, estableciendo la forma de gestión.

E) Ámbito:

Establece el Art. 110.2 que el PAU deberá abarcar una o varias unidades de Actuación completas.

F) Objetivos: Art. 110.2 TRLOTAUC-M

El PAU deberá satisfacer los siguientes objetivos.

1.- Conectar e integrar adecuadamente la urbanización a que se refieran con las redes de infraestructuras, comunicaciones y servicios públicos existentes.

2.- Suplementar las infraestructuras y dotaciones públicas en lo necesario para no disminuir sus niveles de calidad o capacidad de servicio existentes o deseables.

3.- Urbanizar completamente la unidad o unidades de actuación que constituyan su objeto y realizar las obras públicas complementarias que se precisen para cumplir lo dispuestos en las letras anteriores, haciendo todo ello con sujeción a plazos pormenorizados.

4.- Obtener gratuitamente a favor de la Administración las infraestructuras y los suelos dotacionales públicos del ámbito de la actuación.

5.- Obtener gratuitamente a favor de la Administración actuante el aprovechamiento que exceda del privativo correspondiente a los propietarios de los terrenos para destinarlo a lo previsto en los apartados 2 y 3 del párrafo segundo de la letra b) del artículo 68.

El legislador lo que pretende decir, a pesar de lo mal que hace esta remisión, es: a) La superficie de suelo urbanizado para materializar el 10 % del Aprovechamiento Tipo que corresponde a la Administración (AT) con destino al PPS y b) La superficie de suelo correspondiente a la diferencia entre el AT del Sector y el AT del Área de reparto (excedente), la adquiere la Administración con carácter fiduciario.

El coste de las inversiones necesarias para cumplir estos objetivos podrá repercutirse en los propietarios de los terrenos para el cumplimiento del régimen urbanístico de la propiedad.

G) Requisitos: Art. 110.3 TRLOTAUC-M.

Los Programas de Actuación Urbanizadora:

1.- Describirán las obras de urbanización a realizar y, en su caso, las de edificación con el grado de detalle, al menos, de anteproyecto.

2.- Preverán el inicio de su ejecución material dentro de su primer año de vigencia y la conclusión de la urbanización antes de los cinco años desde su inicio.

Por causas excepcionales y previo informe favorable de la Comisión Regional de Urbanismo podrán aprobarse, no obstante, Programas de Actuación urbanizadora con plazos mas amplios o prórrogas de estos.

3.- Determinarán el calendario de su desarrollo en sus distintas fases, trabajos y gestiones que integran la actuación.

4.- Asegurarán el cumplimiento de sus previsiones, mediante crédito retenido con cargo al presupuesto de una Administración, en el caso de que tengan por objeto actuaciones a desarrollar por gestión directa, y garantía, financiera o real, prestada y mantenida por el adjudicatario seleccionado como urbanizador, por el importe mínimo que reglamentariamente se determine, que nunca podrá ser inferior al siete por cien del coste previsto de las obras de urbanización, en el caso de que se refieran a actuaciones a ejecutar por gestión indirecta.

H) Documentos del PAU: Art. 110.4 TRLOTAUC-M.

Establece el Art. 110.4 TRLOTAUC-M que los programas de Actuación Urbanizadora contendrán los siguientes documentos:

Una alternativa técnica conformada por:

Documento expresivo de la asunción de la ordenación detallada incluida en el POM o bien una propuesta de ordenación que contemple detalladamente la del sector, o unidad de actuación, o modifique la determinada en el planeamiento.

Esta es una innovación que establece la Ley, la posibilidad que el PAU, incorpore el planeamiento de desarrollo del sector, e incluso que modifique la establecida en el POM, así se deduce del artículo 26.1 TRLOTAUC-M, al prever que los PP tienen por objeto: " … la ordenación detallada de sectores completos de suelo urbanizable que no se hubiera establecido ya en los POM y el complemento y la mejora de lo establecido en estos, para optimizar la calidad ambiental del espacio urbano o la capacidad de servicio de las dotaciones públicas, justificándose en las directrices garantes del modelo territorial establecido en el POM.".

Tratándose del Plan Parcial que desarrolla el sector, el trámite para su aprobación será el mismo que para el PAU. Art. 38.1.b), Inciso 2º TRLOTAUC-M.

La regla general para la modificación del planeamiento ha sido siempre, y lo es aquí, art. 39.1 TRLOTAUC-M, que toda innovación de las determinaciones de los planes deberá ser establecida por la misma clase de Plan y por el mismo procedimiento utilizado para aprobarlos. Ahora, el inciso segundo de este artículo exceptúa de esta regla:

Las modificaciones operadas por los Planes Parciales y Planes Especiales conforme a lo dispuesto en el art. 17.B.b) y c); esto es, la posibilidad de estos planes de innovar lo dispuesto en el POM.

La concreción de la modificación que estos planes pueden operar respecto del POM, se contrae a: Art. 39.7.b) TRLOTAUC-M

Las determinaciones sobre la ordenación detallada previstas en el art. 24.2.

Las determinaciones sobre la ordenación estructural previstas en el art. 24.1.

Expresamente el art. 110.4.1.a) Ultimo Inciso prevé la posibilidad de que pueda modificar el Área de Reparto definida en el POM.

En estos últimos casos, antes de la aprobación definitiva, que corresponde al Pleno habrán de someterse a Aprobación Inicial por el mismo órgano tras la exposición al público y a informe vinculante de la Comisión Regional de Urbanismo, art. 38.2 TRLOTAUC-M.

Con ello se pretende dotar de una mayor garantía a estas modificaciones de elementos estructurales del POM.

En cuanto a la documentación exigida a estos Planes modificativos del POM se recoge en el art. 39.8 TRLOTAUC-M.

Se ha de resaltar, porque supone un cambio respecto al derecho anterior, que estos planes solo los pueden presentar los particulares en cuanto licitadores o adjudicatarios de un PAU. No cabe la posibilidad de iniciativa de los particulares en los planes de desarrollo al margen del PAU. Art. 38.1.a) TRLOTAUC-M. A nivel de derecho básico estatal constituye un principio general que: "La ordenación territorial y urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción…" (Art. 3.1 LS-07), y que el derecho de los ciudadanos sólo llega a "Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanística…" (Art. 4.e) LS-07).

b) Anteproyecto de urbanización con los siguientes contenidos mínimos: Art. 110.4.1.b) TRLOTAUC-M.

"1.- Definición y esquema de las obras de urbanización, describiendo como mínimo, los elementos significativos y relevantes que permitan determinar su coste total.

2.- Memoria de calidades, relativa, al menos, a las principales obras y elementos de urbanización a ejecutar.

3.- Definición de los recursos disponibles para los abastecimientos básicos, modo de obtención y financiación.

4.- Características básicas de la red de evacuación de aguas que se prevé diseñar, indicando su carácter separativo o no; su capacidad de drenaje, dimensionándola con el potencial aproximado de efluentes a soportar, tanto pluviales como residuales, ya tengan su origen en el ámbito del programa o bien en posibles aportes exteriores; punto o puntos de vertido y calidad de éste, en relación con su depuración e impacto ambiental.

5.- Capacidad portante de la red viaria y las directrices para la implantación de los demás servicios de urbanización.".

Aquí se plantea una cuestión: la Ley exige para su tramitación en el PAU de un anteproyecto de urbanización; pero este documento no es suficiente para la ejecución de las obras para lo cual es necesario el correspondiente proyecto conforme a las previsiones y trámites del artículo 111 TRLOTAUC-M.

Sin embargo el proyecto de urbanización completo puede tramitarse junto con el PAU, lo que desde el punto de vista de una mayor agilidad en el trámite es aconsejable. Art. 111.3, inciso 1º.

Relación precisa de los compromisos asumidos por la Administración. Art. 110.4.2, Inciso final TRLOTAUC-M.

Este documento sustituye en la Gestión Directa a la propuesta de convenio urbanístico entre el adjudicatario, la Administración actuante y los propietarios afectados, y cuyo contenido vendrá determinado por los compromisos adquiridos, plazos, garantías, penalizaciones, etc.

Hay que destacar, que el contenido está abierto a todo aquello susceptible de convenir, dentro de la Ley y el derecho, con respeto a las limitaciones establecidas en los artículos 11, 12 y 13 TRLOTAUC-M.

En los casos de gestión directa, es la Administración la que en forma unilateral establece una relación de compromisos, cuyo contenido está abierto a todo aquello que la Administración puede obligarse conforme a la Ley. Art. 4 TRLCAP y 111 RDL. 781/86 de 18 de abril, Texto Refundido de Régimen Local (TRRL) y 11.5 TRLOTAUC-M.

Proposición jurídico-económica, comprensiva de: Art. 110.4.3 TRLOTAUC-M.

Desarrollo de las relaciones entre el urbanizador y los propietarios justificando en su caso la disponibilidad de aquel sobre los terrenos de éstos, los acuerdos ya alcanzados y las disposiciones relativas al modo de retribución del urbanizador.

Estimación de la totalidad de los gastos de urbanización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 115.

Proporción o parte de los solares resultantes de la actuación constitutiva de la retribución del urbanizador o definición de las cuotas cuando se prevea el pago en metálico, expresándose si le corresponde recibir algún recargo sobre la estimación de gastos de urbanización en concepto de beneficio o retribución de la gestión.

Entendemos que como materia susceptible de convenio, es legitimo que en el caso de Gestión Directa la Administración pueda obtener el pago mediante solares para el PMS, nada se opone a ello, sin embargo no podrá incluir cobro alguno por beneficio o retribución de la gestión, debido a que la gestión directa no es una gestión empresarial, por lo que la Administración se ha de limitar al cobro de los gastos efectivamente producidos en la ejecución, ello aunque la Administración actúe por empresa pública.

Constituye un límite infranqueable a los Convenios o negocios jurídicos con la Administración, el no poder establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las establecidas legalmente (Art. 16.3 LS-07), lo que no impide que el urbanizador pueda asumir a su costa estos mayores compromisos.

Finalmente decir, que el contenido de la proposición en la Ley está pensado para el supuesto de Gestión Indirecta, y que lo dispuesto en las letras a), b), c) hay que entenderlo en cuanto marco dentro del cual hay que adaptar en cada caso los supuestos de Gestión Directa.

I) Tramitación:

Nada establece la Ley en orden a la tramitación del PAU en el supuesto de que la Administración haya acordado la gestión directa de la Actuación urbanizadora. A este respecto, parece un olvido del legislador que habrá de interpretarse dentro de las posibilidades que ofrece la propia Ley.

Las previsiones expresas de la Ley para la tramitación de los PAU son las siguientes:

El régimen establecido por el art. 120 TRLOTAUC-M para la tramitación de PAUS de iniciativa particular o a desarrollar en régimen de gestión indirecta.

El régimen establecido por el artículo 110.5.b), párrafo 2º y c), 2º TRLOTAUC-M, para el supuesto de que la promoción del PAU sea por parte de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha o cualquiera de sus organismos o entidades, públicos o privados, de ella dependientes, y para el resto de las Administraciones Públicas. En estos supuestos la tramitación y aprobación del PAU se remite a lo previsto en la Ley (art. 38) para los Planes Especiales.

Con carácter previo, se ha de destacar que estos Planes Especiales son los del artículo 38 de la Ley en desarrollo de un PAU, regla general para el planeamiento de desarrollo de ordenación previa o simultánea a la tramitación del PAU.

Sin embargo, de la redacción del artículo 110.5 TRLOTAUC-M, parece deducirse que los municipios quedan excluidos al preverse específicamente solo respecto de la Administración autonómica y sus organismos o entidades, y de otras Administraciones Públicas, conforme al principio " inclusio unio, exclusio alterius", aunque por ser una especialidad establecida exclusivamente para las Administraciones Públicas y por remitir al trámite de los instrumentos de ordenación urbanística, parece que no habría obstáculo en admitir su aplicación para el caso de promoción del PAU por el municipio.

Esta opción se confirma al examinar la regulación del art. 120 TRLOTAUC-M, que expresamente se refiere a la gestión indirecta, y que, como tal esta basado en el principio de promoción de la concurrencia que no se da en la gestión directa, ello al margen de que un procedimiento iniciado por el régimen de gestión indirecta pueda concluir en una decisión aprobatoria de la gestión directa, cuando se den las condiciones y con los requisitos establecidos en la Ley (art. 122.4 TRLOTAUC-M).

No obstante, si se depura este procedimiento de aquellas actuaciones propias de la gestión indirecta, se observa que no hay diferencia sustantiva entre ambos procedimientos: el específico para las Administraciones Públicas, según los Planes Especiales, y el de la ges-

tión indirecta, art. 120 TRLOTAUC-M, procedimiento que a nuestro juicio, estaría integrado por los siguientes actos: Arts. 120 a 122 y 124 TRLOTAUC-M.

1º.- Elaboración de la documentación exigible al PAU por Gestión Directa.

2º.- Aprobación por el Pleno de:

Forma de Gestión Directa: En base a la motivación exigida en el art. 122.4TRLOTAUC-M.

De la dicción literal del Art. 6. a) LS-07, cabe deducir que todas las actuaciones urbanizadoras, en principio, han de ser ejecutadas por la Administración competente (gestión directa), en cuanto servicio público, y serán los acuerdos para el reconocimiento de la iniciativa de los particulares (gestión indirecta), el que deberá motivarse en que la ejecución no deba realizarse directamente por la Administración.

Sometimiento a información pública de la documentación por periodo de 20 días, en el Diario Oficial de Castilla La Mancha y posterior o simultáneamente en un periódico de máxima difusión en la localidad.

Con carácter previo a la publicación, remisión de aviso, con expresión del contenido de la publicación, a los que aparezcan en el Catastro como titulares de derechos que puedan ser afectados por la actuación urbanizadora.

La información pública se promueve con la finalidad de que por parte de los interesados se puedan presentar alegaciones, para lo cual, durante el plazo establecido, el expediente será objeto de pública consulta en el lugar de la Entidad que se exprese en la publicación, que no será otro (dada la obligación expresa impuesta al Secretario de la Corporación (Art. 120.5 TRLOTAUC-M) que la Secretaría.

Asimismo y dentro de este periodo, debe realizarse por la Administración la fase de consultas (concertación ínter- administrativa) y de informes preceptivos conforme al régimen previsto en el Art. 10 TRLOTAUC-M. A este respecto hay que resaltar las condiciones básicas al régimen del suelo establecidas por la Ley básica estatal en sus Arts.11.2 y 3 y 15 LS-07

En este punto hay que destacar, que la propuesta de Convenio y la Proposición Jurídico-Económica, a diferencia del régimen de gestión

indirecta, estarán abiertas y a la vista para su examen por los interesados, dado que no hay licitación.

3º.- Examen y resolución de las alegaciones, y aprobación del PAU, con la incorporación, en su caso, de las modificaciones operadas por la aceptación de alegaciones. El plazo para que el Pleno del Ayuntamiento resuelva sobre la aprobación del PAU es de 40 días a contar desde la fecha de finalización del periodo de información pública para alegaciones. Art. 122.7 TRLOTAUC-M. A este respecto habrá de observarse lo dispuesto en el Art. 11.4 y 5 LS-07, a titulo de condiciones básicas del suelo para el caso de no aprobación en plazo de los instrumentos de ordenación y de gestión.

4º.- Remisión a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo. Art. 124.2 TRLOTAUC-M.

La remisión lo será del acuerdo aprobatorio y de un ejemplar del PAU y a los efectos de su inclusión en el Registro de PAUS.

5º.- Publicación del acuerdo de aprobación en el DOCM, tras la remisión del PAU a la Consejería.

A favor de este procedimiento estaría la redacción de los artículos referidos a la Gestión Indirecta, que incluyen referencias a la gestión directa.

Es una pena que el legislador no haya aclarado estas dudas en la modificación de la Ley operada por Ley 1/2003, de 17 de enero, ni tampoco como adecuación o aclaración en el Texto Refundido posterior..

Finalmente, cabe plantear dos cuestiones: a) Es posible que en el periodo de información pública puedan los particulares plantear proposiciones técnicas que alteren la de la Administración; y b) La resolución del expediente exige notificación a los alegantes. Respecto de la primera cuestión, creemos que no, la proposición técnica única es la presentada por la Administración, si bien es susceptible de ser modificada a través de las alegaciones de los particulares. La segunda cuestión creemos ha de resolverse en sentido afirmativo, esto es, el alegante por el principio de legitimidad pública que existe en el urbanismo es un interesado al que deberá notificarse la resolución del expediente, siendo de aplicación a este supuesto la doctrina jurisprudencial existente para la aprobación del planeamiento urbanístico. Hoy este tema esta resuelto en la legislación básica estatal al preverse expresamente en su Art. 4.e) LS-07 el derecho del ciudadano alegante “a obtener de la

Administración una respuesta motivada conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate"

5.5.- El proyecto de Reparcelación.- Art. 92 a 95 TRLOTAUC-M:

Establece el Art. 116.1 TRLOTAUC-M que: "cuando se haya adoptado la forma de gestión directa, la Administración actuante podrá optar, motivadamente y a la vista tanto de las características de la unidad (…) como de las exigencias del interés público en la ejecución, entre la reparcelación y la expropiación.

Decíamos al hablar del PAU respecto del momento de determinar la forma de gestión, si directa o indirecta, que era el momento de su elección, y entendemos que, asimismo, es el de la elección del instrumento para la ejecución entre la reparcelación o la expropiación, decisión esta que al igual que la forma de gestión ha de ser motivada, en base a las características de la unidad en que se ha de desarrollar la actuación urbanizadora y de las exigencias del interés público.

Si bien, con carácter previo, y este es también un momento adecuado para la elección tanto de la forma de gestión como de la ejecución, el artículo 92.4 TRLOTAUC-M prevé que la sola aprobación de la delimitación de la UA coloca a los terrenos incluidos en situación de reparcelación.

A) Regulación.

La normativa reguladora de la reparcelación se contiene en los artículos 92 a 95, y artículos 116.1, 118.9 TRLOTAUC-M, siendo derecho supletorio la regulación contenida en los artículos 97 a 100 TR, 76 y título II RG para lo no previsto.

B) Concepto, finalidad y clases:

Por reparcelación hay que entender conforme a lo dispuesto en el artículo 92.1: "La operación urbanística consistente en la agrupación de fincas o parcelas existentes en el ámbito de una unidad de actuación, delimitada para la ejecución del planeamiento urbanístico, para su nueva división ajustada a este,…".

La reparcelación puede tener por finalidad, conforme al nº 2, todos o alguno de los siguientes objetivos:

La justa distribución de los beneficios y las cargas derivados de la ordenación urbanística, incluidos los gastos de urbanización y gestión.

La regularización de las fincas o parcelas existentes.

La localización del aprovechamiento urbanístico en suelo apto para la edificación conforme al planeamiento.

La adjudicación a la Administración Municipal de los terrenos de cesión, así como, en su caso, al urbanizador de los edificables, que legalmente correspondan.

La adjudicación de solares resultantes a la Administración actuante o, en su caso, al urbanizador, en pago de su gestión y de la urbanización.

La sustitución en el patrimonio de los propietarios, en su caso forzosa y en función de los derechos de estos, de las fincas originarias por solares resultantes de la ejecución.

La reparcelación puede llevarse a cabo en forma voluntaria y forzosa, esta procede cuando el Ayuntamiento la imponga por ser necesaria para la ejecución del planeamiento, si bien hay que tener en cuenta que la voluntaria gozará en todo caso de preferencia. Art. 95.3.

Será voluntaria, cuando se formule propuesta por los propietarios al Ayuntamiento, formalizada en escritura pública, y para su aprobación. Art. 95.2.

C) Presupuestos que legitiman la reparcelación.-

a) Subjetivos: En los casos de Gestión Directa, parece evidente que es la Administración la que está legitimada para formular el Proyecto de Reparcelación forzosa (92.4), aunque nada impide que sean los propietarios, de acuerdo, en la reparcelación voluntaria (art. 95.2).

Además, incluso en la forzosa se prevé su terminación consensuada en forma de convenio urbanístico. Art. 116.2 TRLOTAUC-M.

b) Objetivos: La reparcelación se configura en la Ley como un instrumento para la ejecución del PAU, y consecuentemente, del planeamiento urbanístico. Art. 92.1 y 116.3 TRLOTAUC-M.

Por ello, la reparcelación instrumento de ejecución del planeamiento, requiere con carácter previo que se den los presupuestos del art. 109, esto es, la aprobación del planeamiento, la ejecución de un PAU, y la aprobación del Proyecto de Urbanización.

No obstante, en el suelo urbano, el proyecto de reparcelación es posible en casos como: reparcelación voluntaria, regularización de fincas. Art. 92.2 a) y b) TRLOTAUC-M.

D) Momento para la aprobación.

Lo normal es que el proyecto de reparcelación sea el último escalón para la ejecución, esto es que se presente una vez aprobado el PAU y el Proyecto de urbanización, pero a nuestro juicio nada impide que el Proyecto de reparcelación sea tramitado simultáneamente con ambos instrumentos, en la Gestión Directa. Así se deduce del Art. 116.1 TRLOTAUC-M: "Cuando se haya adoptado la forma de gestión directa…", lo que viene a suponer que es previa la decisión de la forma de gestión y del art. 92.4 TRLOTAUC-M al disponer: "La delimitación de la UA coloca a los terrenos en situación de reparcelación…".

E) Documentos y procedimiento para la aprobación:

Establece el artículo 92.5 TRLOTAUC-M, que reglamentariamente se determinará:

b) La iniciativa y el contenido sustantivo y documental de la reparcelación, y c) El procedimiento de aprobación de la reparcelación, que, en todo caso, tratará de ajustarse a las siguientes reglas:

1.- Información pública por plazo mínimo de 20 días.

2.- Acreditación de la titularidad y situación de las fincas originarias, mediante certificación del Registro de la Propiedad de dominio y cargas.

3.- Audiencia por 10 días a los titulares registrales no tenidos en cuenta en la elaboración del proyecto y a los que resulten afectados por las modificaciones introducidas en el Proyecto tras el periodo de información pública.

Entendemos de aplicación, hasta tanto se apruebe el Reglamento de desarrollo, la normativa establecida por el Reglamento de Gestión Urbanística, Arts. 106 a 112, respecto de la tramitación y

82 y 83 respecto de la documentación, con el respeto, en todo caso, a las reglas anteriores y a los criterios establecidos en el artículo 93 TRLOTAUC-M.

Aquí se suscita la cuestión, del órgano competente para su aprobación, entendiendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 21.1.j) LBRL, lo que determina que sea el Alcalde, y en los Municipios del Titulo X, LBRL la Junta de Gobierno Local conforme al Art. 127.1 d).

F) Efectos de la aprobación del Proyecto de Reparcelación:

Al igual que en el apartado anterior habrá de estarse a la regulación del Reglamento de Gestión, Art. 122 a 130, complementando la regulación directa del PAU y la establecida en el TRLOTAUC-M.

5.6.- La Ejecución por Expropiación:

A) Supuestos en que procede:

Establece el artículo 143.1 TRLOTAUC-M, que sin perjuicio de su aplicación instrumental para la ejecución del planeamiento territorial y urbanísticos en los términos de esta Ley…".

En este estudio nos vamos a centrar justamente en este supuesto de aplicación de la expropiación en cuanto instrumento para la ejecución del planeamiento urbanístico, y dentro de la Gestión Directa del mismo.

A este respecto el art. 96.1.a) delimita la ejecución del planeamiento en: Régimen de actuaciones urbanizadoras y de obras públicas ordinarias; y determina que la forma de gestión directa (art. 96.2) es posible respecto de ambas.

1) En régimen de actuación urbanizadora: En este sentido, el artículo 116.1 TRLOTAUC-M, dispone que cuando se haya adoptado la forma de gestión directa la Administración actuante podrá optar, motivadamente por la expropiación en base a:

Las características de la Unidad de actuación.

Exigencias del interés público en la ejecución.

A pesar de la dicción de algunos preceptos (art. 118.9) que parecen sugerir que es una opción libre de la Administración actuante el optar como instrumento para la ejecución por la Expropiación, enten-

demos que, al igual que en la elección de la forma de gestión, la Administración no es libre y deberá justamente motivar su decisión en base a las exigencias del art. 116.1 TRLOTAUC-M.

2) En régimen de obra pública ordinaria: En aquellos supuestos en que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 100 y 129.1 TRLOTAUC-M, procede el régimen de actuación por obra pública ordinaria la gestión será directa siempre por parte de la Administración (Art. 100, párrafo 1º) y, en consecuencia, al igual que en la letra anterior, la Administración actuante adoptará el acuerdo expropiatorio en base a lo dispuesto en el art. 116.1 TRLOTAUC-M.

3) Otros supuestos:

a) Actuaciones excepcionales de singular rentabilidad:

Introduce la Ley este supuesto de actuaciones excepcionales de singular rentabilidad en el art. 118.9, y al hilo de las relaciones del urbanizador con los propietarios, lo que, por el contenido de estos supuestos, hace parecer inadecuada su ordenación sistemática.

Pero la realidad es esta, supuesta la previsión en el Plan de ordenación de estas Actuaciones excepcionales de singular rentabilidad, la Administración actuante deberá adoptar acuerdos motivados sobre la forma de gestión y, aplicación, en su caso, de la expropiación.

b) La ejecución de sistemas generales:

En aquellos supuestos de S.G. no incluidos o no adscritos a U.A. (art. 97.1.c), párrafo último y 126.1.b) TRLOTAUC-M), lo normal será reconducir su ejecución al régimen de obra pública ordinaria (art. 126.2.b) y a la expropiación.

B) Requisitos:

1) Subjetivos:

Los requisitos subjetivos están determinados por el Ente expropiante, beneficiario y expropiado, y vienen remitidos en cuanto doctrina general a la legislación estatal de expropiación forzosa de diciembre de 1964 (LEF).

El artículo 2.1 LEF y 3 REF, reconoce la potestad expropiatoria a los Entes territoriales, esto es (art. 137 CE) Estado, CC.AA., provin-

cia y municipio, aunque por vía de legislación especial se ha venido otorgando la potestad expropiatoria a organismos o entes no territoriales. Ejemplo Ley de 30.07.59 al Instituto para la promoción Pública de la Vivienda, anteriormente COPLACO, Entidad Municipal Metropolitana de Barcelona, etc.

La Ley aunque en forma indirecta, delimita los entes expropiantes en el Estado, CC.AA., Provincia y Municipio (art. 152.2, inciso 1º y 110.5. a), b) y c)) TRLOTAUC-M.

En los supuestos en que la promoción corresponde a organismos públicos dependientes del municipio que no cuenten con la potestad expropiatoria, se tendrá por Ente expropiante al Municipio, art. 110.5 a) párrafo 2º, aunque en el supuesto de Gestión Directa lo normal será que la promoción sea del propio municipio, al margen del organismo o ente instrumental (art. 105.1) creado para la gestión y ejecución.

Beneficiario de la expropiación en la gestión directa lo será siempre la Administración.

Expropiado lo serán los sujetos sobre cuyos bienes o derechos recae la expropiación.

2) Objetivos:

En la delimitación de la Unidad de Actuación, o en la delimitación del ámbito de la obra pública ordinaria, a gestionar en forma directa, con utilización de la expropiación, será requisito necesario la incorporación de: (art. 145 LOTAUC-M).

a) Relación de propietarios y descripción de los bienes y derechos, conforme a la LEF (arts. 15 y ss.).

b) Relación y descripción de los bienes de dominio público en forma separada e independiente.

C) Procedimiento.- Establece el artículo 149.1 TRLOTAUC-M, que para la expropiación podrá aplicarse tanto el procedimiento individualizado como el de tasación conjunta, remitiendo a la legislación estatal, lo que no es sino repetición de lo dispuesto en el art. 28.3 LS-07.

La decisión sobre el procedimiento a seguir corresponde a la Administración actuante, en cuanto al régimen jurídico del procedimiento, entendemos de aplicación:

Procedimiento Individualizado: Una vez aprobada la relación de propietarios y descripción de los bienes y derechos a expropiar, se seguirá lo dispuesto en los arts. 26 y ss. LEF.

Procedimiento de Tasación conjunta: En este supuesto la Administración deberá realizar el Proyecto de expropiación conforme a lo dispuesto en el art. 138 TR-76 y art. 202.1 RGU, que será la normativa de aplicación, al haber quedado derogados los preceptos del TR-92.

Por lo demás, la delimitación de la unidad de actuación, así como de la relación y descripción de los propietarios y de los bienes y derechos, determinará la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación y el inicio de los expedientes expropiatorios. Art. 143.2 TRLOTAUC-M.

Asimismo, en el procedimiento de Tasación conjunta la resolución de la Administración aprobatoria del Proyecto de Expropiación implicará la declaración de urgencia o el requisito a que la legislación estatal (LEF) condicione la ocupación del bien o derecho, previo pago o depósito del justiprecio. Art. 149.2 TRLOTAUC-M.

En el procedimiento individualizado, la declaración de urgencia en la ocupación (art. 52 LEF), deberá acompañarse de una memoria justificativa de las razones particulares que motiven la urgencia.

D) Justiprecio.- La regla general, es que los criterios para la valoración de los bienes se rige por lo dispuesto en la legislación general sobre urbanismo, Arts. 20.1 b) LS-07 y 147.1 TRLOTAUC-M.

Estos criterios son los establecidos en el Título III, arts. 20 a 30 LS-07, de aplicación plena en todo el Estado a tenor de lo dispuesto en su Disposición Final Primera.

El Justiprecio se fijará por mutuo acuerdo o, en su caso, y con carácter definitivo por el Jurado Regional de Valoraciones. Art. 147.3 TRLOTAUC-M.

Este mutuo acuerdo será posible en cualquier momento del expediente anterior a la fijación definitiva en vía administrativa (Jurado Regional de Valoraciones) Art. 147.3, párrafo 2º. y 151.1 TRLOTAUC-M.

El mutuo acuerdo dentro del plazo concedido y en el precio fijado por la Administración otorga el derecho al expropiado de recibir el 5% sobre el justiprecio establecido. Art. 151.2 TRLOTAUC-M.

E) Pago del Justiprecio.- La regla general es que el pago del justiprecio se realice en metálico (art. 48.2 LEF), sin embargo la Ley establece la posibilidad del pago en especie (art. 147.2 TRLOTAUC-M), en este mismo sentido lo dispuesto en el artículo 28.3 LS-07, al disponer: " Si hay acuerdo con el expropiado, se podrá satisfacer en especie".

La regulación del pago se contiene en los artículos 48 a 51 LEF, y 48 a 51 REF.

El pago en especie se contiene en los artículos 147.2 y 151 TRLOTAUC-M y deberá articularse mediante convenio entre la Administración y el expropiado, así parece deducirse del artículo 151.3 al incorporarse al documento de acuerdo: "… mediante la adjudicación de parcelas resultantes de la propia actuación o de cualesquiera otras (…) o, estableciendo en cada caso las obligaciones referentes al abono de costes de urbanización correspondientes."

En estos supuestos de pago en especie, no procede el pago del 5%. Art. 151.3, párrafo 2º TRLOTAUC-M.

F) El Jurado Regional de Valoraciones.- Es el órgano de la Administración de la Junta de Comunidades especializado en materia de expropiación forzosa, adscrito a la Consejería competente en materia de Economía y Hacienda, con competencia resolutoria definitiva para la fijación del justo precio en las expropiaciones cuando el Ente expropiante sea la CC.AA., la Diputación o el Municipio. Art. 151.1 y .2 TRLOTAUC-M.

Las resoluciones del Jurado Regional de Valoraciones tienen carácter de firmes en vía administrativa. Art. 151.2.

En esta letra, se ha introducido una modificación por Ley 1/2003, de 17 de enero respecto a los requisitos para la designación del Presidente del Jurado.

5.7.- El Proyecto de urbanización:

A) Concepto.- Establece el Artículo 111.1 TRLOTAUC-M: Que los proyectos de urbanización son proyectos de obras que definen los detalles técnicos de las obras públicas previstas en los planes. Se redactarán con precisión suficiente para poder ser ejecutados, eventualmente, bajo la dirección de técnico distinto a su redactor. Art. 98 RPC-M

El proyecto de urbanización es, en consecuencia, un proyecto de obras, en este aspecto no ha cambiado la concepción que ha tenido

desde siempre en el urbanismo, como instrumento para la ejecución de obras por razón de urbanismo, nunca de planeamiento.

B) Exigencias.- La elaboración y previa aprobación del Proyecto de Urbanización es requisito previo a la ejecución de toda obra urbanizadora por razón de urbanismo, y, en su caso, en régimen edificatorio.

Así el artículo 111.1, inciso 3º TRLOTAUC-M, dispone: "toda obra pública de urbanización, sea ejecutada en régimen de actuación urbanizadora o edificatoria, requerirá la elaboración de un Proyecto de Urbanización, su aprobación administrativa y la previa publicación de esta en el BOP."

C) Clases.- El TRLOTAUC-M distingue tres tipos de proyectos de urbanización en su artículo 111, y Art. 99 RPC-M

1) Proyectos de urbanización para actuaciones urbanizadoras. Art. 111.3 TRLOTAUC-M y 99.1 y 147.2 RPC-M

Hay que destacar que aquí estarían incluidos los proyectos a ejecutar en régimen de actuación urbanizadora, y los que se ejecuten en régimen de obra pública ordinaria.

2) Proyectos de urbanización de obra pública ordinaria y los simplificados para la mera reparación, renovación o introducción de mejoras ordinarias en obras o servicios ya existentes, sin alterar el destino urbanístico del suelo. Art. 111.3, párrafo 3º. (Modificación por Ley 1/2003, de 17 de enero). Art. 147.3 RPC-M.

Son estos supuestos aquellos en los que la obra a ejecutar por la Administración sirven a los fines exclusivos de reparación o mejora de la urbanización ya existente, o para completarla sin incidir en los aprovechamientos urbanísticos, ya existentes, de los terrenos.

Parece que este es un Proyecto de Urbanización rebajado en su categoría, dado que la Ley lo denomina Proyecto de obra pública ordinaria, o simplificado.

3) Los proyectos de urbanización precisos dentro del régimen de actuaciones edificatorias, Art. 111.3, párrafo 2º TRLOTAUC-M. Estos son los proyectos de urbanización de iniciativa particular con el fin de completar la urbanización necesaria para que los terrenos adquieran la condición de solar.

D) Contenido: Art. 111.2 TRLOTAUC-M.

Establece el artículo 111.2: "Los proyectos a que se refiere el número anterior contendrán una memoria descriptiva de las características de las obras, planos de proyecto y de detalle, mediciones, cuadro de precios, presupuesto y pliego de condiciones de las obras y servicios.

Su contenido documental se contiene en el Art. 101 RPC-M.

E) Aprobación.

En este tema nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe IV. Nº 4.6.

5.8.- Las Obras y los Gastos de Urbanización.

A) Las obras de urbanización:

Son todas aquellas necesarias para cumplir los objetivos del Programa de Actuación Urbanizadora, o, en su caso, de la Obra Pública Ordinaria. Art. 110.2. (Remisión a epígrafe V.Nº5.4.f)

Sus determinaciones se contienen en el Art. 100 RPC-M

B) Los Gastos de la Urbanización: Art. 115 TRLOTAUC-M.

Los gastos de la obra de urbanización son:

1) Obras de vialidad, comprensivas en todo caso de las de explanación, afirmado y pavimentación de calzadas; construcción y encintado de aceras; y construcción de las canalizaciones para servicios en el subsuelo de las vías o de las aceras.

2) Obras de saneamiento, incluidas las de construcción de colectores generales y parciales, acometidas, alcantarillas, ramales, sumideros y atarjeas para aguas pluviales y estaciones depuradoras, en la proporción que corresponda a la unidad de actuación.

3) Obras para la instalación y el funcionamiento de los servicios públicos de suministro de agua, incluyendo las de captación de ésta cuando sean necesarias y las de distribución domiciliaria de agua potable, de riego y de hidratantes contra incendios; de suministro de energía eléctrica, comprendiendo la conducción y la distribución, así como el alumbrado público, comunicación telefónica y cualquiera otra que estuvieran previstas por el planeamiento.

4) Obras de ajardinamiento y arbolado, así como de amueblamiento urbano, de parques y jardines y vías públicas.

5) Redacción técnica y anuncios preceptivos en la tramitación administrativa de los diferentes instrumentos de planeamiento de desarrollo precisos para la ordenación detallada y de los proyectos de urbanización y de reparcelación.

Entendemos que en los supuestos de Gestión Directa, para poder incluir los gastos por redacción de Proyectos se hace preciso que, con carácter previo, el Ayuntamiento apruebe la ordenanza de la Tasa por redacción de instrumentos de planeamiento, gestión y ejecución urbanística. No obstante los Tribunales de Justicia se muestran remisos a la admisión de estas Tasas por considerar que la actividad de planeamiento urbanístico y de su ejecución es pública.

6) Gastos de promoción y gestión de la actuación urbanizadora, incluyendo el beneficio o la retribución empresarial del urbanizador.

7) Indemnizaciones que procedan a favor de propietarios o titulares de derechos, incluidos los de arrendamiento, referidos a edificios y construcciones que deban ser demolidos con motivo de la ejecución del planeamiento, así como de plantaciones, obras e instalaciones que deban desaparecer por resultar incompatibles con este.

8) Cuando así se prevea expresamente en el planeamiento a ejecutar, o en el Programa de Actuación Urbanizadora, además las obras de infraestructura y servicios exteriores a la unidad de actuación que sean precisas tanto para la conexión adecuada de las redes de la unidad a las generales municipales o supramunicipales, como para el mantenimiento de la funcionalidad de éstas, así como cualesquiera otras cargas suplementarias que se impongan a los terrenos.

C) Gastos de conservación de la urbanización: Art. 115.2 TRLOTAUC-M

Estos gastos corresponden al urbanizador y a los propietarios de los solares resultantes, por lo que no están incluidos, surgen una vez que se ha producido la adjudicación de solares y hasta la recepción de la urbanización por la Administración.

Son todos aquellos relativos al mantenimiento de todas las obras y los servicios previstos en el número anterior (Art. 115.1 TRLOTAUC-M).

D) Resarcimiento de gastos con cargo a Entidades concesionarias o prestadoras de servicios.

Establece el artículo 115.3 TRLOTAUC-M: " Los propietarios de los solares resultantes y el urbanizador tendrán derecho a resarcirse, con cargo a las entidades concesionarias o prestadoras de los correspondiente servicios, de los gastos correspondientes a las obras precisas para el primer establecimiento y el mantenimiento de los servicios de abastecimiento de agua potable, suministro de energía eléctrica y, en su caso, telefonía, en la parte que, conforme a la reglamentación o las condiciones de prestación de estos no deba ser asumida por los usuarios. Los costes de establecimiento y de conservación se acreditan mediante certificación expedida por la Administración actuante.".

Este derecho de reintegro de los costes habidos en las obras de primer establecimiento de servicios, ya venía siendo reconocido en el derecho estatal (art. 122.1 a) TR-76) 59.2RGU. Ahora con carácter básico también lo prevé el Art. 16.1.c) LS-07.

Están obligadas a resarcir las compañías suministradoras titulares o concesionarias de las redes afectadas.

La acreditación de los costes habidos se realiza mediante certificación expedida por la Administración. Art. 115.3, inciso último TRLOTAUC-M.

Sin embargo, ésta regulación es mera ilusión, dado que la normativa reguladora de los servicios generales de carácter universal impone las obras de éstos servicios dentro de los deberes urbanísticos de la propiedad del suelo y por tanto a cargo de los propietarios.

Por lo que se refiere a las Compañías distribuidoras de energía eléctrica la regulación de la ley 54/1997, de 27 de Noviembre del Sector Eléctrico, y del RD. 1955/2000, de 1 de Diciembre, por el que se regula la actividad de transporte, distribución y comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica convierten en papel mojado la regulación al respecto de las leyes urbanísticas estatal y autonómicas, Por resultar contraria a la regulación que con carácter básico ha operado el estado en el binomio: regulación del sistema eléctrico y regulación de contenido urbanístico del derecho de propiedad del suelo.

En este sentido, la STS de 25 de Noviembre de 2002, Ar. 10562, Ponente Murillo de la Cueva, desestima el recurso presentado por la Asociación de Promotores y Constructores de España, que había impug-

nado el contenido del Art. 45 del RD.1955/2000, en todos sus apartados excepto el 4º, y el Art. 47.5, por diversos motivos entre los que cabe destacar: infracción de la regulación del contenido del derecho de propiedad urbanística del suelo, del derecho de propiedad, derecho a la expropiación forzosa, enriquecimiento injusto, etc. A lo largo del F.J. 6º se encarga la Sentencia de desmontar los argumentos de la demanda, con los fundamentos que en forma resumida a continuación se expresan:

1º.- "No se vulnera pues, la legislación sobre costes de la urbanización, ni el derecho al reintegro de los gastos en que haya incurrido el solicitante del suministro. Y esto es así a pesar de cuanto disponen las leyes urbanísticas vigentes en las Comunidades Autónomas desde el momento en que, cuando en ellas se va más allá de una previsión genérica sobre los gastos de urbanización, se hace remisión a la legislación específica correspondiente. En este caso a la del sector eléctrico. Y situados en este campo, el Estado, en virtud de la competencia que le atribuye la cláusula 25ª del artículo 149.1 de la Constitución sobre las bases del régimen minero y energético, puede dictar regulaciones como la que aquí examinamos. Regulaciones que por otra parte, enlazan con las previsiones de la Ley 6/1998, aplicables en toda España y establecidas en virtud de la competencia estatal que reconoce la cláusula 13ª del artículo 149.1 de la Constitución, encaminadas a fijar un régimen común para el desarrollo de lo que la propia Ley 54/1997 considera servicio esencial (artículo 2.2), razón por la cual atribuye carácter básico a sus normas (disposición final primera 1)".

2º.- "En esa Ley 6/1998 se regulan, al amparo del artículo 149.1.1ª de la Constitución las condiciones básicas que definen el régimen del derecho de propiedad común a toda España. Y, precisamente, a la hora de sentar ese estatuto común, se pronuncia sobre los deberes de los propietarios en forma diferente, en lo que ahora nos importa, a como lo hacía la legislación anterior. Así frente a lo establecido en el Texto Unificado de 1976, imponen al propietario de suelo urbano el deber de "costear y, en su caso, ejecutar la urbanización"(artículo 14.2.e) y al de suelo urbanizable el de "costear y, en su caso, ejecutar las infraestructuras de conexión con los sistemas generales exteriores a la actuación y, en su caso, las obras necesarias para la ampliación o refuerzo de dichos sistemas generales requeridos por la dimensión y densidad de la misma y las intensidades de uso que ésta genere, de conformidad con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento general".

3º.- "…la Ley 6/1998 modifica el tratamiento que, con anterioridad a ella estaba vigente. Así resulta de su exposición de motivos y de

los artículos 14.2 y 18.3 antes citados. Y la Ley 54/1997 no contiene más que remisión al reglamento, el cual, ciertamente, debe someterse a la Ley. Que es lo que hace, respetando lo establecido por la Ley del Suelo y Valoraciones vigente."

Sin embargo, de la Sentencia se deduce que la normativa urbanística autonómica en materia de resarcimiento de gastos de urbanización si puede ser aplicable a otros servicios, así en ella se dice: "Así pues, no hay infracción de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por lo demás, cuanto se ha dicho no quiere decir que queden sin contenido las normas autonómicas que afirman la existencia de un derecho de los propietarios a reintegrarse de estos gastos. En efecto, sucede que, por debajo de los umbrales de potencia a los que se refiere el artículo 45.1, son directamente las distribuidoras las que deben asumirlo. Además, las reglas autonómicas invocadas por la actora no solo se refieren a las instalaciones para el suministro de energía eléctrica. De ahí que, tratándose de otros suministros, pueda caber una solución diferente…"

E) La retasación de los costes de urbanización.

Los gastos de urbanización a sufragar por los propietarios afectados por la Actuación urbanizadora son en principio los previstos en el Programa de Actuación Urbanizadora, y constituyen la retribución del urbanizador, pero es posible que las previsiones se modifiquen en el transcurso de la ejecución. A este respecto, el artículo 115.4 TRLOTAUC-M establece: " El Municipio podrá aprobar, previa audiencia de los propietarios, la modificación de la previsión inicial de gastos de urbanización en el caso de aparición de circunstancias técnicas objetivas, cuya previsión por el urbanizador no hubiera sido posible con ocasión de la elaboración del proyecto de urbanización. La retasación de los costes no podrá suponer modificación o incremento en la cuantía del beneficio empresarial del urbanizador.".

Hay que destacar, que solo procede la modificación cuando se dan los supuestos de hecho previstos: aparición de circunstancias técnicas objetivas, cuya previsión por el urbanizador no hubiera sido posible con ocasión de la elaboración del Proyecto de urbanización.

Estamos ante la aplicación de una doctrina jurisprudencialmente asentada en el campo de los contratos de obra pública, y que requiere en todo caso, la acreditación por el urbanizador ante la Administración, la audiencia de los afectados y la aprobación de dicha Administración.

Es una excepción al precio cierto de las obras de urbanización previstas, y fuera del principio de riesgo y ventura del urbanizador, y tiene un límite: La retasación de los costes no podrá suponer modificación o incremento del beneficio empresarial del urbanizador.

F) Las cuotas de urbanización.-

Casos en que procede: Art. 119.1 TRLOTAUC-M.

Establece el artículo 119.1:"Salvo en el caso de que el urbanizador asuma el compromiso de promover viviendas sujetas a un régimen de protección pública o uso de interés social, procederá la retribución en metálico de la actuación urbanizadora:

Cuando así se determine en la adjudicación del PAU.

Cuando, habiéndose determinado la retribución en terrenos edificables, algún propietario exprese su disconformidad con la proporción de terrenos que le corresponda ceder.

Cuando, tras la aprobación del proyecto de reparcelación, se produzcan variaciones en los gastos de urbanización debidos a cambios en el proyecto de urbanización no imputables al urbanizador.

2) Las cuotas de urbanización: Art. 119.2 TRLOTAUC-M.

Importe: El importe deberá corresponderse con la previsión inicial de gastos de urbanización, o, en su caso, con la modificación aprobada por la Administración.

Liquidación provisional: La liquidación provisional deberá constar de una memoria y una cuenta detallada y justificada de los gastos previstos de urbanización.

Su aprobación se realiza por la Administración actuante previa audiencia de los propietarios afectados. Esta aprobación debe producirse en el plazo de un mes, transcurrido el cual se entenderá aprobado por silencio. Art. 119.2 a), párrafo 2º.

La tramitación puede hacerse conjuntamente con el proyecto de reparcelación. Art. 119.2.b).

Las parcelas sujetas a los pagos de las cuotas de urbanización quedarán afectadas a dichos pagos como carga real que deberá inscribirse en el

Registro de la Propiedad por el importe estipulado a cuenta en la liquidación provisional, pudiendo practicarse, a instancia del urbanizador nueva afección por el incremento que resulte de la cuota aprobado por la Administración.

Liquidación final: Art. 119.3 TRLOTAUC-M

El importe final de las cuotas de urbanización devengadas por cada parcela se determinará repartiendo entre todas las parcelas resultantes, en directa proporción a su aprovechamiento urbanístico, las cargas totales del Programa.

Este importe puede corregirse, excepcionalmente, según reglas objetivas y generales estipuladas en el programa o al aprobarse el proyecto de urbanización o reparcelación, para valorar las situaciones de las parcelas en función de su proximidad a equipamientos, servicios comunes u otras circunstancias urbanísticas a determinar reglamentariamente.

Recaudación:

La recaudación de las cuotas de urbanización se realizará como regla general en la forma convenida entre urbanizador y propietarios, no obstante, el urbanizador puede:

1.- Reclamar el pago anticipado de las inversiones previstas para los 6 meses siguientes a los propietarios de las parcelas directamente servidas por las otras correspondientes, y también de las indirectamente afectadas.

Estas liquidaciones son provisionales a resultas de la liquidación final.

2.- Exigir las indemnizaciones sustitutorias de los excesos o defectos de aprovechamiento, cuando supere o no alcance para la adjudicación de una parcela o solar de los resultantes.

3.- El urbanizador podrá convenir con los propietarios obligados, el aplazamiento en el pago de las cuotas de urbanización, no mas allá, salvo fianza o aval, del momento de iniciación de la edificación.

Creemos que no es aplicable a este supuesto la posibilidad, concedida por el Art. 129.3,párrafo 3º TRLOTAUC-M, de aplazamiento de las cuotas de urbanización hasta un periodo máximo de 10 años, por ser

específica de la obra pública ordinaria esta previsión, y debido a que en la Actuación en régimen de actuación urbanizadora comporta una gestión empresarial de producción de solares de los que son beneficiarios los propietarios de terrenos aportados a la Unidad de Actuación; producción esta de solares que no podría ser financiada con recursos públicos durante el periodo de aplazamiento.

4.- El impago de las cuotas de urbanización dará lugar a su recaudación por la vía de apremio, y al devengo del interés legal a partir del mes a contar desde la notificación del deber de pago.

PRINCIPALES MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA VALENCIANA (LEY 16/2005, DE 30 DE DICIEMBRE, DE LA GENERALITAT, URBANÍSTICA VALENCIANA, Y LEY 14/2005, DE 23 DE DICIEMBRE, DE LA GENERALITAT, DE MEDIDAS FISCALES, DE GESTIÓN FINANCIERA Y ADMINISTRATIVA, Y DE ORGANIZACIÓN DE LA GENERALITAT).

José Manuel Palau Navarro
Gómez–Acebo & Pombo Abogados S.L.

RESUMEN:

La legislación urbanística valenciana ha sufrido unos cambios considerables en los últimos tiempos (realmente en año y medio). Dichos cambios se iniciaron con la aprobación de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, continuaron con la aprobación de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo No Urbanizable y han tenido su culminación con la aprobación de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat y la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana.

De las leyes citadas, las que tienen más incidencia urbanística son las dos últimas, ya que la Ley Urbanística Valenciana viene a sustituir a la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística, y la Ley 14/2005 introduce unas modificaciones en la Ley Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje y en otras formativas sectoriales con una clara incidencia en el urbanismo. Incidencia que es más importante cuando se entra a valorar el contenido material de cada una de las normas.

Por todo lo anterior, el desarrollo de la presente Ponencia voy a centrarla en la Ley Urbanística Valenciana y en la Ley 14/2005, no

abarcando todos sus contenidos, sino exclusivamente aquellos que a mi juicio conllevan un cambio sustancial respecto de lo regulado en las normas a las que sustituyen.

A) Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat

La presente Ley introduce numerosas modificaciones en diversos textos legales, si bien voy a centrarme exclusivamente en aquellas cuestiones con incidencia en cuestiones urbanísticas, en concreto en las modificaciones de la Ley de Carreteras, de la Ley del Suelo No Urbanizable y de la Ley Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.

a) Modificación del artículo 33 de la Ley 6/1991, de 27 de marzo, de Carreteras de la Comunidad Valenciana

La modificación que se introduce en los artículos 84 y 85 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat afectan a los apartados 3 y 4 del artículo 33 de la Ley 6/1991, de 27 de marzo, de Carreteras de la Comunidad Valenciana, siendo su contenido material el siguiente:

1) Se procede a establecer la zona de protección de las carreteras del siguiente modo:

TIPO DE VÍA	L. 6/91	L. *14/2005*
Autopistas y autovías	*50 m.*	*100 m.*
Vías rápidas	*25 m.*	*100 m.*
Carreteras con 4 ó más carriles y resto carreteras Red Básica	*25 m.*	*50 m.*
Resto de carreteras	*18 m.*	*25 m.*

En definitiva lo que se produce es un acercamiento a lo establecido en la normativa estatal al respecto.

2) Se establece que los terrenos incluido en la zona de protección de la carretera no computarán a efectos de las reservas dotacionales mínimas exigibles por la legislación urbanística, si bien el planeamiento

podrá establecer excepciones, siempre que razones de interés público lo aconsejen y previo informe vinculante de la Consellería competente en materia de carreteras.

Esta modificación tienen una gran importancia, ya que en el precepto modificado se establece que en la zona de protección no se podrán realizar obras, prohibiendo la nueva construcción de edificaciones, lo que unido a la nueva redacción del precepto da lugar a que los suelos incluidos en la zona de protección deberán quedar libres de todo uso lo que puede potenciar (por ejemplo, en implantaciones residenciales) que tiendan a excluirse de la delimitación sectorial dichos suelos.

b) Modificación de los artículos 24; 30.3 y 34.2 de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo No Urbanizable

La modificación que se introduce en los artículos 112 a 114 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, afecta a los artículos 24; 30.3 y 34.2 de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo No Urbanizable, siendo su contenido material el siguiente:

1) La modificación del artículo 24 de la Ley del Suelo No Urbanizable tiene como objetivo fundamental establecer una regulación más específica para la generación de energías renovables.

2) La modificación del artículo 30.3 de la Ley del Suelo No Urbanizable tiene por objeto establecer como regla general el silencio administrativo negativo en los casos de autorización de usos y aprovechamientos en suelo no urbanizable promovidos por los particulares.

3) Con la modificación del artículo 34.2 de la Ley del Suelo No Urbanizable se intenta mitigar uno de los problemas más graves generados a este respecto: el cálculo del canon de uso y aprovechamiento. En realidad con la presente modificación no se modifica la forma de cálculo (que será una cantidad equivalente al coste económico que se derivaría de su transformación en suelo urbanizable), sino que exclusivamente se limita a establecer la posibilidad de que, mediante Orden del Conseller competente, su pago se fraccione a un plazo de 30 años, siempre que se manifieste una desproporción entre la cuantía del canon y la rentabilidad económica del aprovechamiento a implantar.

c) Modificación del artículo 13.6 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje

El artículo 115 de la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat acomete una de las modificaciones más esperadas en los últimos tiempos: La del artículo 13.6 de la Ley Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.

Dicha modificación conlleva la necesidad de ceder suelo no urbanizable protegido (en una superficie igual a la que se reclasifica) por cualquier cambio de clasificación que se opere y afecte al suelo no urbanizable común, siendo los cambios más sustanciales los siguientes:

1) La cesión a realizar debe serlo de suelo no urbanizable protegido Bien por el planeamiento, bien por la legislación medioambiental), con independencia de que sea o no productivo. No obstante, se impone la nueva obligación de realizar una acción continuada por la Administración para mantener el valor digno de protección.

2) Las cesiones son a cargo, de forma indubitada, de la actuación, procediéndose a su obtención mediante reparcelación al imponerse su condición de elementos de la red primaria (PQL) en suelo no urbanizable adscritos a los nuevos sectores a desarrollar y no computable para determinar el estándar de parque de la red primaria.

A este respecto hay que destacar que la anterior afirmación deviene de lo establecido en el artículo 15.3 de la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo No Urbanizable, y en los artículos 52.2.b); 73.3.f); 74.3.b), y 169.3.e) de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, permitiéndose establecer al respecto una ponderación.

3) Se establece que preferentemente la cesión debe realizarse en suelo, no obstante se permite su sustitución por aportación dineraria cuando no exista suelo no urbanizable protegido, aunque la redacción dada tiene un margen de interpretación.

4) Ya no existe una exclusión de dicha cesión por el establecimiento un una edificabilidad inferior a 0'35 m^2t/m^2s, alcanzando esta exclusivamente a los siguientes supuestos:

   - Las reclasificaciones promovidas por la Administración, sus concesionarios o agentes, siempre que tengan por objeto la

implantación de cualquier tipo de equipamiento o actuación de interés público o social.

- También queda excluida la parte del suelo reclasificado que se destine a la promoción de viviendas sujetas al algún régimen de protección pública.

5) También es necesario concretar a que tipo de planeamiento afecta dicho precepto. En texto del artículo 13 que ahora se deroga quedaba claro que las reclasificaciones sólo daban lugar a cesión cuando se operaban al margen del planeamiento general, luego producida una reclasificación dentro del Plan General no existía el deber de ceder. No obstante, en la redacción dada al artículo 13 en la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, se establece lo siguiente:

> *"Toda clasificación de suelo no urbanizable en suelo urbanizable, conllevará la obligación de ceder gratuitamente a la administración suelo no urbanizable protegido, en una superficie igual a la reclasificada .../.../..."*

Del citado precepto queda claro que no se distingue entre nuevas clasificaciones llevada a cabo por medio de, por ejemplo, un Plan Parcial modificativo de la ordenación estructural, de las llevadas a cabo en un proceso de revisión del planeamiento general, lo que invita a afirmar que dicha cesión de suelo no urbanizable protegido deberá operarse siempre que se proponga una nueva clasificación del suelo por cualquiera de los medios previstos en la Ley.

Esta afirmación tiene un apoyo fundamental en el apartado e) del precepto modificado, ya que en el mismo se prevé que se pueden delimitar áreas en las que se materialice la cesión, lo que induce a pensar que será el planeamiento (general o de desarrollo) el que defina los ámbitos de cesión.

6) Nada se dice en la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, de forma concreta, de cuando entra en vigor la modificación del artículo 13 de la Ley 4/2004, de 30 de junio, de la Generalitat, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, por lo que es aplicable la regla general establecida en la Disposición Final Segunda (la Ley entró en vigor el día 1 de enero de 2006).

Establecida la fecha de entrada en vigor queda por concretar a que procedimientos afecta. A este respecto nada se dice en la citada ley, luego puede aplicarse de forma analógica lo establecido en la Disposición Transitoria Primera, punto 1, de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, lo que supone que se aplicará a todos aquellos planes, iniciados antes de la entrada en vigor de la citada ley, respecto de los cuales no se haya concluido el trámite de información pública.

No obstante, y desde una perspectiva prudente, parece conveniente esperar una directriz de la Consellería de Territorio y Vivienda al respecto, ya que al no decirse nada de forma expresa en la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, no sería extraño que se hiciese una interpretación laxa de manera que no se aplicase exclusivamente a aquellos planes que tuviesen una aprobación o acuerdo de sometimiento a información pública, aunque esta plazo no hubiera concluido.

De todo lo anterior queda claro que las modificaciones introducidas en la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat no son cuestiones incidentales, sino que tienen una gran trascendencia que deberá ser tenida en consideración en los procedimientos urbanísticos.

B) ***Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana.***

Resulta evidente que es muy difícil, por no decir imposible, resumir todas las modificaciones que la Ley Urbanística Valenciana introduce, por lo que intentaré exponer todas aquellas que considero más significativas.

a) *El concepto de suelo urbano*

El concepto de suelo urbano en la Ley Urbanística Valenciana se establece en el artículo 10, considerando como tal los siguientes:

a. Los solares, cuyo concepto se establece en al artículo 11 y es igual al que se establecía en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística.

b. Aquellos que no siendo solar cuenten con los siguientes servicios (siempre que sean suficientes para dar servicio a las previsiones contempladas en el planeamiento y estén integrados en una malla urbana):

i Acceso rodado

ii Abastecimiento de agua

iii Evacuación de agua

iv Suministro de energía eléctrica

c. Los incluidos en manzanas que estén construidas conforme al planeamiento urbanístico en más de la mitad de su superficie.

Como puede apreciarse, el concepto de suelo urbano que se recoge en la Ley Urbanística Valenciana es igual al establecido en la legislación clásica sobre urbanismo, o sea un concepto que viene de la Ley del Suelo de 1976 y que vuelve a introducir el concepto de suelo urbano por consolidación, lo que sin duda alguna conlleva necesariamente una aplicación más laxa en lo que es esta clase de suelo.

A lo anterior hay que unir que se realizar una adecuación a la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, al distinguir entre suelo urbano consolidado o no consolidado por la urbanización, estableciéndose que el consolidado por la urbanización es el sujeto a actuaciones aisladas y el no consolidado el sujeto a actuaciones integradas. Esto conlleva que dicha distinción lo sea a los efectos exclusivos de gestión, no afectando para nada al aprovechamiento patrimonializable (algo que si suele suceder en el resto de legislaciones urbanísticas autonómicas).

b) *El estatuto de la propiedad del suelo*

No existen en este apartado variaciones sustanciales respecto del estatuto de propiedad de surgido tras la entrada en vigor de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, si bien la más importante es que existe un Capítulo específico que alude al estatuto de propiedad que abarca los artículos 18 a 26, cuestión esta que no sucedía en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística.

En este apartado lo más destacable es lo siguiente:

1) En el artículo 21.4.c) se recuperan las contribuciones especiales, ya que se permite realizar la apertura de calles u otra obra pública similar mediante un Programa para el Desarrollo de Actuaciones Integradas en suelo urbano, pero sin que sea necesario arroparlo con un planeamiento o la delimitación de una unidad de ejecución. En

este caso no existe proceso reparcelatorio, distribuyéndose los beneficios y las cargas en función del aprovechamiento objetivo que corresponda a cada propietario.

2) Los costes de urbanización correspondientes al 10% del aprovechamiento que corresponde a la Administración se costeará por la misma, si bien en el Plan General de Ordenación Urbana se puede minorar su contribución en la cuantía que se determine.

c) *Áreas semiconsolidadas*

Este apartado es uno de los más novedosos de los recogidos en la Ley Urbanística Valenciana. La novedad deviene de su propia regulación específica, siendo el régimen establecido muy similar al que se viene estableciendo vía jurisprudencial al ser esta una de las cuestiones que más controversia ha generado en los últimos tiempos.

Las aspectos más importantes de esta cuestión son los siguientes:

1) Las áreas semiconsolidadas son aquellas ocupadas parcialmente por edificaciones compatibles con la ordenación propuesta, lo que implica necesariamente que el planeamiento permite su mantenimiento.

2) Las edificaciones existentes afectadas por un planeamiento de desarrollo podrán ser desarrolladas mediante actuaciones integradas o aisladas. No obstante, en el caso de unidades geográficas homogéneas donde las edificaciones estén incorporadas al patrimonio de su titular y no tengan los servicios propios del suelo urbano, y cuya densidad no supere las 2 viv/Ha, podrán mantenerse o reclasificarse como suelo no urbanizable desarrollándose mediante Plan Especial.

3) En el caso de inclusión de las edificaciones consolidadas en actuaciones integradas, el propietario tiene los siguientes derechos y obligaciones:

   a. En el caso de que el valor de la construcción y usos consolidados sea menor al que resulte una vez realizada la actuación se podrá renunciar, solicitando la indemnización en metálico de su propiedad atendiendo al valor real de la finca en origen.

   c. A costear la urbanización por la implantación de los servicios urbanísticos que confieran a la parcela edificada la condición de solar.

c. No procede costear la urbanización cuando se trate de renovación o ampliación de los servicios existentes, salvo que su devengo se difiera al momento de su reedificación. No obstante, aun en este supuesto procede abonar los costes en los siguientes casos:

i. Cuando sean necesarios para el desarrollo de actividades económicas los nuevos servicios o las mejoras realizadas.

ii Cuando se cambie el uso y aumente su valor.

iii Cuando es trate de un uso provisional o un edificio ruinoso.

ic. Cuando la permanencia del edificio sea incompatible con la nueva urbanización.

4) En los casos de edificaciones existentes puede preverse para las mismas el régimen de actuaciones aisladas aunque se actúe mediante actuaciones integradas, con las siguientes peculiaridades:

a) Sólo se afecta a la parcela vinculada a la edificación.

b) Se clasificarán como suelo urbano (es obligatorio en el caso de viviendas unifamiliares aisladas en condiciones de ser habitadas).

c) Los suelos incluidos en actuaciones aisladas no computarán ni para determinar la edificabilidad, ni para establecer los estándares de cesión exigibles.

5) Cuando la edificación presente un exceso de aprovechamiento objetivo respecto del previsto en el plan, reste con computará a ningún efecto.

d) *La ordenación estructural*

En la LUV la ordenación estructural tiene una regulación muy exhaustiva, lo que hace que en determinados regule aspectos más propios de un posterior desarrollo reglamentario. No obstante, dada la trascendencia que se da a esta cuestión en la Ley, dicha regulación minuciosa viene justificada por la necesidad de concretar el contenido de dicha materia, para así intentar controlar el futuro desarrollo del suelo en función de la ordenación estructural.

Establecido lo anterior hay que destacar que las novedades más importantes en esta materia son los siguientes:

a) Se establece la obligación de reservar un porcentaje mínimo de edificación para viviendas de protección pública sin concretar dicho porcentaje. Reserva que es obligatoria en suelo urbanizable, no así en suelo urbano donde se establecerá según los casos, sin concretarse cuales pueden ser estos.

b) Se da una gran importancia a la necesidad de establecer criterios a tener en cuenta para la incorporación de nuevos terrenos al proceso de urbanización. Estos criterios son fundamentales para decidir la posible incorporación de nuevos suelos vía reclasificación, y deben fijarse teniendo en cuenta la necesidad y la obligación de ampliar la red primaria (artículo 45.1.d y 54.4, por ejemplo).

Una novedad digna de reseñar (aunque no puede afirmarse que sea tal), es el hincapié que se hace en diversos preceptos (por ejemplo, los artículos 44.1.c; 45.1.d y 3.b; y 47.2) en la necesidad de prever futuros crecimientos urbanos consecuencia de nuevas reclasificaciones de suelo, o lo que es lo mismo, la necesidad de establecer de forma concreto que suelo no urbanizable es susceptible de futura reclasificación al margen de las previsiones del planeamiento general.

c) Se aboga por dirigir la clasificación de los suelos urbanizables a los lugares adecuados, tanto aquellas clasificaciones que se propongan desde el planeamiento general, como aquellas que puedan operarse vía reclasificación. (artículo 45.3.b y 47.2, por ejemplo).

d) Se incluye dentro de la red primaria los suelos de cesión obligatoria por nuevas clasificaciones de suelo a los que se hace referencia en Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, debiendo señalarse en el planeamiento general las áreas destinadas a tal fin, debiendo ser considerados como parques públicos naturales (artículo 52.2.b). Estos suelos serán clasificados como no urbanizables (artículo 74.3.b)

En cuanto a la delimitación de las áreas de reparto, las novedades son las siguientes:

- Se establece de forma obligatoria la necesidad de adscribir suelos dotacionales de la red primaria o estructural no incluidos en sectores y que deberán ser clasificados como urbanizables, ya que así se determina en el artículo 55.2.b) e indirectamente en el artículo 56.3 al establecer la forma de calcular el apro-

vechamiento tipo en el suelo urbanizable. Estos suelos adscritos no pueden ser los referidos en el apartado anterior (los parques públicos naturales), ya que aquellos deben mantener su clasificación como no urbanizables y los suelos adscritos deben ser de suelo urbanizable (artículo 58.5).

- En suelo urbano no consolidado no es necesario proceder a dicha adscripción de suelo de red primaria o estructural, más cuando en el artículo 56.5 se dice que en estos suelos, cuando estén incluidos en una unidad de ejecución, aprovechamiento tipo y edificabilidad coincidirán.

- Se establece de forma indubitada que los caminos y las vías pecuarias se consideran como suelo dotacional ya existentes (artículo 56.7), lo que unido a lo establecido en el artículo 171 hacen que los citados caminos no se consideren para establecer la superficie del área de reparto y no den derecho a la adjudicación de aprovechamiento subjetivo a favor de la Administración.

e) La ordenación pormenorizada

En lo que respecta a la ordenación pormenorizada se establecen una serie de novedades que tienen una gran trascendencia y que es necesario destacar. En concreto son las siguientes:

1. No se pueden delimitar unidades de ejecución discontínuas en suelo urbano (artículo 58.3).

2. Los estándares dotacionales de red secundaria son similares a los establecidos en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística, no obstante se dan las siguientes diferencias:

- No queda claro si existe un mínimo de reserva viaria, ya que no se hace alusión a este estándar ni a la vigencia del Decreto 201/1998, de 15 de diciembre, del Gobierno Valenciano, por el que se aprueba el Reglamento de Planeamiento de la Comunidad Valenciana en aquello que no se oponga a la nueva Ley.

- Se suprime el estándar de densidad, ya que no se alude a él en el artículo 67, además de preverse en la Disposición Transitoria Tercera, apartado 4, la posibilidad de sólo prever la edificabilidad en aquellos planes aprobados bajo la vigencia de la legislación anterior.

f) La tramitación del planeamiento general

No hay grandes novedades en este apartado respecto de lo establecido en la LRAU, no obstante hay que hacer constar las siguientes:

1. Lo más llamativo es la novedad que se introduce en la iniciativa para revisar o modificar el planeamiento general, ya que en el artículo 81.2 se recoge la posibilidad de que los particulares formulen avances de planeamiento y modificaciones del planeamiento general, presentando para ello la documentación necesaria en el Ayuntamiento, con lo que ya no existen impedimentos legales para que un promotor, por ejemplo, elabore y presente ante el Ayuntamiento una propuesta de revisión del planeamiento general.

2. El concierto previo es preceptivo, introduciéndose dos novedades en la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana que conviene destacar:

- Hay que exponerlo al público por el plazo mínimo de un mes.
- Las determinaciones del mismo deberán ser las recogidas en el artículo 36, o sea definir exclusivamente la ordenación estructural, haciendo referencia explícita al porcentaje mínimo de edificación con destino a viviendas de protección pública.

3. Terminada la fase anterior el proyecto de Plan General se expondrá al público durante un mes, solicitándose los informes sectoriales correspondientes. En este apartado es necesario destacar que en la Disposición Adicional Octava de la Ley Urbanística Valenciana se modifica el apartado 2 del artículo 19 de la LOTT en el sentido de que la falta de informe de la Confederación Hidrográfica correspondiente no permitirá entender que este se ha emitido en sentido positivo, sino que habrá que estar a la normativa estatal vigente en la materia.

g) La tramitación de los Programas para el Desarrollo de Actuaciones Integradas

Respecto de la tramitación de los Programas para el Desarrollo de Actuaciones Integradas es necesario precisar, en primer lugar, que esta es la materia donde más novedades apreciamos respecto de la legislación anterior, ya que los cambios operados son muy sustanciales e importantes.

Entrando en materia conviene distinguir los siguientes:

1. La cédula territorial de urbanización.

En este apartado hay que destacar que la sólo se exige esta cédula cuando se modifique la ordenación estructural o se propongan nuevas reclasificaciones del suelo (que no conviene olvidar es también una modificación de la ordenación estructural), lo que puede parecer contradictorio con lo establecido en el artículo 113 (parece que la hace exigible en cualquier caso). No obstante, tomando como punto de partida la legislación anterior y el principio de autonomía municipal, parece coherente entender que dicha cédula no es necesaria cuando no se modifica la ordenación estructural.

También es de destacar que es necesaria su solicitud para la tramitación o aprobación de planes o programas, por lo que puede afirmarse que no es necesario estar en disposición de la citada cédula para tramita un Programa, sino sólo es necesario solicitarla.

Por último, destacar que los pronunciamientos contenidos en la misma vinculan a la Administración durante el plazo de un año.

2. Procedimiento de adjudicación de Programas de Actuación Integrada

Al contrario de lo que sucede con el planeamiento general, si que es necesario precisar que en este apartado hay novedades muy significativas, tanto respecto del procedimiento como respecto de la participación de las empresas privadas en el mismo.

Establecido lo anterior procede el análisis de cada una de las fases del procedimiento:

1) Iniciativa

En los artículos 118 y 129 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana se reconoce a los particulares, personas físicas o jurídicas, sean o no propietarios de los terrenos, nacionales o extranjeros, la posibilidad de iniciar el procedimiento para la aprobación de un Programa para el Desarrollo de Actuaciones Integradas, siempre que acrediten solvencia económica y financiera, técnica y profesional según los criterios de selección que se establezcan (artículo 121).

Dicha iniciativa corresponde al urbanizador, no siendo exigible respecto de esta figura la clasificación a la que se alude en la legislación de contratos del Estado (artículo 119.5 de la Ley Urbanística Valenciana).

En este apartado surge un problema: ¿Qué sucede en el caso de que el técnico redactor del planeamiento general y el del Programa sean el mismo? En principio, mientras no sea aspirante a agente urbanizador, no existe prohibición en tal sentido, ya que no existe una norma al respecto, dado que el artículo 81.2 alude exclusivamente a pretender obtener la condición de urbanizador. No obstante, por mera prudencia, es conveniente evitar dichas coincidencias.

2) Requisitos que debe cumplir el urbanizador

Ya se ha dicho anteriormente que no puede exigirse la clasificación para el agente urbanizador, lo que no obsta para que puedan exigirse otra serie de requisitos.

a) Solvencia económica y financiera.

Es necesario decir que este requisito se desarrolla en el artículo 122 de la Ley Urbanística Valenciana, si bien su formulación es bastante genérica e inespecífica. Esta afirmación no es gratuita, ya que lo que se requiere es acreditar dicha solvencia mediante informes de instituciones financieras que pueden sustituirse por un seguro de indemnización por riesgos profesionales, presentación de las cuentas anuales o su extracto en caso de personas jurídicas o declaración del volumen global de negocio (si procede sobre el volumen de negocio relacionado con el desarrollo y promoción de actividades similares a las que se pretende acceder durante los tres últimos años).

No obstante, el propio precepto es muy amplio en la forma de justificar dichos requisitos, ya que incluso se permite acreditar dicho requisito mediante cualquier otro documento que la Administración considere suficiente, pudiendo basarse en la solvencia de otras entidades con independencia de los vínculos jurídicos que tengan entre ellas, lo cual deberá establecerse en las pertinentes Bases. En definitiva, cualquiera o casi todos pueden aspirar a ser agente urbanizador.

b) Solvencia técnica y profesional.

Es necesario destacar que este aspecto puede tener una importancia muy significativa en la adjudicación de Programas, si bien dicha importancia estará en función de lo que se establezca en las Bases que se redacten al efecto.

La anterior afirmación tiene su fundamentos en lo establecido en el artículo 123 de la Ley Urbanística Valenciana, que establece que este requisito se acreditará mediante los medios siguientes:

- Presentación de una relación de Programas promovidos y gestionados por el concursante.

- Indicación del equipo técnico y de los responsables del control de calidad.

- Titulaciones académicas y profesionales del personal de dirección del urbanizador.

- Declaración de la media anual de personal durante los últimos tres años.

- Declaración de los medios materiales y técnicos de que se dispone.

- Declaración de las medidas de gestión medioambiental

También en este apartado se admite la solvencia de otras entidades con independencia de los vínculos jurídicos que tengan entre ellas.

En cualquier caso, de establecerse estos condicionantes en las bases, es claro que las grandes empresas tendrán una ventaja muy significativa frente a las pequeñas.

3) Inicio del procedimiento

El inicio se realiza mediante una petición dirigida al Alcalde por el aspirante a agente urbanizador instando el comienzo del concurso (articulo 130.1)

Dicha petición deberá acompañarse obligatoriamente de los documentos acreditativos de la personalidad y capacidad del solicitante, y, potestativamente, de un documento de planeamiento donde se especifique la ordenación estructural o pormenorizada que se propone desarrollar. Dicha petición, si no se contestado en el plazo de tres meses deberá entenderse desestimada, si bien cuando se desarrolle reglamentariamente podrá establecerse un régimen diferente del silencio (Disposición Adicional Novena).

Corresponde al Pleno del Ayuntamiento desestimar la petición o continuar el procedimiento.

4) Bases reguladoras de la gestión indirecta

Estas bases son de dos tipos: generales y particulares.

a) Bases generales

Estas bases deben redactarse como Ordenanza municipal y, por lo tanto, cabe entender que deben estar aprobadas antes de iniciar el procedimiento.

Su contenido es regular las cuestiones jurídicas, económicas y administrativas que afecten al procedimiento de adjudicación, o sea, las referidas a la solvencia económica, financiera, técnica y profesional, en general.

b) Bases particulares

En el mismo acuerdo de inicio del procedimiento de gestión directa se procederá a la aprobación por el Pleno de las bases particulares.

El contenido de estas bases está especificado en el artículo 131 de la Ley Urbanística Valenciana, pudiendo resumirse que este deberá versar básicamente sobre las condiciones urbanísticas del suelo objeto de desarrollo.

No obstante, lo más importante de estas bases es que deben establecer los criterios objetivos para adjudicar el Programa, especificándolos por orden decreciente de importante, incluyendo su ponderación.

Es de destacar que en el artículo 131.4 se señala que no podrán considerar como criterios de adjudicación los siguientes documentos (reseñar que no se entiende muy bien la referencia "documentos", ya que lo relevante es el contenido, luego ¿puede considerarse el contenido pero no el documento? Es absurda esta posibilidad):

- Justificación de las condiciones de conexión con el entorno.
- Existencia o no de agrupación de interés urbanístico.
- Inventario preliminar de construcciones a demoler y plantaciones a suprimir.
- Estimación de los gastos de urbanización variables.
- Regulación de las relaciones entre urbanizador y propietarios, en concreto la modalidad de retribución.

- Hoja resumen de los datos económicos.

- Precio del suelo.

- Condiciones de financiación ofrecidas por el urbanizador para el pago de las cuotas de urbanización.

Como puede apreciarse, resulta cuanto menos extraño la exclusión de los citados criterios de valoración. No obstante, la valoración concreta de los criterios se recoge en el artículo 135 al cual deberá atenderse por ser más concreto. Del estudio de este último precepto se deduce que los criterios de adjudicación son los siguientes:

i De la alternativa técnica: la calidad del diseño de la ordenación y la integración con su entorno, los medios de control de la calidad, la reserva de viviendas sometidas a algún régimen de protección y la inversión en algunos de los Programas previstos en la Ley Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.

ii De la proposición jurídico económica: el importe de las cargas de urbanización expresado en /m2t, el coeficiente de canje y la menor retribución en terrenos (o sea, que debe primar la retribución en metálico).

Hay que significar que pese a no establecerse de forma explícita, por aplicación de la normativa de contratos y de lo establecido en el artículo 132.1.b) de la Ley Urbanística Valenciana, es necesario publicar las bases particulares.

5) Anuncio de concurso

En el mismo acuerdo de aprobación de gestión indirecta se aprobarán las bases particulares y se ordenará la publicación del anuncio de concurso.

De lo establecido en apartados anteriores es necesario concretar que dicho anuncio no deberá publicarse hasta tanto haya finalizado el plazo de exposición pública de las bases particulares (se supone que las generales ya lo han sido antes del inicio del procedimiento).

Dicho anuncio se publicitará en los siguientes medios:

- Tablón de anuncios del Ayuntamiento

- Diario Oficial de la Unión Europea
- Diario Oficial de la Generalitat Valenciana
- A voluntad del Ayuntamiento, en periódicos no oficiales, si bien estos no computan a efectos de plazos.

La remisión al Diario Oficial de la Unión Europea debe realizarse con carácter previo a la publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana, luego nada impide que se publique con carácter previo en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana.

6) Presentación de proposiciones

El plazo para presentar proposiciones los concursantes no será inferior a tres meses a partir de la fecha de *"envío"* del anuncio al Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 133.3), lo que sin duda alguna puede generar muchos problemas. Es más lógico pensar que dado que el plazo mínimo es de tres meses en los anuncios se haga constar que dicho plazo computará desde la publicación, lo que alargará el plazo pero dará mayor seguridad jurídica.

La documentación a presentar es la que acredite la capacidad del concursante y la alternativa técnica junto con la proposición jurídico-.económica (artículo 133.4). Es necesario destacar que la alternativa técnica y la proposición jurídico–económica son indisociables, lo que implica que no pueden darse proposiciones cruzadas.

Dentro plazo de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea habrá que presentar la alternativa técnica y la proposición jurídico–económica, para posteriormente someter a información pública en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana el instrumento de planeamiento y el proyecto de urbanización que forme parte de la alternativa técnica a los efectos exclusivamente de presentar alegaciones, debiendo haber remitido con anterioridad aviso de inicio del procedimiento a los propietarios catastrales (en realidad es una notificación, ya que se exige tener constancia, además su régimen jurídico es el mismo que el establecido en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Este trámite debe realizarse de forma solapada con el sometimiento a información pública del anuncio, luego al presentar la oferta deberá acreditarse el cumplimiento de este trámite (artículo 134.1).

7) Adjudicación del Programa

Es necesario destacar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 136.4, cuando el Programa abarque más de 50 Ha será preceptivo dictamen del Consejo de Territorio y Paisaje con carácter previo a la adjudicación.

Es de destacar que en la Ley no existe un plazo explícito para la apertura de las proposiciones, por lo que hay que entender que deberá aplicarse lo establecido en la legislación de contratos del Estado. Desde la apertura el Ayuntamiento tiene un plazo de dos meses para resolver, concluido el cual sin resolución los concursantes pueden retirar sus ofertas.

Transcurrido un mes desde la adjudicación se debe proceder a formalizar un contrato entre el urbanizador y el Ayuntamiento cuyo contenido será el establecido en el artículo 138 de la Ley Urbanística Valenciana.

8) Adjudicación de la obra de urbanización

En el artículo 117.5 de la Ley Urbanística Valenciana se establece literalmente lo siguiente:

> *"Con el fin de garantizar el pleno respeto a los principios que informan la normativa europea y estatal en materia de contratación pública, quién sea seleccionado como urbanizador no podrá, en ningún caso, participar como licitador en los procedimientos de selección del empresario constructor del programa de actuación integrada de que se trate".*

El anterior precepto obliga a licitar el proyecto de urbanización por parte del urbanizador que no podrá ser ejecutor de la obra de urbanización, excepto en el caso de ser propietario único o exista acuerdo unánime de la propiedad (artículo 120.7), o el presupuesto de ejecución de la obra de urbanización no supere los 5.278.000 (IVA excluido).

Dicha selección se realizará del siguiente modo:

1) Procedimiento a seguir

La selección se realizará mediante concurso o subasta de conformidad con la normativa estatal sobre contratación de obra pública, no pudiendo participar aquellos que hayan intervenido en el estudio o desarrollo de algún instrumento que afecte a la ordenación del ámbito cuyas obras de urbanización se liciten.

El procedimiento se llevará a cabo por el urbanizador (artículo 160), así como la selección del empresario constructor, debiendo realizarse bajo fe pública notarial. No obstante, es necesario destacar que en el acuerdo de selección de agente urbanizador hay que aprobar el proyecto de urbanización (artículo 115.1),ya que en caso de no darse dicha aprobación deberá realizarse de forma específica antes de empezar el proceso de selección del empresario constructor.

2) Pliegos de cláusulas

El pliego de cláusulas particulares y prescripciones técnicas para la selección lo realizará el urbanizador y deberá comunicárselo al Ayuntamiento para que lo ratifique o rectifique en el plazo de 15 días, transcurridos los cuales sin respuesta se entenderá ratificado.

Estos pliegos se tramitarán en la forma en que se establezca en la legislación de contratos del Estado.

3) Adjudicación.

La propuesta de adjudicación la hace el urbanizador al Ayuntamiento que puede rectificarla o ratificarla en el plazo de 15 días, transcurridos los cuales sin respuesta se entenderá ratificado.

4) Requisitos del empresario constructor

Los requisitos a exigir al empresario constructor relativos a la capacidad, solvencia económica y financiera, técnica y profesional, prohibiciones de contratar y clasificación serán los establecidos en la Ley de Contratos del Estado.

h) La retribución del urbanizador

Del estudio de lo establecido en el artículo 162 de la Ley Urbanística Valenciana parece deducirse que la forma principal de retribución es en terrenos, dejándose la retribución en metálico cuando se trata de zonas consolidadas por la edificación, se trate de ámbitos previamente reparcelados o lo solicite el propietario interesado. No obstante, de la lectura del artículo 167 parece deducirse que será el Programa el que determine la forma de retribución, si bien cabe entender que debe prevalecer la voluntad del propietario excepto en aquellos supuestos excepcionales y tasados.

i) La retasación de cargas

En la Ley Urbanística Valenciana, la hace referencia al contenido de la proposición jurídico–económica (artículo 127.1.e), se establece que en la misma se definirán las cargas de urbanización que *"como máximo"* se repercutirán a los propietarios afectados, lo que puede dar lugar a entender que dicho límite no puede superarse. No obstante, en la propia Ley (artículo 168.3) se recogen las siguientes excepciones:

En el artículo 168.4 se establece que será motivo de retasación el transcurso de dos años desde la presentación de la proposición jurídico–económica por causas no imputables al urbanizador. También será motivo de retasación la aparición de causas sobrevenidas que no hubieran podido preverse en el momento de redacción de la alternativa. No obstante, si el resultado de la retasación supera el 20% del importe de cargas, la cantidad que exceda no podrá repercutirse a los propietarios; en este caso, la pregunta es ¿quién debe hacer frente a dicho incremento?. La respuesta resulta evidente aunque inconcreta, ya que habrá que estar a cada uno de los supuestos: A quién sea el responsable.

Las modificaciones introducidas por la Administración que conlleven incremento de los costes de urbanización no podrán superar el 20%, ya que en este supuesto es obligatorio licitar de nuevo el proyecto de urbanización (artículo 155.7).

Como puede apreciarse, la retasación de cargas se mantiene como una opción, si bien existen algunas dudas en su aplicación.

C) El régimen transitorio de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana. En concreto, la Disposición Transitoria Primera.

La Disposición Transitoria Primera de la Ley Urbanística Valenciana plantea tres situaciones que paso a desarrollar.

a) Planes, generales o de desarrollo, en tramitación.

En este caso la citada Disposición es muy clara, ya que la Ley Urbanística Valenciana se aplicará a toda tramitación de un plan respecto del cual no se haya concluido el trámite de información pública.

b) Programa para el Desarrollo de Actuaciones Integradas en tramitación.

En el punto 2 de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Urbanística Valenciana se establece que, en el caso de los Programas, no

es aplicable lo dicho en el punto anterior, estableciéndose que los Programa para el Desarrollo de Actuaciones Integradas iniciados antes de la entrada en vigor de la ley se regirán por la legislación anterior, siempre que hubieran sido objeto de aprobación municipal o, no habiendo sido objeto de aprobación municipal, haya vencido el plazo máximo para emitir resolución expresa sobre dicha aprobación según lo establecido en la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística.

Dicho precepto da lugar a dos nuevas situaciones:

2.1) Programas que hayan sido aprobados por el Ayuntamiento.

Cuando se habla de aprobación hay que entender una aprobación provisional aunque sea condicionada a la aprobación definitiva por la Consellería de Territorio y Vivienda, ya que cualquier otra interpretación sería absurda (si algo ya está aprobado no hay régimen transitorio).

Una cuestión diferente es determinar cual se el plazo máximo para adoptar dicha decisión, ya que esta debe operarse antes de que entre en vigor las Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana (el 1 de febrero de 2006). Para ello hay que poner un ejemplo que puede ser el siguiente, aplicando para ello los plazos establecidos en la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística:

ACTO ADMINISTRATIVO	FECHA INICIO	FECHA FINAL
Inicio información pública	17/12/2005	11/01/2006
Presentación P.J.E.	12/01/2006	17/01/2006
Apertura de plicas	18/01/2006	
Consultas y alegaciones	19/01/2006	30/01/2006
Aprobación y adjudicación	31/01/2006	

Supuesto el anterior que arroja como fecha límite para aprobar un Programa para el Desarrollo de Actuaciones Integradas bajo la vigencia de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística el día 17 de diciembre de 2005, considerando que no existe ampliación de plazo y que las convocatorias de los órganos municipales se realizan de una forma bastante libre.

2.2) Programas que no hayan sido aprobados por el Ayuntamiento.

La citada Disposición también reconoce la no aplicación de la Ley Urbanística Valenciana a aquellos Programas que no habiendo sido aprobados haya vencido el plazo máximo para emitir resolución expresa, por lo que para su determinación habrá que estar a lo establecido en el artículo 47.8 de la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística.

El citado precepto establece que el plazo para resolver es de 40 días desde la fecha en que fuese posible adoptar el acuerdo correspondiente. Por lo tanto, considerando que se ha llevado a cabo la apertura de plicas y han transcurrido los diez días de alegaciones a que hace referencia el artículo 46.5 de la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística, y dado que la entrada en vigor de la Ley Urbanística Valenciana se produce el 1 de febrero de 2006, la fecha tope para considerar que no se aplicara la nueva Ley será, aproximadamente, el 15 de diciembre de 2005.

3) Instrumentos de gestión en tramitación

En este apartado cabe referirse a los proyectos de reparcelación y de obra consecuencia de un Programa para el Desarrollo de Actuaciones Integradas aprobado y en ejecución.

Respecto del proyecto de reparcelación su tramitación y contenido se ajustará a lo establecido en la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana, ya que no existe ningún impedimento al respecto, más cuando el citado proyecto no habrá formado parte del citado Programa.

En lo que atañe al Proyecto de Urbanización habrá que estar a lo establecido en el acuerdo de adjudicación, de manera que si en el mismo no se dice nada deberá aprobarse de conformidad con la Ley 6/1994, de 15 de noviembre, de la Generalitat Valenciana, Reguladora de la Actividad Urbanística, ya que no deja de ser una consecuencia de un procedimiento iniciado y que debe terminarse de acuerdo con la norma derogada. Cuestión distinta es si en el citado acuerdo se dispone que deben licitarse las obras de urbanización, en cuyo caso deberían aplicarse los artículos 160 y siguientes de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana.

d) <u>Conclusiones</u>

Como puede apreciarse, consecuencia de lo establecido en la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana

y, en menor medida, en la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de la Generalitat, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, se ha operado un cambio legislativo importante en la legislación urbanística valenciana.

Dichos cambios tienen una incidencia clara en dos cuestiones. Por un lado se aumentan las cesiones con cargo a las actuaciones urbanísticas y, por otro lado, se alargan los plazos de tramitación en los Programas para el Desarrollo de Actuaciones Integradas.

EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN PROYECTOS Y ACTIVIDADES AGROFORESTALES

J.M. Roncero, M. Andrés, J.E. Pardo
Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo es analizar las principales normas ambientales en materia autorizatoria y, concretamente, sobre Evaluación de Impacto Ambiental, y su incidencia en las actividades y proyectos agroforestales, centrándose en la actuación administrativa previa a su ejercicio, en un doble sentido; por una parte, a la hora de conseguir las autorizaciones ambientales, y por otra, para orientar acerca de la documentación técnica que se debe aportar en cada caso y de algunas pautas a la hora de redactar los proyectos, de forma que den cumplimiento a esta normativa. Todo ello, con el fin de guiar a empresarios y profesionales del sector a adoptar decisiones que les hagan más eficientes en la gestión de sus empresas.

INDICE: 1. Introducción. 2. Concepto de evaluación de impacto ambiental. 3 Ámbito de aplicación. 4. Procedimiento. 4.1. Solicitud de Iniciación. 4.2. Consultas previas e indicación de aspectos relevantes. 4.3. El Estudio de Impacto Ambiental. 4.4. Trámite de Información Pública. 4.5. Declaración de Impacto Ambiental. 5. Bibliografía y Normativa.

1. INTRODUCCIÓN

Dentro de los proyectos y actividades agroforestales tiene encaje una gran variedad de actividades tanto en el sector primario (agricultura, ganadería, silvicultura, etc.) como en el secundario (industrias agroalimentarias), todas ellas con un denominador común; son, sin duda, unas de las que más impacto pueden ocasionar al medio natural, ya que utilizan a éste como sustento de la actividad y se caracterizan por su elevado consumo de recursos y por la producción de residuos y efluentes de elevada carga contaminante. La pérdida de suelo por erosión, los procesos de compactación y salinización, la simplificación de

los ecosistemas, la desaparición progresiva de la variabilidad genética de especies vegetales autóctonas y la contaminación de aire, agua y suelo, son algunas de las acciones negativas sobre el Medio Ambiente de este grupo de actividades. Por esta razón, se ven afectadas por la intervención pública que las Administraciones ejercen sobre los derechos y las actividades de los particulares en materia de Medio Ambiente, potestad de intervenir que les viene reconocida en la Constitución Española cuando declara que para lograr la protección del entorno, "los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales (...) apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva" (art. 45.2). Además, se encuentra respaldada por el artículo 128, en el que se prescribe que "toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general" y, por lo tanto, al interés general o colectivo de la preservación del Medio Ambiente (Lozano, 2001). La protección del Medio Ambiente se configura, de acuerdo con estos preceptos constitucionales como un título de intervención de los poderes públicos que permite imponer límites y condiciones a la actividad de los ciudadanos para asegurar una utilización racional de los recursos que garantice un Desarrollo Sostenible y es la base de los condicionantes legales y administrativos que afectan a las actividades agroforestales.

Una de las actividades de intervención es la de limitación o policía, que es aquella que restringe la libertad o derechos de los particulares, pero sin sustituir con su actuación la actividad de estos. Es la consecuencia del ejercicio concreto de una potestad administrativa con un acto de por medio y no por efecto directo de una norma. Ahora bien, la intervención pública de limitación en materia ambiental se canaliza, en primer lugar, a través de la ordenación normativa emanada de las Administraciones local, autonómica y estatal: la complejidad científico-técnica y lo cambiante de las situaciones y actividades con trascendencia ambiental exige que las leyes enuncien los principios rectores y prevean los procedimientos y técnicas de control para diferir su regulación detallada a un posterior desarrollo reglamentario, lo que ha llevado a una gran proliferación de normas de rango reglamentario en el sector medioambiental (Alonso y Moreno, 2005).

El objeto de este trabajo será pues, analizar entre las principales normas ambientales en materia autorizatoria y concretamente sobre Evaluación de Impacto Ambiental, cuál es su incidencia en las actividades y proyectos agroforestales, centrándolo en la actuación administrativa previa a su ejercicio, en un doble sentido; por una parte, a la hora de conseguir las autorizaciones ambientales, bien enmarcadas dentro

del proceso administrativo autorizatorio, ya que la declaración de impacto ambiental es un requisito previo que se integra en el procedimiento sustantivo (que por contraposición con el ambiental, es aquel que conduce al otorgamiento de la autorización, licencia o concesión que habilite al promotor o titular para su realización de acuerdo con la legislación que le sea aplicable), trasladando a éste condicionantes ambientales de obligado cumplimiento, o bien por la interacción que diferentes autorizaciones, que se pueden considerar de carácter ambiental, tienen unas con otras; y por otra, para orientar acerca de la documentación técnica que se debe aportar en cada caso y de algunas pautas a la hora de redactar los proyectos, de forma que den cumplimiento a esta normativa. Todo ello con el fin de guiar a empresarios y profesionales del sector a adoptar decisiones que les hagan más eficientes en la gestión de sus empresas.

De la legislación autonómica abordamos únicamente la de Castilla-La Mancha, especialmente en aquello que requiere explicación para que se entienda cómo se articula con el sistema general estatal o que aporta cierta originalidad.

La autorización es la técnica jurídica más utilizada por el Derecho ambiental, en materialización de uno de sus principios fundamentales: el principio de prevención (López-Jurado, 2002). La autorización administrativa es un acto administrativo, cualquiera que sea su denominación específica, por el cual, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad privada, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés afectado (Real Decreto 1778/1994) (BOE, 1994). Se trata entonces de una declaración de voluntad por medio de la cual un órgano de la Administración Pública permite que una persona ejercite una actividad, previa valoración de la oportunidad de tal ejercicio con relación al interés específico que la Administración autorizante debe tutelar y previa comprobación de que dicha actividad se adecua al ordenamiento vigente.

2. CONCEPTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

Se entiende por Evaluación de Impacto Ambiental el conjunto de estudios y sistemas técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto, obra o actividad causa sobre el medio ambiente (art. 5, RD 1131/1988) (BOE, 1988).

La singularidad de la técnica de la evaluación ambiental radica en que introduce la variable ambiental en la toma de decisiones sobre los proyectos con incidencia importante en el medio ambiente, es decir, a la hora de aprobar el proyecto u otorgar la concesión, autorización o licencia, y junto al resto de factores técnicos, económicos y demás, que no niega (Delgado, 2005), con el fin de evitar los atentados a la naturaleza, proporcionando una mayor fiabilidad y confianza a las decisiones que deban adoptarse.

La evaluación obliga a estudiar un conjunto de alternativas lo suficientemente amplio como para permitir elegir la mejor solución desde el punto de vista ambiental entre las que sean económica y técnicamente viables, incluida la alternativa sin proyecto. La importancia que ha adquirido deriva de su ubicación en niveles muy operativos en la gestión como es el de proyecto y de la vinculación legal impuesta en la Unión Europea a todos los países miembros, que la han traspuesto a sus propias legislaciones (Gómez, 1999). Los promotores de los proyectos son conscientes de que no acatar las obligaciones medioambientales impuestas por la legislación ocasiona retrasos en la autorización del proyecto, multas e, inclusive la paralización de la obra, acciones mucho más gravosas que lo que puede costar una correcta integración de la variable ambiental en el proceso proyectual. Esta consideración se corresponde con diversos estudios en los que se aprecia que a partir del año 2000 han aumentado las exigencias del órgano ambiental (Hernández, 2000; Soca y Pizarro, 2001; Pizarro y Soca, 2005).

La legislación española concibe la evaluación de impacto ambiental de la manera antes expuesta, es decir, como un proceso administrativo que se inicia con la definición genérica del proyecto que se pretende llevar a cabo y culmina con la declaración de impacto ambiental que formula el órgano ambiental competente, en la que se recogerán las condiciones que deben establecerse en orden a la adecuada protección del medio ambiente y los recursos naturales.

La Evaluación de Impacto Ambiental, lejos de ser un freno al desarrollo y al progreso, garantiza una visión más completa e integrada de las actuaciones sobre el medio en que vivimos, una mayor responsabilidad social en los proyectos, una motivación para investigar nuevas soluciones tecnológicas, una mayor creatividad e ingenio y, en definitiva, una mayor reflexión sobre los procesos de planificación y de toma de decisiones, todo ello en aras a conseguir el objetivo del Desarrollo Sostenible.

La normativa específica que regula esta materia está encabezada por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental (BOE, 1986), que incorporó al ordenamiento interno español la Directiva europea 85/337/CEE y tiene el carácter de legislación básica estatal. En la actualidad existe un borrador de texto refundido con las sucesivas modificaciones que esta norma ha sufrido, que, en aras del principio de seguridad jurídica, vendrá a regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones vigentes en materia de evaluación de impacto ambiental. El RDL 1302/1986 fue desarrollado por Real Decreto 1131/1988 (BOE, 1988), que aprobó el Reglamento para la ejecución del mismo.

La legislación estatal será de aplicación directa cuando se trate de un proyecto que deba ser autorizado por la Administración General del Estado (Delgado, 2005). Por su parte, las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente han aprobado sus propias normas sobre la evaluación del impacto ambiental, como sucede en Castilla-La Mancha, siendo ésta su referencia inmediata. Ahora bien, en ningún caso la legislación autonómica puede rebajar el nivel de protección de la normativa estatal dado su carácter básico. Sin embargo, las leyes autonómicas pueden ampliar la lista de proyectos sometidos a evaluación. El procedimiento establecido al efecto es aplicable a los proyectos que deban ser evaluados por la autoridad ambiental regional, para ser luego aprobados por una autoridad sustantiva regional o local.

El marco normativo autonómico está integrado por la recientemente aprobada Ley 4/2007 de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha (DOCM, 2007), que deroga la Ley 5/1999, de Evaluación de Impacto Ambiental (DOCM, 1999a). El Decreto 178/2002, por el que se aprueba el reglamento general de desarrollo de la Ley 5/1999 (DOCM, 2003), es la otra norma autonómica de referencia, que aunque no está expresamente derogada si que lo está en todo aquello que se oponga a la Ley 4/2007.

Con esta ley se adecua el ordenamiento autonómico a las innovaciones de la normativa comunitaria, traspuestas después a la regulación básica estatal, en materia de evaluación ambiental de planes y programas, y de proyectos (Ley 9/2006), y sobre información, participación ciudadana y acceso a la justicia (Ley 27/2006).

La Ley 27/2006, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (BOE, 2006a) incorpora la definición jurí-

dica de esta participación y su instrumentación a través de herramientas legales que la hagan realmente efectiva, para lo que ha sido preciso modificar aquellas normas en las que se conceden autorizaciones que pueden afectar al Medio Ambiente y que están sometidas al trámite de información pública.

Además se incorporan otros importantes cambios, entre los que se pueden destacar los siguientes:

- Se procede a revisar el listado de los proyectos y actividades que han de someterse a Evaluación de Impacto Ambiental.

- Se declara la nulidad de los actos por los que se autoriza la ejecución de proyectos incluidos en sus Anexos I o II que deban ser sometidos a Evaluación del Impacto Ambiental, cuando no hayan cumplimentado dicho trámite.

- Por último, se recoge una novedosa determinación, sobre el ejercicio de la acción pública orientada a posibilitar la exigencia del cumplimiento de las disposiciones de la ley o de sus normas de desarrollo ante los órganos administrativos o judiciales.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La Evaluación de Impacto Ambiental es aplicable únicamente a obras o actividades, públicas o privadas que requieran aprobación o autorización administrativa, ya que se configura como un procedimiento accesorio de otro principal, en el cual desemboca mediante un informe, que es en lo que consiste la declaración de impacto ambiental que efectúa la autoridad ambiental (Delgado, 2005).

La necesidad de tramitar un procedimiento administrativo para obtener la consiguiente autorización, licencia, concesión o cualquier otro trámite previo que permita a los particulares llevar a cabo una obra o actividad va a depender, en primer lugar, de la legislación sustantiva o sectorial que rija en materia de agricultura, aguas, urbanismo, etc.

Dentro del ámbito de este trabajo, los grupos de proyectos del ámbito de las actividades agroforestales que deberán someterse en todo caso a evaluación de impacto ambiental, por venir recogidos en el Anexo I de la Ley 4/2007, son los indicados en la tabla 1; mientras que los proyectos incluidos en el Anexo II, se someterán, o no, a evaluación de

impacto ambiental cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso en función de los criterios recogidos en el Anexo III. Estos proyectos se recogen en la tabla 2.

El fraccionamiento de proyectos de igual naturaleza y realizados en el mismo espacio físico no impedirá la aplicación de los umbrales establecidos en estos Anexos, a cuyos efectos se acumularán las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados.

Los criterios recogidos en el Anexo III, en función de los cuales el órgano ambiental competente motivará la necesidad de someter los proyectos incluidos en el Anexo II a una evaluación de impacto ambiental, son los tres siguientes:

- Características de los proyectos: tamaño, acumulación con otros proyectos, utilización de recursos naturales, generación de residuos, contaminación, etc.

- Ubicación de los proyectos: uso existente del suelo, abundancia, calidad y capacidad regenerativa de los recursos naturales del área, capacidad de carga, áreas con distintos grado de protección, paisajes con significación histórica, cultural y/o arqueológica, etc.

Características del potencial de impacto: La extensión del impacto (área geográfica y tamaño de la población afectada), carácter transfronterizo del impacto, magnitud y complejidad del impacto, la probabilidad del impacto y la duración, frecuencia y reversibilidad del impacto.

Según la jurisprudencia, la enumeración de las actividades sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental debe incluirse en una norma con rango de ley, lo que podía plantear un problema de falta de cobertura legal para algunos de los supuestos previstos en el reglamento castellano-manchego (Delgado, 2005); esta deficiencia ha sido subsanada en la nueva ley, que incorpora los anexos arriba indicados, por lo que no precisa remisión al reglamento para definir las actividades sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental. Cabe por tanto entender que los anexos del reglamento quedan derogados y sustituidos por los de la Ley 4/2007 (DOCM, 2007).

De forma análoga se procedería con la norma estatal, de manera que los proyectos que nos interesan recogidos en el Anexo I del Real Decreto Legislativo 1302/86 en su redacción dada por la Ley 9/2006 (BOE, 2006b), son los siguientes:

- Grupo 1. Agricultura, silvicultura, acuicultura y ganadería: Primeras repoblaciones forestales, corta de arbolado, proyectos de gestión de recursos hídricos para la agricultura, explotaciones ganaderas, etc.

- Grupo 9. Otros proyectos:

- **Transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva (superficies superiores a 100 ha).**
- **Los siguientes proyectos del anexo I que no alcanzan los valores umbrales establecidos en el mismo y se desarrollan en zonas naturales especialmente sensibles:**
- **Primeras repoblaciones forestales.**
- **Trasformación de terrenos incultos o áreas seminaturales a la explotación agrícola intensiva (superficie mayor de 10 ha).**
- **Proyectos de gestión de recursos hídricos para la agricultura (superficie mayor de 10 ha).**
- **Transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal (superficies superiores a 10 ha).**
- **Los proyectos de concentraciones parcelarias, cuando se desarrollen en zonas naturales especialmente sensibles.**
- **Todos los proyectos incluidos en el anexo II cuando sea exigida la evaluación de impacto ambiental por la normativa autonómica.**

El anexo II establece aquellos proyectos que se someterán a evaluación del impacto ambiental, según la decisión que para cada caso adopte el órgano ambiental en función de las características de los mismos recogidas en el anexo III; criterios muy similares a los recogidos en el anexo III de la norma autonómica.

Estos proyectos son los siguientes:

- Grupo 1. Agricultura, silvicultura, acuicultura y ganadería: Proyectos de concentración parcelaria, excepto los incluidos en el Anexo I, primeras repoblaciones forestales cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas, excepto los incluidos en el Anexo

I, Proyectos de gestión de recursos hídricos para la agricultura (superficie mayor de 10 ha no incluidos en el anexo I), o proyectos de consolidación y mejora de regadíos de más de 100 ha, trasformación de áreas seminaturales a la explotación agrícola intensiva no incluidos en el anexo I e instalaciones para la acuicultura intensiva que tenga una capacidad de producción superior a 500 t/año.

- Grupo 2. Industrias de productos alimenticios: Instalaciones industriales para la elaboración de grasas y aceites vegetales y animales, envasado y enlatado de productos animales y vegetales, fabricación de productos lácteos, fabricación de cerveza y malta, elaboración de confituras y almíbares, instalaciones para el sacrificio y/o despiece de animales, para la fabricación de féculas, para la fabricación de harina de pescado y aceite de pescado y azucareras.

4. PROCEDIMIENTO

En cualquier tipo de licencia o autorización, en la que la actividad esté sometida a Evaluación de Impacto Ambiental, este proceso se integrará en el procedimiento general o sustantivo, resultando previa la evaluación y, por tanto la emisión de la declaración de impacto ambiental, al pronunciamiento del órgano sustantivo.

El proceso de Evaluación de Impacto Ambiental se inserta, en todo caso, en un procedimiento sustantivo, que es el que autoriza o no la actividad, teniendo siempre en cuenta los resultados del procedimiento ambiental manifestado a través de la declaración de impacto ambiental.

El procedimiento establecido en el Reglamento estatal (arts. 13 y siguientes del RD 1131/1988) es directamente aplicable a la Administración General del Estado y aplicable también, aunque con carácter supletorio, a las Comunidades Autónomas que tengan atribuida la competencia medioambiental en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

El procedimiento establecido en la norma autonómica, es similar al que establece el reglamento estatal, y se sustanciará con arreglo a los siguientes trámites:

4.1. Solicitud de iniciación

Cuando pretenda realizarse un proyecto sometido a Evaluación de Impacto Ambiental (los enumerados en los Anexos I y II de la Ley 4/2007), el promotor deberá presentar al órgano sustantivo una solici-

tud, acompañada de una documentación que variará en función de que la actividad en cuestión se recoja en el anexo I o en el II.

La documentación para las actividades del anexo I consistirá en:

- La definición, características y ubicación del proyecto.

- Las principales alternativas que se consideran y análisis de los potenciales impactos de cada una de ellas.

- Un diagnóstico territorial y del medio ambiente afectado por el proyecto.

Para el caso de las actividades del anexo II la documentación consistirá en lo siguiente:

- La definición, características y ubicación del proyecto.

- Las principales alternativas estudiadas.

- Un análisis de impactos potenciales en el medio ambiente.

- Las medidas preventivas, correctoras o compensatorias para la adecuada protección del medio ambiente.

- La forma de realizar el seguimiento que garantice el cumplimiento de las indicaciones y medidas protectoras y correctoras contenidas en el documento ambiental.

En la regulación anterior no era necesario haber solicitado la licencia municipal ni otras autorizaciones sustantivas, es más, esperar a que avanzase el procedimiento autorizatorio para iniciar la evaluación ambiental podía entrañar una pérdida de tiempo, y lo que es peor, la necesidad de repetir ciertos trámites, con el consiguiente retraso y demás molestias para el promotor (Delgado, 2005). Sin embargo, actualmente el primer paso es presentar la documentación que deberá estudiar el órgano ambiental, al órgano sustantivo, de forma que se integre plenamente el procedimiento ambiental en el sustantivo, como mecanismo para garantizar la coordinación de ambos órganos y conseguir aprovechar las sinergias de los trámites comunes, como el de información pública, a la vez que asegura que no se va a avanzar en el procedimiento sustantivo mientras no esté clara la compatibilidad ambiental del proyecto.

El órgano con competencia sustantiva, tras mostrar su conformidad con la documentación requerida, la enviará al órgano ambiental, al objeto de iniciar el trámite de Evaluación del Impacto Ambiental.

La consecuencia de la ausencia de este trámite es la nulidad de la autorización sustantiva, lo que supone una novedad importante en la nueva regulación, que viene a reforzar la importancia de la Evaluación de Impacto Ambiental.

El órgano ambiental en Castilla-La Mancha será la Dirección General de Evaluación Ambiental de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural.

4.2. Consultas previas e indicación de aspectos relevantes

Una vez el órgano ambiental reciba la solicitud, consultará a las administraciones afectadas:

- Notificará la solicitud al Ayuntamiento, en cuyo término municipal radique el proyecto, a fin de que pueda informar sobre su contenido en el plazo de treinta días.

- Enviará la solicitud a otras administraciones e instituciones implicadas cuya participación bien venga impuesta por el ordenamiento, bien sea considerada de utilidad por el órgano ambiental, para que informen sobre los aspectos que les sean consultados o les correspondan en función de sus competencias, con el mismo plazo previsto en el párrafo anterior.

- La consulta se podrá ampliar a otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, vinculadas a la protección del medio ambiente, en aspectos que sean de su competencia.

El órgano ambiental determinará la amplitud y el nivel de detalle del Estudio del Impacto Ambiental tras las consultas y lo remitirá al promotor junto al resultado de las mismas.

La Administración pondrá a disposición del titular del proyecto los informes y cualquier otra documentación que obre en su poder cuando resulte de utilidad para la realización del Estudio de Impacto Ambiental.

En el caso de los proyectos comprendidos en el Anexo II, así como cualquier proyecto no incluido en el Anexo I que pueda afectar

directa o indirectamente a los espacios de la Red Ecológica Europea Natura 2000, sólo deberán someterse a Evaluación de Impacto Ambiental, si así lo decide el órgano ambiental en cada caso de forma motivada y pública, ajustándose a los criterios establecidos en el Anexo III.

Cuando estos proyectos no se sometan al procedimiento de Evaluación del Impacto Ambiental, el órgano ambiental dictará resolución en el plazo de un mes desde la finalización del plazo de las consultas a las administraciones, personas e instituciones afectadas por la realización del proyecto.

La resolución contendrá las condiciones necesarias, propuestas por el promotor, en la documentación ambiental que acompañe la solicitud, para la prevención, corrección o compensación de la incidencia ambiental del proyecto, pudiendo el órgano ambiental corregirlas o completarlas. En este caso tendrán carácter vinculante, y deberán ser incluidas en la autorización del órgano sustantivo.

La ampliación o modificación de los mismos, cuando ello pueda suponer una ampliación o agravamiento de sus efectos ambientales negativos, también se someterá a este procedimiento, para lo que, en el procedimiento para su autorización, el órgano sustantivo podrá requerir informe al órgano ambiental, que lo emitirá en el plazo de un mes.

Este nuevo enfoque dado al procedimiento previsto para los proyectos del anexo II, sobre todo en lo relativo al contenido de la resolución, supone de hecho, que todos estos proyectos, cuando no se sometan al procedimiento general, van a ser sometidos a un procedimiento de evaluación ambiental de menor intensidad, con el resultado de que la resolución en la que se justifica la no necesidad de Evaluación de Impacto Ambiental, por su contenido y efectos, constituirá un informe ambiental vinculante para el órgano sustantivo.

4.3. El Estudio de Impacto Ambiental

Una vez se haya determinado por el órgano ambiental la necesidad o no de proceder a una evaluación del impacto ambiental del proyecto, será el momento de redactarlo conjuntamente con el Estudio de Impacto Ambiental (EsIA)[1]. El promotor cuenta con un plazo máximo de tres meses para presentar el estudio del impacto ambiental. El incumplimiento de este plazo supondrá el archivo del expediente, que se producirá de acuerdo con la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE, 1992), aplicando la caducidad prevista en su artículo 92. La Ley no establece ante qué órgano se presentará el estudio, aunque cabe presuponer que es ante el órgano ambiental porque el archivo al que se refiere es del expediente ambiental, y es el órgano ambiental quien somete a información pública el Estudio de Impacto Ambiental, si no existiese tal trámite en el procedimiento sustantivo.

Por otra parte, la presentación de la solicitud de licencia de actividad, conforme establece el art. 29 del Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, RAMINP (BOE, 1961), se acompañará del proyecto técnico y de la Memoria descriptiva, con el Estudio de Impacto Ambiental para su tramitación por el Ayuntamiento correspondiente. En los casos en que coincida el órgano ambiental con el Ayuntamiento, la solicitud de la calificación urbanística, en su caso, y de la licencia de obras y de actividad, se efectuarán de forma simultánea coincidiendo con la presentación ante el órgano sustantivo de la solicitud de iniciación del procedimiento al que hace referencia la ley 4/2007 de Evaluación de Impacto Ambiental, quedando la tramitación de las licencias en suspenso mientras se realizan los trámites del expediente ambiental. Así pues, el trámite de información pública deberá esperar a la recepción del Estudio de Impacto Ambiental por parte del órgano ambiental. Por otra parte, los proyectos sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental no serán sometidos a la calificación de las Comisiones Provinciales de Saneamiento.

El Estudio del Impacto Ambiental deberá evaluar un conjunto de alternativas lo suficientemente amplio como para permitir determinar razonablemente la opción de menor impacto ambiental global, incluyendo la alternativa "sin proyecto". Alternativas que deberán ser técnicamente viables y adecuadas al fin del proyecto.

El Estudio de Impacto Ambiental deberá contener como mínimo:

- Localización y descripción del proyecto y sus acciones, incluyendo la descripción de sus características físicas y de las necesidades en materia de utilización del suelo durante las fases de construcción y funcionamiento, así como la descripción de las principales características de los procesos de fabricación, con indicación de la naturaleza y cantidad de materiales a utilizar y su repercusión sobre la utilización de recursos naturales.

- Estimación de los tipos, cantidades y composición de residuos, vertidos y emisiones de materia o energía resultantes, incluida la contaminación del agua, aire y suelo, ruidos, vibraciones, calor, olores, radiaciones y emisiones luminosas, tanto en la fase de construcción como en las de funcionamiento y de finalización de la actividad.

- Inventario ambiental, con una descripción de los elementos del medio ambiente que puedan verse afectados de forma apreciable por el proyecto, y en particular la población, la fauna y flora y sus respectivos hábitats, la geomorfología, el suelo, el agua, el aire, el clima, el paisaje, la estructura y función de los ecosistemas naturales, las áreas protegidas y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico, así como, en su caso, sus respectivas interacciones.

- La normativa ambiental considerada.

- Identificación, descripción y evaluación de los efectos previsibles directos o indirectos del proyecto sobre la población, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el paisaje y los bienes materiales, incluido el patrimonio histórico. Asimismo, se atenderá a la interacción entre todos estos factores.

- Examen de las alternativas estudiadas y justificación de la solución adoptada teniendo en cuenta su impacto ambiental

- Medidas previstas para prevenir, reducir, eliminar o compensar los efectos ambientales negativos significativos, incluida su valoración económica.

- Programa de vigilancia ambiental, que deberá garantizar el cumplimiento de las medidas preventivas, correctoras y compensatorias contenidas en el estudio.

- Resumen del estudio y conclusiones en términos fácilmente comprensibles. Informe, en su caso, de las dificultades informativas o técnicas encontradas en la elaboración del mismo.

- Cuando no se haya estimado conveniente considerar alguno de los informes recibidos en fase de consultas previas, justificación de tal decisión.

- En el caso de proyectos que desarrollen los planes o programas que hayan sido sometidos al procedimiento de Evaluación Ambiental regulado en la ley 4/2007, el Estudio del Impacto Ambiental deberá recoger, de forma obligatoria, lo establecido en la misma.

4.4. Trámite de información pública

Dentro del procedimiento que siga el órgano sustantivo para la autorización del proyecto, si estuviese previsto un trámite de información pública, se someterá conjuntamente con el mismo, el estudio de impacto ambiental. El estudio de impacto ambiental se someterá también a los demás informes que en dicho procedimiento se establezcan. Dicho trámite se evacuará en aquellas fases del procedimiento en las que estén aún abiertas todas las opciones relativas a la determinación del contenido, la extensión y la definición del proyecto sujeto a autorización y sometido a evaluación de impacto y tendrá una duración no inferior a 30 días.

Ahora bien, cuando no estuviesen previstos estos trámites en el citado procedimiento para la autorización del proyecto técnico de que se trate, el órgano ambiental procederá directamente a someter el estudio de impacto al trámite de información pública y a recabar los informes que, en cada caso, considere oportunos.

El trámite de información pública tiene una doble dimensión. Por una parte el órgano sustantivo informará al público, es decir, cualquier persona física o jurídica y sus asociaciones, de los aspectos relevantes relacionados con el procedimiento de autorización del proyecto y, en concreto de los siguientes aspectos:

- La solicitud de autorización del proyecto.
- El hecho de que el proyecto está sujeto a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, así como de que, puede resultar de aplicación lo previsto en materia de consultas transfronterizas.
- Identificación del órgano competente para resolver el procedimiento, de aquellos de los que pueda obtenerse información pertinente y de aquellos a los que puedan presentarse observaciones, alegaciones y consultas, así como del plazo disponible para su presentación.
- Naturaleza de las decisiones o, en su caso, de los borradores o proyecto de decisiones que se vayan a adoptar.
- Indicación de la disponibilidad de la información recogida en el Estudio de Impacto Ambiental y de la fecha y lugar o lugares en los que se pondrá a disposición del público tal información.
- Identificación de las modalidades de participación.

Por otra parte, el órgano sustantivo informará a las personas interesadas y a las administraciones públicas afectadas que hubiesen sido previamente consultadas en relación con la definición de la amplitud y el nivel de detalle del estudio de impacto ambienta del derecho a participar en el correspondiente procedimiento y del momento en que pueden ejercitar tal derecho y les proporcionará la siguiente información:

- Toda información recogida en el Estudio de Impacto Ambiental.

- Toda la documentación relevante recibida por el órgano sustantivo con anterioridad a la evacuación del trámite de información pública.

  El plazo de información pública no será inferior a 30 días.

Cuando el órgano ambiental pertenezca a la Administración del Estado, solicitará siempre informe al órgano ambiental de la Comunidad Autónoma, tanto en la fase de consultas previas, si la hubiere, como simultáneamente a la información pública del estudio de impacto.

4.5. Declaración de impacto ambiental

Con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en su caso, autorización de la obra, instalación o actividad de que trate el proyecto, el órgano competente remitirá el expediente, compuesto por el documento técnico del proyecto, el estudio de impacto ambiental, el resultado de la información pública y las observaciones que estime oportunas, al objeto de que el órgano ambiental, formule una declaración de impacto, en la que determine las condiciones que deban establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales.

A la vista del contenido de las alegaciones y observaciones formuladas en el período de información pública y del resto de informes preceptivos, el órgano ambiental resolverá la declaración de impacto ambiental en un plazo de un mes, o dos si los proyectos afectan a áreas protegidas en aplicación de la Ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha (DOCM, 1999b).

En caso de que la información pública del Estudio del Impacto Ambiental sea llevada a cabo por el órgano ambiental, el plazo para resolver se contará desde que finalizara el plazo de dicha información pública.

La declaración de impacto ambiental que emita el órgano ambiental, determinará a los solos efectos ambientales la conveniencia o no de realizar el proyecto y, en caso positivo, determinará las condiciones en que debe realizarse, así como las situaciones en las que la acumulación de acciones sobre el mismo territorio pueda ocasionar un daño irreparable sobre el medio ambiente, estableciendo las medidas adecuadas y necesarias para prevenir, reducir o compensar los efectos ambientales negativos que el proyecto pueda causar, en el ámbito territorial de realización del mismo o en otro necesitado.

También podrá establecer las medidas protectoras, correctoras y compensatorias correspondientes adicionales a las propuestas en el Estudio de Impacto Ambiental.

Esta declaración de Impacto Ambiental formará un todo coherente con las exigidas para la realización del proyecto; se integrarán, en su caso, con las previsiones contenidas en los planes ambientales existentes y se referirán a la necesidad de salvaguardar los ecosistemas y a su capacidad de recuperación.

Incluirá las prescripciones pertinentes sobre la forma de desarrollar el seguimiento de las actuaciones de conformidad con el programa de vigilancia ambiental y podrá contener previsiones respecto a la revisión de su contenido como consecuencia de la modificación sobrevenida o detectada en las condiciones que justificaron su emisión.

Esta será vinculante para el órgano sustantivo, que deberá tener en cuenta el contenido de la declaración de impacto ambiental en el procedimiento de autorización del proyecto. Para evitar que exista problema a la hora de integrar la licencia ambiental con la sustantiva, la ley prevé un mecanismo de resolución de discrepancias entre ambos organismos. En caso de que el órgano sustantivo considerase oportuna la autorización del proyecto, y el órgano ambiental prevea la necesidad de emitir una declaración de impacto ambiental negativa, ambos expresarán las razones que fundamenten tal opinión. En cualquier caso, no tendrá lugar la autorización del proyecto hasta en tanto tenga lugar la resolución de discrepancias entre el órgano ambiental y el órgano sustantivo, sobre las que resolverá el Consejo de Gobierno.

Al ser la declaración de Impacto un informe preceptivo y determinante de la autorización o aprobación del proyecto, el órgano sustantivo podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos, debiendo esperar a recibirla antes de su resolución, debido a su carácter vinculante (Delgado, 2005).

Las actividades que estén sujetas a evaluación de impacto ambiental conforme a lo previsto en la Ley 4/2007 (DOCM, 2007) no serán sometidas a la calificación de las Comisiones Provinciales de Saneamiento, regulada en el RAMINP, aprobado por Decreto 2414/1961 (BOE, 1961), lo que, unido a la simultaneidad de los trámites de información pública de ambos procesos en el caso de que el órgano sustantivo sea el ayuntamiento (lo que ocurrirá la mayor parte de las veces) redundará en una economía procedimental y una mayor agilidad en la tramitación de los expedientes.

Simultáneamente a la comunicación de la declaración de impacto ambiental al órgano sustantivo, el órgano ambiental podrá otorgar al promotor las autorizaciones ambientales que fueran de su competencia y de aplicación a la actividad en cuestión, siempre que hubiera acreditado el cumplimiento de todos los requisitos exigibles para su otorgamiento. A partir de la entrada en vigor de la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (BOE, 2002), se establece la Autorización Ambiental Integrada (AAI), figura de intervención administrativa cuyo otorgamiento corresponde a las Comunidades autónomas. Este será el momento de conceder ambas licencias ambientales, aunque no existen otras previsiones al respecto, por lo que el legislador, ha perdido una magnífica oportunidad para establecer una integración de estas autorizaciones cuando el órgano ambiental para ambas coincide en el autonómico.

Las declaraciones de impacto han de publicarse en todo caso. Cuando la realice el órgano ambiental de la Comunidad Autónoma se publicarán en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha, siendo el Boletín Oficial del Estado el medio utilizado cuando la emisión de la declaración corresponda a la administración ambiental estatal.

No obstante, la aprobación del proyecto será hecha pública por el órgano sustantivo que la haya adoptado, el cual pondrá a disposición del público la siguiente información:

- El contenido de la decisión y las condiciones impuestas.
- Las principales razones y consideraciones en las que se basa la decisión, en relación con las observaciones y opiniones expresadas durante la Evaluación del Impacto Ambiental.
- Una descripción, cuando sea necesario, de las principales medidas para evitar, reducir y, si es posible, anular los principales efectos adversos.

No se prevé, en cambio, la notificación de la declaración de Impacto Ambiental al promotor, salvo que en el procedimiento de otorgamiento de la autorización por la autoridad competente sustantiva esté prevista la notificación al peticionario de la autorización de las condiciones a que deba sujetarse la ejecución del proyecto, en las que se incorporará el contenido de la Declaración de Impacto.

5. BIBLIOGRAFÍA Y NORMATIVA

5.1. Bibliografía

Alonso, C. y Moreno, J.A. 2005. *Técnicas jurídicas de protección ambiental: instrumentos de intervención administrativa*. En: *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*. 4ª Edición. Editorial Lex Nova. Valladolid.

Andrés Abellán, M. y García Morote, F.A.2006. *La Evaluación del impacto ambiental de proyectos y actividades agroforestales*. Colección Monografías nº 48. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca.

Delgado, F. 2005. *El régimen jurídico de la evaluación ambiental de las actividades agroforestales*. Revista Aranzadi de derecho ambiental, 7: 71-95.

Gómez, D. 1999. *Evaluación del Impacto Ambiental*. Ediciones Mundi-Prensa. Madrid.

Hernández, S. 2000. *La legislación de evaluación de impacto ambiental en España.* Coedición Fugesma y Mundi-Prensa. Madrid.

López-Jurado, F.B. 2002. *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002, de prevención y control integrado de la contaminación.* Editorial Cívitas. Madrid.

Lozano, B. 2001. *Derecho ambiental administrativo*. 2ª edición. Editorial Dykinson. Madrid.

Pizarro, D. y Soca, N. 2005. *Situación del procedimiento de evaluación de impacto ambiental en España*. Tecno ambiente, 151: 5-10.

Soca, N. y Pizarro, D. 2001. *Análisis del cumplimiento de la normativa estatal sobre la evaluación de impacto ambiental para proyectos de grandes presas.* Informes de la construcción, 476.

5.2. Normativa

BOE. 1961. Decreto 2414/1961 por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas. RAMINP. BOE nº 292, de 7-12-1961.

BOE. 1986. Real Decreto Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental. BOE nº 155, de 30-6-1986.

BOE. 1988. Real Decreto 1131/1988, de 30 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para ejecución del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28-6-1986, de Evaluación del Impacto Ambiental. BOE nº 239, de 5-10-1988.

BOE. 1992. Ley de Régimen Jurídico de la Administración y del Procedimiento Administrativo Común. BOE nº 311, de 28-12-1992.

BOE. 1994. Real Decreto 1778/1994, por el que se Adecua las normas reguladoras de los procedimientos administrativos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, a la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. BOE nº 199, de 20-8-1994.

BOE. 2002. Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. BOE nº 157 de 2-7-2002.

BOE. 2006a. Ley 27/2006, por la que se regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. BOE nº 171, de 19-7-2006.

BOE. 2006b. Ley 9/2006, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. BOE nº 102, de 29-4-2006.

DOCM. 1999a. Ley 5/1999, de 8 de abril, de Evaluación del Impacto Ambiental DOCM nº 26, de 30-4-1999.

DOCM. 1999b. Ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha. DOCM nº 40, de 12-6-1999.

DOCM. 2003. Decreto 178/2002, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Desarrollo de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Evaluación del Impacto Ambiental de Castilla-La Mancha, y se adaptan sus Anexos. DOCM nº 5, de 15-01-2003.

DOCM. 2007. Ley 4/2007 de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha DOCM nº 60, de 20-3-2007.

Tabla 1. Actividades agroforestales sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental (DOCM, 2007).

Grupo 1. Agricultura, silvicultura, acuicultura y ganadería.

a) Las primeras repoblaciones forestales de más de 50 ha, cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas.
b) Corta de arbolado con propósito de cambiar a otro tipo de uso del suelo, cuando no esté sometida a planes de ordenación y afecte a una superficie mayor de 20 ha. No se incluye en este apartado la corta de cultivos arbóreos explotados a turno inferior a cincuenta años.
c) Proyectos para destinar terrenos incultos o áreas seminaturales a la explotación agrícola intensiva, que impliquen la ocupación de una superficie mayor de 100 ha o mayor de 50 ha en el caso de terrenos en los que la pendiente media sea igual o superior al 20%.
d) Proyectos de gestión de recursos hídricos para la agricultura, con inclusión de proyectos de riego o de avenamientos de terrenos, cuando afecten a una superficie mayor de 100 ha. No se incluyen los proyectos de consolidación y mejora de regadíos.
e) Instalaciones de ganadería intensiva que superen las siguientes capacidades:

1ª. 40.000 plazas para gallinas y otras aves.
2ª. 55.000 plazas para pollos.
3ª. 2.000 plazas para cerdos de engorde.
4ª. 750 plazas para cerdas de cría.
5ª. 2.000 plazas para ganado ovino y caprino.
6ª. 300 plazas para ganado vacuno de leche.
7ª. 600 plazas para vacuno de cebo.
8ª. 20.000 plazas para conejos.

f) Los siguientes proyectos correspondientes a actividades que, no alcanzando los valores de los umbrales establecidos, se desarrollen en áreas protegidas en aplicación de la ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha:

1°. Primeras repoblaciones forestales cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas.

Tabla 1 (Continuación). Actividades agroforestales sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental (DOCM, 2007).

2°. Proyectos para destinar terrenos incultos o áreas seminaturales a la explotación agrícola intensiva que impliquen la ocupación de una superficie mayor de 10 ha.

3°. Proyectos de gestión de recursos hídricos para la agricultura, con inclusión de proyectos de riego o de avenamiento de terrenos, cuando afecten a una superficie mayor de 10 ha.

4°. Transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 10 ha.

5°. Concentraciones parcelarias.

Grupo 9. Otros proyectos

a) Transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 ha, y a superficies superiores a 10 ha cuando se desarrollen en áreas protegidas en aplicación de la ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha.

b) Instalaciones para la utilización confinada de organismos modificados genéticamente y proyectos sobre la liberación intencionada en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

d) Vallados y/o Cerramientos de cualquier tipo sobre el medio natural, con longitudes superiores a 4.000 m o extensiones superiores a 100 ha, a excepción de los cerramientos ganaderos de carácter estacional o no permanentes y aquellos con alturas inferiores a 60 cm.

e) Cualquier modificación o extensión de un proyecto consignado en el presente Anexo, cuando dicha modificación o extensión cumple, por sí sola, los posibles umbrales establecidos en el presente Anexo.

Tabla 2. Proyectos que serán sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso (DOCM, 2007).

Grupo 1. Agricultura, silvicultura, acuicultura y ganadería.

a) Proyectos de concentración parcelaria (Proyectos no incluidos en el Anexo I).

b) Primeras repoblaciones forestales cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas (Proyectos no incluidos en el Anexo I).

c) Proyectos para destinar áreas seminaturales a la explotación agrícola intensiva no incluidos en el Anexo I.

d) Talas de masas forestales con propósito de cambiar a otro tipo de uso del suelo (Proyectos no incluidos en el Anexo I).

e) Proyectos de transformación en regadío cuando la superficie de los mismos sea superior a 10 ha (Proyectos no incluidos en el Anexo I), y proyectos para la consolidación y mejora de regadíos cuando la superficie de los mismos sea superior a 50 ha. Proyectos de cualquier superficie cuando se desarrollen en áreas protegidas ambientalmente o sobre unidades hidrogeológicas declaradas sobreexplotadas, en el caso de transformaciones.

f) Instalaciones de acuicultura.

g) Instalaciones para la cría intensiva de ganado no incluidas en el Anexo I, cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- Que la actividad se desarrolle en zonas vulnerables a la contaminación por nitratos.
- Que la actividad se encuentre a una distancia inferior a 100 m de cauces o humedales.
- Que la actividad se desarrolle en un área protegida en aplicación de la ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha.
- Que la actividad se desarrolle a una distancia inferior a 500 m del suelo urbano o urbanizable.

Tabla 2 (Continuación). Proyectos que serán sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso (DOCM, 2007).

Grupo 2. Industrias de productos alimenticios.

a) Instalaciones para el sacrificio y/o despiece de animales con una capacidad de tratamiento superior a 10 t/día.

b) Instalaciones industriales para la elaboración de grasas y aceites vegetales y animales, envasado y enlatado de productos animales y vegetales, elaboración de vino, tratamiento y transformación de la leche, fabricación de cerveza y malta, elaboración de confituras y almíbares, instalaciones industriales para la fabricación de féculas, fabricas de harina de pescado y aceite de pescado y fábricas de azúcar, cuando se desarrollen en áreas protegidas ambientalmente, o cuando se dé alguna de las circunstancias siguientes:

1ª. Que esté situada fuera de polígonos industriales.
2°. Que se encuentre a menos de 500 m suelo urbano o urbanizable de uso no industrial.
3ª. Que en edificación ocupe una superficie de, al menos, 1 ha.

c) Industrias alcoholeras.

d) Tratamiento y transformación para la fabricación de productos a partir de:

- Materia prima animal (que no sea la leche) de una capacidad de producción de productos acabados superior a 75 t/día.
- Materia prima vegetal de una capacidad de producción de productos acabados superior a 300 t/día (valor medio trimestral, referido al trimestre de mayor producción).
- Tratamiento y transformación de la leche, con una capacidad de leche recibida superior a 200 t/día (valor medio anual).

Tabla 2 (Continuación). Proyectos que serán sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso (DOCM, 2007).

Grupo 8. Proyectos de infraestructuras.

a) Proyectos de zonas industriales.

h) Construcción de caminos afectando a terrenos cubiertos de vegetación natural a lo largo de más de 2 km, y en todos los casos que se realicen en áreas protegidas.

Grupo 10. Otros proyectos.

i) Cualquier cambio o ampliación de los proyectos que figuran en los Anexos I y II, ya autorizados, ejecutados o en proceso de ejecución que puedan tener efectos adversos significativos sobre el medio ambiente, es decir, cuando se produzca alguna de las incidencias siguientes:

1ª. Incremento significativo de las emisiones a la atmósfera.

2ª. Incremento significativo de los vertidos a cauces públicos o acuíferos subterráneos.

3ª. Incremento significativo de la generación de residuos.

4ª. Incremento significativo en la utilización de recursos naturales.

5ª. Afección a áreas protegidas en aplicación de la ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha.

l) Vallados y/o cerramientos de cualquier tipo sobre el medio natural, sobre longitudes superiores a 2.000 m y sobre extensiones superiores a 5 ha, a excepción de los cerramientos ganaderos de carácter estacional y aquellos con alturas inferiores a 60 cm (proyectos no incluidos en el Anexo I).

m) Actuaciones que impliquen la eliminación de cubierta vegetal natural que afecten a longitudes superiores a 1000 m en total o en acumulación de tramos.

Tabla 2 (Continuación). Proyectos que serán sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso (DOCM, 2007).

n) Aquellos proyectos que concurran varias acciones que están relacionadas en los Anexos pero que por su dimensión queden excluidos de ser sometidos a Evaluación del Impacto Ambiental (efecto sinérgico).
o) Cualquier otro tipo de actividad no especificada en el presente Anexo que pueda afectar a áreas protegidas en aplicación de la ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha.
p) Cambios o transformaciones de cultivo cuando se desarrollen en áreas protegidas en aplicación de la ley 9/1999 de Conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha que entrañen riesgos ambientales.

NOTA:

[1]Documento o informe técnico donde se deberán identificar, describir, valorar y corregir los impactos ambientales que un proyecto puede ocasionar sobre el medio, los recursos y los procesos naturales (Andrés y García, 2006).

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE CONSULTA FACULTATIVA PLANTEADA POR LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA EN RELACIÓN CON EL REQUERIMIENTO FORMULADO POR EL SECRETARIO GENERAL DE EDUCACIÓN DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y CIENCIA, DIRIGIDO CONTRA EL CONTENIDO DEL APARTADO 2 DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DEL DECRETO 25/2007, DE 3 DE ABRIL, DE SELECCIÓN, NOMBRAMIENTO, FORMACIÓN Y EVALUACIÓN DE LOS DIRECTORES Y DIRECTORAS DE LOS CENTROS DOCENTES PÚBLICOS NO UNIVERSITARIOS DE CASTILLA-LA MANCHA, Y DE MEDIDAS DE APOYO Y RECONOCIMIENTO DE SU LABOR

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Formulación de la consulta.- Mediante escrito datado a 13 de junio de 2007 el Consejero de Educación y Ciencia formula consulta a este Consejo, que se concreta en los siguientes términos:

"En este órgano administrativo se ha recibido con fecha 11 de junio de 2007 el requerimiento de la Secretaría General del Ministerio de Educación y Ciencia cuya copia compulsada se acompaña. En el mismo se interesa de esta Consejería que se «… acomode la Disposición Transitoria Primera. 2 del Decreto 25/2007, de 3 de abril […] *a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación …».*

Tomando en consideración que el requerimiento afecta a una materia de especial trascendencia e interés general y en mérito a lo preceptuado por los artículos 40. 1, 51. 2, 54 y 55 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, SOLICITO:

Que por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha se elabore dictamen facultativo con carácter de urgencia, en el que se realice un pronunciamien-

to sobre si lo requerido se ajusta a Derecho y, en caso afirmativo, cuál ha de ser el sentido de la modificación interesada; así como cualquier otra cuestión que deba tenerse en cuenta para dar respuesta al requerimiento".

Segundo. Documentación que acompaña a la consulta.- El escrito de elevación de consulta, anteriormente referido, ha sido acompañado exclusivamente del requerimiento aludido, emitido por el Secretario General de Educación del Ministerio de Educación y Ciencia a 5 de junio de 2007 y formulado de la siguiente manera:

"En el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 6 de abril se publica el Decreto 25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, y de medidas de apoyo y reconocimiento a su labor.

Este Decreto 25/2007, en su Disposición transitoria Primera, se ocupa de los directores nombrados anteriormente. A este respecto, en su punto 1 indica que el mandato de los responsables de la dirección nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2006, será el establecido en la normativa vigente en el momento de su nombramiento. Ello coincide plenamente con lo establecido en la Disposición transitoria sexta, punto 1, de la repetida Ley Orgánica 2/2006. Sin embargo, en el punto 2 de la citada Disposición transitoria del Decreto autonómico, indica que «Las personas nombradas por tres años, como responsables de la dirección como consecuencia de la resolución del concurso de méritos convocado por la Consejería de Educación y Ciencia para la selección y nombramiento de directores y directoras en el año 2005, podrán solicitar a la finalización de su mandato, previa evaluación positiva, la renovación del mismo por un periodo de cuatro año s...». No cabe duda de que este precepto colisiona con la letra y el espíritu de la LOE, ya plenamente en vigor.

El artículo 136 de la Ley Orgánica 2/2006 citada establece que el nombramiento de los directores será por cuatro años. Pero obviamente el artículo indicado está dentro del Capítulo IV de dicha Ley, Dirección de los centros públicos, y se refiere a los directores nombrados de acuerdo al nuevo procedimiento que en él se refleja, sin que pueda ser de aplicación a los que lo fueron de acuerdo al procedimiento anterior, dimanante de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

La Disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica 2/2006, en su punto 1, determina que la duración del mandato del director y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley será la establecida en la normativa vigente en el

momento de su nombramiento. En el punto 2 de dicha Disposición transitoria se establece que las Administraciones educativas podrán prorrogar, por un periodo máximo de un año el mandato de los directores y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos cuya finalización se produzca en el curso escolar de entrada en vigor de la Ley Orgánica de Educación. Al igual que ocurrió en la aplicación de la Ley Orgánica 10/2002 y por las mismas razones de precariedad de la Disposición transitoria en relación con el cuerpo sustantivo de la norma, no procede la perpetuación del antiguo sistema de nombramiento y renovación de directores y órganos unipersonales de centros docentes públicos vía renovación de mandatos, sino que deben agotarlos con el estricto cumplimiento del periodo fijado. Otra cosa sería mantener una normativa sin apoyo, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 2/2006 está en vigor por imperativo de su Disposición final octava, y la Ley Orgánica 10/2002 está derogada a todos los efectos, de acuerdo con la Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 2/2006.

La situación que plantea el citado punto 2 de la Disposición transitoria Primera del Decreto autonómico 25/2007 situaría a los nombrados en la convocatoria del 2005 con un mandato de siete años, acogidos a una norma que ni está en vigor ni previó tal situación. Por todo ello, estos responsables de dirección, en la terminología del Decreto, sólo pueden acabar su mandato por la duración «establecida en la normativa vigente en el momento de su nombramiento», tal como el mismo punto 1 de la Disposición transitoria del Decreto reconoce y la Disposición transitoria sexta de la LOE impone, y que el citado punto 2 vulnera.

Conclusión [ ] Por todo lo expuesto, el Decreto 25/2007, de 3 de abril, de la Junta de Castilla-La Mancha, colisiona en su Disposición transitoria primera. 2 con lo dispuesto al respecto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en sus artículos 136.3 y Disposición transitoria sexta, preceptos de obligado cumplimiento dado el carácter básico de la norma.

Requerimiento [ ] Al amparo de lo establecido en el artículo 44.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se requiere a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Castilla-La Mancha para que acomode la Disposición transitoria Primera.2 del Decreto 25/2007, de 3 de abril, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de este requerimiento".

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en el que tuvo entrada el día 19 de junio de 2007.

A la vista de estos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 54 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, dispone que este último órgano deberá ser consultado en los supuestos concretos relacionados en cada uno de los 10 apartados contemplados en el mismo, incluyendo el noveno de ellos seis parágrafos comprensivos de asuntos determinantes de su intervención preceptiva, relativos a expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

A continuación, el artículo 55 del mismo cuerpo legal señala que *"podrá recabarse el dictamen del Consejo Consultivo, en aquellos asuntos, no incluidos en el artículo anterior, que por su especial trascendencia o repercusión lo requieran."*

La autoridad consultante, considerando la cuestión planteada como de especial trascendencia e interés general para la Administración educativa de la Comunidad Autónoma, apela expresamente al precitado artículo 55 como sustento de su solicitud de dictamen, interesando un pronunciamiento del Consejo respecto a la adecuación a derecho de lo requerido por el Secretario General de Educación del Ministerio de Educación y Ciencia, en relación con la legalidad de lo previsto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Decreto 25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, y de medidas de apoyo y reconocimiento de su labor.

Por todo ello, dada la tipificación resultante del escrito de formulación de la consulta y la inexistencia de precepto legal del que derive una intervención obligada de este Consejo, el presente dictamen se emite con carácter facultativo.

II

Procedimiento seguido.- La Ley reguladora del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha no somete la formulación de consultas de tipo facultativo a otros requisitos que los generales sobre determinación del órgano competente para su planteamiento -artículos

56 y 57 del referido texto-, la exigencia de que el asunto presente *"especial trascendencia o repercusión"* -artículo 55-, que la petición de consulta vaya acompañada de toda la documentación correspondiente a la cuestión suscitada -artículo 53.1. de la Ley- y la necesidad de que la solicitud de dictamen contenga *"con la mayor precisión posible los términos de la consulta"* -artículo 36 del Reglamento Orgánico del Consejo-; previsión esta última que resulta especialmente exigible en las consultas facultativas, pues en los procedimientos en los que la intervención del Consejo Consultivo es preceptiva se cuenta para su pronunciamiento con un proyecto o anteproyecto de disposición o con una propuesta de resolución que fijan claramente los términos sobre los que se requiere la opinión del Consejo, mientras que en las consultas facultativas la especificación de su objeto sólo se obtiene de los términos en que ésta ha sido efectuada.

La consulta recibida ha sido realizada por el titular de la Consejería de Educación y Ciencia, quien resulta competente para su planteamiento con arreglo a la regulación precitada, sin que proceda cuestionar la mayor o menor relevancia del asunto sometido a dictamen, para determinar así el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 55 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, toda vez que, con carácter general, cabe entender que la propia autoridad consultante, atendiendo a la trascendencia que el asunto presenta en su ámbito de actuación, ha tenido en consideración la incidencia del requisito mencionado y su efectiva concurrencia en el supuesto concreto para decidir plantear la consulta.

La petición de dictamen ha sido dirigida al Consejo acompañada, únicamente, del requerimiento conminatorio recibido del Ministerio de Educación y Ciencia que se encuentra en el origen de la cuestión, formulado por éste al amparo de lo previsto en el artículo 44. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Así las cosas, se echa en falta que cuestión revestida de tan singular trascendencia o repercusión, como para motivar una consulta facultativa, no haya suscitado ninguna valoración o posicionamiento formal por parte de los Servicios Jurídicos de la Consejería actuante, que, haciéndose llegar al Consejo, hubiera facilitado a éste una toma de conocimiento de la realidad fáctica sobre la que se proyecta la medida de renovación de mandatos amenazada de impugnación, de las razones de todo orden que motivaron su diseño y de los argumentos jurídicos que se estimasen esgrimibles, bien en favor de su viabilidad legal y falta de discordancia con las previsiones de la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), o bien en reconocimiento de su improcedencia y en pro de la derogación o modificación del precepto.

Dicho esto, también ha de ponerse de manifiesto, por la singular naturaleza de la consulta y los previsibles efectos que pudieran derivarse de la decisión que se adopte tras considerar el pronunciamiento de este Consejo, que la materia sometida a dictamen puede tener evidentes repercusiones que inciden de lleno dentro de la órbita de actuación del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, de conformidad con lo previsto en el Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, de organización y funciones del mismo, y en la más reciente Ley 4/2003, de 27 de febrero, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha; toda vez que, en caso de mantenerse el precepto cuestionado por el Ministerio de Educación y Ciencia e interponerse contra el mismo el anunciado recurso contencioso-administrativo, la representación y defensa procesal de la Administración Autonómica en el procedimiento contencioso subsiguiente correspondería al citado Gabinete Jurídico, circunstancia que hace más que aconsejable contar con el parecer de dicho órgano, en tanto que llamado a asumir en el futuro la defensa de los postulados de esa Consejería. De tal manera, en caso de no haber sido requerido el informe del mencionado Gabinete Jurídico sobre la cuestión planteada a este Consejo, se estima conveniente proceder a su petición, máxime cuando no consta a este Consejo que el Decreto portador de la norma cuestionada fuera sometido en su día, en fase de proyecto, al informe de dicho órgano de asesoramiento jurídico.

Pese a la precariedad documental apuntada, dada la falta de rigor formal que caracteriza la formulación de consultas facultativas, cabe concluir que la escasa documentación remitida parece suficiente a fin de proporcionar los antecedentes necesarios sobre los que asentar un pronunciamiento de este órgano consultivo.

De otro lado, en la solicitud de dictamen se insta su emisión con carácter urgente, particularidad que comporta un acortamiento del plazo ordinario de emisión de dictamen a quince días, de conformidad con lo señalado en el artículo 51. 2 de la Ley 11/2003 de 25 de septiembre, y que parece venir justificada en el presente caso por la conveniencia de contar con el mismo antes del transcurso del plazo de un mes fijado legalmente para dar respuesta al tan citado requerimiento.

En virtud de todo lo anterior, procede concluir que el propio carácter facultativo de la consulta y su circunscripción a los términos que seguidamente se exponen, hacen que en el caso examinado no proceda exigir otros requisitos que los ya aludidos y que, como se ha indicado, pueden considerarse suficientes para posibilitar la emisión del presente dictamen.

III

Concreción de los términos de la consulta.- Conforme a lo consignado en antecedentes la autoridad consultante ha concretado el alcance de la consulta en los siguiente términos: *"En este órgano administrativo se ha recibido con fecha 11 de junio de 2007 el requerimiento de la Secretaría General del Ministerio de Educación y Ciencia cuya copia compulsada se acompaña. En el mismo se interesa de esta Consejería que se «… acomode la Disposición Transitoria Primera. 2 del Decreto 25/2007, de 3 de abril* […] *a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación …». [ ] Tomando en consideración que el requerimiento afecta a una materia de especial trascendencia e interés general y en mérito a lo preceptuado por los artículos 40. 1, 51. 2, 54 y 55 de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, SOLICITO:* [ ] *Que por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha se elabore dictamen facultativo con carácter de urgencia, en el que se realice un pronunciamiento sobre si lo requerido se ajusta a Derecho y, en caso afirmativo, cuál ha de ser el sentido de la modificación interesada; así como cualquier otra cuestión que deba tenerse en cuenta para dar respuesta al requerimiento".*

Por consiguiente, versando la cuestión consultada sobre la procedencia de una interpretación jurídica efectuada por el Ministerio de Educación y Ciencia, en virtud de la cual se considera contraria a derecho la previsión reglamentaria acogida en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Decreto 25/2007, de 3 de abril, relativa a la posibilidad de conceder renovaciones de mandatos, por un solo periodo de cuatro años, a los directores de centros públicos docentes no universitarios nombrados a resultas del proceso de provisión de puestos de dirección convocado por la Consejería de Educación y Ciencia en el año 2005, la delimitación de los términos de la consulta impone también la toma en consideración del tenor de dicho requerimiento, en el que se expresa al efecto: *"El artículo 136 de la Ley Orgánica 2/2006 citada establece que el nombramiento de los directores será por cuatro años. Pero obviamente el artículo indicado está dentro del Capítulo IV de dicha Ley, Dirección de los centros públicos, y se refiere a los directores nombrados de acuerdo al nuevo procedimiento que en él se refleja, sin que pueda ser de aplicación a los que lo fueron de acuerdo al procedimiento anterior, dimanante de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.* [ ] *La Disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica 2/2006, en su punto 1, determina que la duración del mandato del director y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley será la establecida en la normativa vigente en el momento de su nombramiento. En el punto 2 de dicha Disposición transitoria se establece que las Administraciones educativas podrán prorrogar, por un*

periodo máximo de un año el mandato de los directores y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos cuya finalización se produzca en el curso escolar de entrada en vigor de la Ley Orgánica de Educación. Al igual que ocurrió en la aplicación de la Ley Orgánica 10/2002 y por las mismas razones de precariedad de la Disposición transitoria en relación con el cuerpo sustantivo de la norma, no procede la perpetuación del antiguo sistema de nombramiento y renovación de directores y órganos unipersonales de centros docentes públicos vía renovación de mandatos, sino que deben agotarlos con el estricto cumplimiento del periodo fijado. Otra cosa sería mantener una normativa sin apoyo, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica 2/2006 está en vigor por imperativo de su Disposición final octava, y la Ley Orgánica 10/2002 está derogada a todos los efectos, de acuerdo con la Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 2/2006. [ ] *La situación que plantea el citado punto 2 de la Disposición transitoria Primera del Decreto autonómico 25/2007 situaría a los nombrados en la convocatoria del 2005 con un mandato de siete años, acogidos a una norma que ni está en vigor ni previó tal situación. Por todo ello, estos responsables de dirección, en la terminología del Decreto, sólo pueden acabar su mandato por la duración «establecida en la normativa vigente en el momento de su nombramiento», tal como el mismo punto 1 de la Disposición transitoria del Decreto reconoce y la Disposición transitoria sexta de la LOE impone, y que el citado punto 2 vulnera.* [ ] *Conclusión* [ ] *Por todo lo expuesto, el Decreto 25/2007, de 3 de abril, de la Junta de Castilla-La Mancha, colisiona en su Disposición transitoria primera. 2 con lo dispuesto al respecto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en sus artículos 136.3 y Disposición transitoria sexta, preceptos de obligado cumplimiento dado el carácter básico de la norma".*

En consecuencia, cabe resumir los términos de la consulta identificando la cuestión primordial que en ella se plantea: si la previsión de renovación de mandato, por una sola vez y un periodo de cuatro años, destinada al personal directivo que obtuvo su nombramiento como consecuencia de la convocatoria desarrollada en el año 2005, regulada por la Orden de la Consejería de Educación y Ciencia de 15 de febrero de 2005 (DOCM de 25 de febrero), y para un periodo inicial de tres años, vulnera las determinaciones de índole transitoria y provistas de carácter básico acogidas en la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

IV

Marco normativo y escenario en que se plantea la cuestión sometida a consulta.- Antes de abordar el análisis de la principal cuestión de fondo suscitada, conviene reflejar los sucesivos cambios normativos operados durante los últimos años en el proceso de designación y

nombramiento del personal responsable de la dirección en los centros públicos de educación no universitarios, así como las actuaciones que, a raíz de dichas innovaciones, ha llevado a efecto la Administración educativa regional en un pasado reciente para proveer de directores a los centros, en sintonía con la regulación aplicable.

Retrotrayéndose tan sólo a la regulación de la que podrían derivar nombramientos afectados por las normas transitorias mencionadas, cabe hacer referencia, primeramente, a la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de participación, evaluación y gobierno de los centros docentes no universitarios, en los que se diseñaba un sistema de carácter electivo, disponiendo sus artículos 17 y 24:

- "Artículo 17.- Procedimiento para la elección del Director. [ ] *1. El Director será elegido por el Consejo Escolar de entre aquellos profesores del centro que hayan sido previamente acreditados para el ejercicio de esta función, y será nombrado por la Administración educativa competente para un mandato cuya duración será de cuatro años.* [ ] *2. La elección se producirá por mayoría absoluta de los miembros del Consejo Escolar del centro.* [ ] *3. Cuando, concurriendo más de un candidato, ninguno de ellos obtuviera la mayoría absoluta, se procederá a realizar una segunda votación en la que figurará como candidato únicamente el más votado en la primera. La elección en esta segunda votación requerirá también mayoría absoluta de los miembros del Consejo Escolar del centro.* [ ] *4. El Consejo Escolar del centro deberá conocer el programa de dirección, que debe incluir la propuesta de los órganos unipersonales de gobierno de la candidatura establecidos en esta Ley, los méritos de los candidatos acreditados y las condiciones que permitieron su acreditación para el ejercicio de la función directiva".*

- "Artículo 24.- Duración del mandato de los órganos de gobierno. [ ] *1. La duración del mandato de los órganos unipersonales de gobierno que corresponde designar en el centro será de cuatro años.* [ ] *2. En los centros de nueva creación, la duración del mandato de todos los órganos de gobierno nombrados por la Administración educativa será de tres años.* [ ] *3. El Consejo Escolar se renovará por mitades cada dos años, sin perjuicio de que se cubran hasta entonces las vacantes que se produzcan. Las Administraciones educativas regularán el procedimiento de renovación parcial, que se realizará de modo equilibrado entre los distintos sectores de la comunidad educativa que lo integran. Asimismo regularán el procedimiento transitorio para la primera renovación parcial, una vez constituido el Consejo de acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley.* [ ] *4. Los Directores podrán desempeñar su mandato en el mismo centro por un máximo de tres períodos consecutivos. A estos efectos, se tendrán en cuenta exclusivamente los períodos para los que hubieran sido designados de acuerdo con los criterios establecidos en la presente Ley".*

Con posterioridad, la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), que derogó el sistema de nombramiento anterior, en sus artículos 86 a 90 y disposición transitoria 1ª introdujo un cambio sustancial en el procedimiento de designación de los referidos directores, mediante la implantación de un sistema basado en los principios de mérito y capacidad, estableciendo al respecto:

"Capítulo VI.- De la selección y nombramiento del Director de los centros docentes públicos.

Artículo 86.- Principios Generales.- [ ] *La selección y nombramiento de Directores de los centros públicos se efectuará mediante concurso de méritos entre profesores funcionarios de carrera de los cuerpos del nivel educativo y régimen a que pertenezca el centro.* [ ] *2. La selección se realizará de conformidad con los principios de publicidad, mérito y capacidad.*

Artículo 87.- Requisitos. [ ] Serán requisitos para poder participar en el concurso de méritos los siguientes [ ]: *a) Tener una antigüedad de, al menos, cinco años en el cuerpo de la función pública docente desde el que se opta.* [ ] *b) Haber impartido docencia directa en el aula como funcionario de carrera, durante un período de igual duración, en un centro público que imparta enseñanzas del mismo nivel y régimen.* [ ] *c) Estar prestando servicios en un centro público del nivel y régimen correspondientes, con una antigüedad en el mismo de, al menos, un curso completo al publicarse la convocatoria, en el ámbito de la Administración educativa convocante.*

Artículo 88.- Procedimiento de selección [ ] *1. Para la designación de los Directores en los centros públicos, las Administraciones educativas convocarán concurso de méritos.* [ ] *2. La selección será realizada por una Comisión constituida por representantes de las Administraciones educativas y, al menos, en un treinta por ciento por representantes del centro correspondiente. De estos últimos, al menos el cincuenta por ciento lo serán del Claustro de profesores de dicho centro.* [ ] *3. La selección se basará en los méritos académicos y profesionales acreditados por los aspirantes, y en la experiencia y valoración positiva del trabajo previo desarrollado como cargo directivo y de la labor docente realizada como profesor. Se valorará de forma especial la experiencia previa en el ejercicio de la dirección.* [ ] *4. Las Administraciones educativas determinarán el número total de vocales de las comisiones y la proporción entre los representantes de la Administración y de los centros. Asimismo, establecerán los criterios objetivos y el procedimiento aplicables a la correspondiente selección.*

Artículo 89.- Nombramiento. [ ] *1. Los aspirantes seleccionados deberán superar un programa de formación inicial, organizado por las*

Administraciones educativas, consistente en un curso teórico de formación relacionado con las tareas atribuidas a la función directiva y en un período de prácticas. Los aspirantes seleccionados que tengan adquirida la categoría de Director a que se refiere el apartado 3 de este artículo, estarán exentos de la realización del programa de formación inicial. [ ] *2. La Administración educativa nombrará Director del centro que corresponda, por un período de tres años, al aspirante que haya superado este programa.* [ ] *3. Los Directores así nombrados serán evaluados a lo largo de los tres años. Los que obtuvieren evaluación positiva, adquirirán la categoría de Director para los centros públicos del nivel educativo y régimen de que se trate. Dicha categoría surtirá efectos en el ámbito de todas las Administraciones educativas.*

Artículo 90.- Duración del mandato. [ ] *El nombramiento de los Directores podrá renovarse, por períodos de igual duración, previa evaluación positiva del trabajo desarrollado al final de los mismos. Las Administraciones educativas podrán fijar un límite máximo para la renovación de los mandatos.*

Disposición transitoria primera.- [ ] *De la duración del mandato de los órganos de gobierno de los centros.* [ ] *1. La duración del mandato del Director y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley será la que corresponda a la normativa vigente en el momento de su nombramiento.* [ ] *2. Las Administraciones educativas podrán prorrogar, por un período máximo de un año, el mandato de los Directores y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos cuya finalización se produzca en el año natural de entrada en vigor de la presente Ley".*

Por último, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) en sus artículos 133 a 136 y disposición transitoria sexta, ha instaurado un renovado sistema de nombramiento que introduce diversas innovaciones respecto del definido con anterioridad, estableciendo:

"Artículo 133.- Selección del director. [ ] *1. La selección del director se realizará mediante un proceso en el que participen la comunidad educativa y la Administración educativa.* [ ] *2. Dicho proceso debe permitir seleccionar a los candidatos más idóneos profesionalmente y que obtengan el mayor apoyo de la comunidad educativa.* [ ] *3. La selección y nombramiento de directores de los centros públicos se efectuará mediante concurso de méritos entre profesores funcionarios de carrera que impartan alguna de las enseñanzas encomendadas al centro.* [ ] *4. La selección se realizará de conformidad con los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad.*

Artículo 134.- Requisitos para ser candidato a director. [ ] *1. Serán requisitos para poder participar en el concurso de méritos los siguientes:* [ ] *a)*

Tener una antigüedad de al menos cinco años como funcionario de carrera en la función pública docente. [ ] b) Haber impartido docencia directa como funcionario de carrera, durante un período de igual duración, en alguna de las enseñanzas de las que ofrece el centro a que se opta. [ ] c) Estar prestando servicios en un centro público, en alguna de las enseñanzas de las del centro al que se opta, con una antigüedad en el mismo de al menos un curso completo al publicarse la convocatoria, en el ámbito de la Administración educativa convocante. [ ] d) Presentar un proyecto de dirección que incluya, entre otros, los objetivos, las líneas de actuación y la evaluación del mismo. [ ] 2. En los centros específicos de educación infantil, en los incompletos de educación primaria, en los de educación secundaria con menos de ocho unidades, en los que impartan enseñanzas artísticas profesionales, deportivas, de idiomas o las dirigidas a personas adultas con menos de ocho profesores, las Administraciones educativas podrán eximir a los candidatos de cumplir alguno de los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo.

Artículo 135.- Procedimiento de selección. [ ] 1. Para la selección de los directores en los centros públicos, las Administraciones educativas convocarán concurso de méritos y establecerán los criterios objetivos y el procedimiento de valoración de los méritos del candidato y del proyecto presentado. [ ] 2. La selección será realizada en el centro por una Comisión constituida por representantes de la Administración educativa y del centro correspondiente. [ ] 3. Corresponde a las Administraciones educativas determinar el número total de vocales de las comisiones. Al menos un tercio de los miembros de la comisión será profesorado elegido por el Claustro y otro tercio será elegido por y entre los miembros del Consejo Escolar que no son profesores. [ ] 4. La selección del director, que tendrá en cuenta la valoración objetiva de los méritos académicos y profesionales acreditados por los aspirantes y la valoración del proyecto de dirección, será decidida democráticamente por los miembros de la Comisión, de acuerdo con los criterios establecidos por las Administraciones educativas. [ ] 5. La selección se realizará considerando, primero, las candidaturas de profesores del centro, que tendrán preferencia. En ausencia de candidatos del centro o cuando éstos no hayan sido seleccionados, la Comisión valorará las candidaturas de profesores de otros centros.

Artículo 136.- Nombramiento. [ ] 1. Los aspirantes seleccionados deberán superar un programa de formación inicial, organizado por las Administraciones educativas. Los aspirantes seleccionados que acrediten una experiencia de al menos dos años en la función directiva estarán exentos de la realización del programa de formación inicial. [ ] 2. La Administración educativa nombrará director del centro que corresponda, por un período de cuatro años, al aspirante que haya superado este programa. [ ] 3. El nombramiento de los directores podrá renovarse, por períodos de igual duración, previa evaluación

positiva del trabajo desarrollado al final de los mismos. Los criterios y procedimientos de esta evaluación serán públicos. Las Administraciones educativas podrán fijar un límite máximo para la renovación de los mandatos.

Disposición transitoria sexta.- Duración del mandato de los órganos de gobierno. [ ] *1. La duración del mandato del director y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley será la establecida en la normativa vigente en el momento de su nombramiento.* [ ] *2. Las Administraciones educativas podrán prorrogar, por un período máximo de un año, el mandato de los directores y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos cuya finalización se produzca en el curso escolar de entrada en vigor de la presente Ley".*

Considerando el contenido básico del sistema de nombramiento previsto en la LOE, el Consejo de Gobierno aprobó recientemente el Decreto 25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, y de medidas de apoyo y reconocimiento de su labor, en términos que no han suscitado reparos del Ministerio de Educación y Ciencia, salvo lo previsto en su disposición transitoria primera, relativa al tratamiento de los mandatos en curso, donde se establece: *"Nombramientos anteriores.-* [ ] *1. La duración del mandato de los responsables de la dirección nombrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, será la establecida en la normativa vigente en el momento de su nombramiento.* [ ] *2. Las personas, nombradas por tres años, como responsables de la dirección como consecuencia de la resolución del concurso de méritos convocado por la Consejería de Educación y Ciencia para la selección y nombramiento de directores y directoras en el año 2005, podrán solicitar a la finalización de su mandato, previa evaluación positiva, la renovación del mismo por un período de cuatro años en los mismos términos que los establecidos en el artículo 8 del presente Decreto".*

Identificada y descrita con detalle la normativa rectora de los procesos de designación de directores de centros docentes con mandatos en curso al tiempo de entrada en vigor de la LOE, conviene hacer referencia los procedimientos generales de provisión de puestos de dirección desarrollados en la Comunidad Autónoma desde el año 2004 y que, por tanto, se hallan dentro del ámbito de incidencia de las reglas transitorias previamente reproducidas.

En primer término conviene precisar que, como quiera que la duración ordinaria de los mandatos prevista en la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, era de cuatro años, no cabe descartar que en el

curso 2005-2006 –el de entrada en vigor de la LOE- hubiera todavía cargos directivos que ostentaran tal condición por razón de nombramientos obtenidos en el año 2002 conforme al procedimiento previsto en la Ley Orgánica 9/1995, antes de la entrada en vigor de la LOCE, y que concluyeran su mandato en el año 2006, resultándoles de aplicación, consiguientemente, la posibilidad de prórroga por un máximo de un año previsto en el apartado 2 de la disposición transitoria sexta de la LOE.

Dicho esto, y obviando la posibilidad de nombramientos singulares de carácter extraordinario producidos por las causas y con los efectos previstos en el artículo 91 de la LOCE, como quiera que la duración de los mandatos prevista en el sistema de designación configurado en dicha Ley era de tres años, en el curso 2006-2007, en el que se produce la entrada en vigor del Decreto 25/2007, de 3 de abril, y su controvertida disposición transitoria primera, podría haber puestos directivos cuyo mandato procediera de convocatorias celebradas a partir del año 2004 con arreglo al sistema de designación establecido en la LOCE.

Así, mediante Orden del titular de la Consejería de Educación y Ciencia de 6 de abril de 2004 (DOCM de 14 de abril) se efectuó convocatoria de concurso de méritos para la selección y nombramiento de directores de centros públicos docentes con arreglo al modelo de la LOCE, que habrían finalizado sus mandatos al término del curso 2006-2007. No obstante, debe tenerse en cuenta que algunos de ellos podrían haber sido ya renovados en sus puestos por un período de cuatro años mediante su participación en el procedimiento de renovación convocado por resolución de 17 de noviembre de 2006 del Consejero de Educación y Ciencia (DOCM de 29 de noviembre), lo cual pone de manifiesto que la posibilidad de renovación prevista para los directivos resultantes de la convocatoria del año 2005, que concluirán sus mandatos en el año 2008, y a la que el Ministerio de Educación y Ciencia se opone, cuenta ya con un precedente idéntico y consumado ante el que dicho departamento ministerial no parece haber planteado oposición alguna.

Seguidamente, con fecha 15 de febrero de 2005 (DOCM de 25 de febrero), se dictó Orden del titular de la Consejería de Educación y Ciencia por la que convocó concurso de méritos para la selección y nombramiento de directores de centros públicos docentes, siendo los designados a través de este procedimiento de provisión los expresamente afectados por la regulación acogida en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Decreto 25/2007, de 3 de abril, contra la que se dirige el requerimiento del Ministerio de Educación y Ciencia.

Durante el siguiente ejercicio, y antes de la promulgación de la LOE, se dictó una nueva resolución del Consejero de Educación y Ciencia de 22 de febrero de 2006 (DOCM de 15 de marzo) convocando el concurso anual de méritos para la selección y nombramiento de directores de centros públicos docentes conforme al sistema LOCE, sin que se entienda por qué los nombrados a resultas del mismo hayan sido soslayados en la controvertida disposición transitoria del Decreto 25/2007, de 3 de abril, dado que se encuentran en condiciones similares a los del concurso anual precedente en cuanto a sus posibilidades de renovación. Lo cierto es que en la Orden de 13 de abril de 2007 del titular de la Consejería de Educación y Ciencia, por la que se ha operado el desarrollo de dicho Decreto 25/2007, viene a posibilitarse su renovación por un periodo de cuatro años de manera implícita, negando tal posibilidad –en su disposición transitoria única- sólo a los procedentes de la convocatoria de 2004, que ya pudieron obtener su renovación merced a la referida Resolución de 17 de noviembre de 2006.

Finalmente, conviene indicar que mediante Resolución de 24 de abril de 2007 (DOCM de igual fecha) el titular de la Consejería de Educación y Ciencia ha efectuado la convocatoria correspondiente al ejercicio en curso, y en la que, con remisión a lo previsto en el Decreto 25/2007 y a la aludida Orden de 13 de abril de 2007, se ordena el procedimiento conducente a la selección, renovación y nombramiento de directores y directoras de centros públicos docentes en la Región.

Corolario de todo lo anterior es que la problemática planteada por el requerimiento formulado por el Ministerio de Educación y Ciencia no afecta tan sólo al colectivo expresamente identificado en la norma discutida -los directores que obtuvieron nombramiento en el concurso de méritos convocado en el año 2005-, sino que suscita cuestiones de legalidad que planean sobre las renovaciones de nombramientos del año 2004, ya producidas al amparo de la citada Resolución de 11 de noviembre de 2006, y sobre la posibilidad de renovación de los directores nombrados en la convocatoria anual del año 2006, cuya eventual renovación por un período de cuatro años parece pretenderse tomando como soporte normativo el contenido de la Orden de 13 de abril de 2007 varias veces mencionada.

V

Examen de la cuestión de fondo.- Expuestos con amplitud los antecedentes fácticos y presupuestos normativos que rodean a la cuestión sometida a consulta, estima el Consejo que la interpretación que

suscita el contenido de la disposición transitoria sexta de la LOE, atendiendo a su tenor literal, realidad social circundante, espíritu, contexto y finalidad, y en consonancia con el orden constitucional de distribución de competencias, no conduce necesariamente a una tesis como la sostenida por el Ministerio de Educación y Ciencia en orden la eventual impugnación del Decreto 25/2007, de 3 de abril.

Para ello ha de tenerse en consideración, primeramente, que el apartado 1 de la citada disposición transitoria sexta de la LOE no contiene ninguna determinación de la que pueda inferirse una prohibición de conceder renovaciones de los mandatos obtenidos con arreglo a los procedimientos desarrollados de conformidad con la LOCE, pues lo que lisa y llanamente indica dicha disposición es que la ampliación de la duración de los mandatos de tres a cuatro años que se produce con la derogación del sistema LOCE y su sustitución por el previsto en la LOE no va a afectar a los mandatos en curso, que van a mantener el tiempo de vigencia previsto en la normativa aplicable en el momento de su otorgamiento. Es decir, que los mandatos vigentes otorgados por tres años con arreglo a la normativa anterior no van a ver ampliada su duración a cuatro años por la mera entrada en vigor de la nueva regulación.

En cuanto al apartado segundo de dicha disposición transitoria sexta, que establece que las Administraciones educativas podrán prorrogar, por un período máximo de un año, el mandato de los directores y demás miembros del equipo directivo de los centros públicos cuya finalización se produzca en el curso escolar de entrada en vigor de la LOE -el curso 2005-2006, que concluyó el 30 de junio de 2006-, estima este Consejo que, aunque en los textos legales mencionados puedan hallarse preceptos en los que los términos prórroga y renovación se hayan utilizado con un sentido coincidente, no cabe establecer dicha correspondencia entre los mismos en la interpretación de la norma estatal analizada, pues el término renovación usado en los artículos 90 de la LOCE y 136. 3 de la LOE es claramente alusivo a la ampliación del mandato inicial por un periodo igual al primitivo, mientras que el concepto de prórroga, empleado en la disposición transitoria sexta. 2 de la LOE parece referido con mayor precisión a una prolongación del mandato en curso por un tiempo inferior al inicial, justificada por la necesidad de hacer frente a una situación de carácter excepcional.

Es decir, no es necesariamente deducible de la disposición transitoria sexta, apartado 2 de la LOE que su espíritu sea que todos los mandatos existentes en el momento de su aprobación concluyan al término del período en curso, sin posibilidad de renovaciones. Lo que lite-

ralmente y de manera específica contempla dicho precepto es una *"posibilidad"* de concesión de prórrogas, por un solo año, para los mandatos que concluyeron en el año de aprobación de la LOE -a la terminación del curso escolar 2005-2006-, muchos de los cuales, como se ha apuntado antes, sin la incidencia de dicha habilitación extraordinaria, podrían no ser susceptibles de ampliación alguna, si se atiende a sus posibles orígenes y fórmulas de renovación de posible aplicación. Este sería el caso, por ejemplo, de los mandatos directivos otorgados en el año 2002 al amparo de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, o de los recaídos en el año 2003 conforme al sistema LOCE, para el periodo de tres años comprendido entre el 1 de julio de 2004 y el 30 de junio de 2006 en aquellas Comunidades Autónomas que hubieran optado por no conceder renovaciones. El precepto analizado constituye, por tanto, una medida que tiende visiblemente a posibilitar de modo excepcional la continuación de los mandatos en curso mientras las Administraciones educativas adaptan sus regulaciones a la nueva normativa, y así lo sugiere también que su tenor sea prácticamente idéntico al de su precursor, contenido en la disposiciones transitoria 1ª de la LOCE, la cual iba claramente dirigida a posibilitar la prórroga excepcional de unos mandatos directivos que, según la normativa precedente, no eran susceptibles de renovación sin sujetarse al procedimiento electivo ordinario.

Así las cosas, la pretensión uniformizadora y de sincronización de los procesos selectivos de provisión de puestos de dirección que propugna el Ministerio de Educación y Ciencia con su interpretación, que obligaría a someter a concurso de méritos ordinario la cobertura de los puestos de director en toda la Comunidad Autónoma en un plazo de tres años, sin posibilidad de renovación de los mandatos resultantes de los concursos de méritos celebrados en los años 2004, 2005 y 2006, presenta rasgos difícilmente compatibles con lo que debe ser el alcance razonable de la normativa básica estatal dentro del ámbito educativo.

El Tribunal Constitucional ha abordado en numerosas ocasiones cuestión tan compleja como la determinación de los perfiles caracterizadores del contenido material propio de que lo puede ser establecido por el Estado con el rango de normativa básica, cabiendo aludir, como quintaesencia de la consolidada doctrina emanada del mismo, a lo señalado en la Sentencia 109/2003, de 5 de junio, en cuyo fundamento jurídico 4 se significa: *"Acerca de lo que debe entenderse como normativa básica, hemos configurado un canon de constitucionalidad que se perfila mediante la exigencia de una serie de requisitos de orden material y formal.* [ ] *En cuanto a los requisitos materiales, como dijimos en la STC 197/1996, de 28 de noviembre (RTC 1996, 197), «la noción de bases o de normas básicas "ha de ser enten-*

dida como noción material y, en consecuencia, esos principios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente"; y que si bien las Cortes "deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico, en caso necesario será este Tribunal el competente para decidirlo, en su calidad de intérprete supremo de la Constitución" (SSTC 32/1981, 32], F. 6, y 1/1982, F. 1). Y en este sentido material y no formal de las bases se ha insistido en la doctrina posterior (SSTC 48/1988, 49/1988 , 13/1989 , 147/1991, 135/1992 y 225/1993, entre otras)». [ ] *«En relación con esta noción material, cuya delimitación por este Tribunal tiene como finalidad esencial procurar que la definición de lo básico no quede en cada caso a la libre disposición del legislador estatal, "pues ello permitiría dejar sin contenido las competencias autonómicas" (SSTC 69/1988 y 80/1988), cabe agregar que lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988 , F. 3). Esto es, "un marco normativo unitario, de aplicación a todo el territorio nacional" (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad -ya que con las bases "se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales" (STC 1/1982 , F. 1)-, a partir del cual "pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (STC 49/1988, F. 16)" [STC 197/1996 (RTC 1996, 197), F. 5 a)]".*

A la vista de la doctrina expuesta, considera el Consejo que la interpretación sustentadora del requerimiento que efectúa el Ministerio de Educación y Ciencia comporta una concepción del alcance de la normativa básica tan constrictivo de las competencias autonómicas en la materia –no sólo las educativas, sino también las organizativas- que podría ser considerada como una extralimitación en el ejercicio de dicha competencia estatal, susceptible, por consiguiente, de reparo de inconstitucionalidad; pues no se advierte en qué manera la imperiosa conclusión de los mandatos existentes, sin posibilidad de renovación por el método previsto tanto en el artículo 90 de la LOCE como en el artículo 136. 3 de la LOE, con la exigencia en ambos casos de la previa evaluación positiva del trabajo de dirección desarrollado, constituye una condición cuya instauración por el Estado debe ser considerada como denominador común necesario para asegurar la unidad fundamental del sistema educativo, dirigida a lograr su estabilidad y la salvaguarda de los intereses generales, y más orientada a la ordenación afín de los aspectos estructurales que de las circunstancias coyunturales de la materia objeto de regulación, resultando evidente que la articulación del cauce de transición de una a otra normativa, mediante la definición de reglas de

índole transitoria, es cuestión en la que prima el carácter coyuntural de la regulación que se dicte y donde la dimensión de la normativa básica debe ser concebida e interpretada sin vocación expansiva.

Es más, el contraste de los dos sistemas de selección diseñados por la LOCE y la LOE revelan la identidad básica de sus planteamientos en la materia, en tanto que abandonan el procedimiento de corte marcadamente electivo concebido anteriormente por la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, en favor de un sistema de provisión sustentado en la valoración de las aptitudes y cualidades de los candidatos a través de un concurso de méritos, sustanciado por una Comisión de Selección de composición mixta, integrada por representantes de cada centro y de la Administración educativa. En efecto, el sistema de selección de directores de centros públicos docentes previsto en la LOE -artículo 135- no varía significativamente del diseñado en la regulación precedente -artículo 88 de la LOCE-. Existe una estrecha similitud en la determinación de los requisitos de participación, en la definición del procedimiento seguido para realizar la selección, en la determinación de los aspectos a considerar en dicha actuación, en la exigencia de superar un programa formativo inicial previo al nombramiento, así como en la posibilidad de obtener renovaciones de mandado sin necesidad de someterse a un nuevo proceso selectivo, previa evaluación positiva del trabajo desarrollado, por periodos de tiempo iguales al inicial, facultándose expresamente a las Administraciones Educativas en ambos cuerpos legales para concretar el tiempo de duración máxima de los mandatos que sean objeto de renovación.

Siendo tantos los aspectos en los que las dos regulaciones coinciden, cabe señalar como diferencia más significativa entre ambas que en el nuevo procedimiento de selección configurado por la LOE se introduce la valoración de un proyecto de dirección que han de presentar los candidatos. Ahora bien, este nuevo requisito de participación y consiguiente criterio de selección –la valoración de dicho proyecto directivo-, tampoco constituye una novedad en el devenir de la Administración educativa castellano-manchega, pues en las tres Ordenes o Resoluciones del titular de la Consejería de Educación y Ciencia antes aludidas, por las que se instrumentaron las convocatorias de los años 2004, 2005 y 2006, se incluye la ponderación del citado proyecto de dirección, como una de las dos fases en que se subdivide el proceso de selección configurado en las mismas. Más allá de esta diferencia entre las características de ambos sistemas que, como se ha dicho, no es tal en el caso de la Administración regional, sólo entraña otra visible innovación la preferencia en favor del profesorado del centro que incorpora ahora el artí-

culo 135.5 de la LOE, pero que lógicamente no tiene trascendencia alguna en relación con los nombramientos en curso, puesto que los directores aspirantes a la renovación no coartan derecho de preferencia alguno, al cumplir igualmente con dicho requisito.

Así, haciendo uso de la habilitación expresa recogida en el artículo 136. 3 de la LOE -equivalente a la antes radicada en el artículo 90 de la LOCE-, la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, por virtud del artículo 8 del Decreto 25/2007, de 3 de abril, ha establecido en ocho años -dos periodos de cuatro años-, el tiempo máximo de duración de un mandato directivo sin necesidad de someterse y superar un nuevo proceso selectivo. Por consiguiente, la previsión de renovación contenida en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del citado Decreto posibilita un mandato continuado de siete años que, resultando acorde con lo determinado en la LOE y en la normativa autonómica de adaptación a la misma, tampoco se hallaría proscrita por la legislación básica estatal precedente, vigente al tiempo del nombramiento, toda vez que el artículo 90 de LOCE preveía mandatos de tres años de duración y posibilidades de renovación dentro de los límites a determinar por las Administraciones educativas.

En tales circunstancias, la previsión de carácter transitorio relativa a la posibilidad de concesión de una renovación de los mandatos en curso al tiempo de aprobación de la LOE y del Decreto 25/2007, de 3 de abril, que la desarrolla -circunscrita a los resultantes de la convocatoria desarrollada en el año 2005-, no parece entrar en colisión con ninguna disposición legal de carácter básico que lo impida expresamente, sino que, por el contrario, se mueve dentro de los márgenes de decisión en materia de renovaciones dejados a disposición de las Comunidades Autónomas por ambas leyes orgánicas, y que presenta, además, una visible conexión con el ejercicio de sus competencias de índole eminentemente organizativas; toda vez que la programación de procesos selectivos para la designación de directores de centro en un periodo de tiempo de mayor o menor extensión, dentro de los pautas impuestas por la legislación básica, comporta una diferente implicación de las estructuras administrativas de la organización educativa que debe ser ponderada por la propia Administración responsable de coordinar e impulsar el desarrollo de dichos procedimientos, y que se enmarca nítidamente dentro de un ámbito de decisión también vinculado al ejercicio de sus competencias en materia autoorganizativa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que atendiendo a lo indicado en el cuerpo del presente dictamen, se considera que lo previsto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Decreto 25/2007, de 3 de abril, de selección, nombramiento, formación y evaluación de los directores y directoras de los centros docentes públicos no universitarios de Castilla-La Mancha, y de medidas de apoyo y reconocimiento de su labor, no comporta vulneración de la normativa básica estatal contenida en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, no concurriendo razones que impongan el acatamiento del requerimiento formulado por la Secretaría General de Educación del Ministerio de Educación y Ciencia a 5 de junio de 2007, en contra de dicho precepto."

Toledo, 4 de julio de 2007

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A INSTANCIA DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO, POR LOS DAÑOS PRODUCIDOS EN UN VEHÍCULO PROPIEDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO DEBIDO A LA COLISIÓN DE UN CIERVO

***Resulta de los** ANTECEDENTES*

Primero. Reclamación.- Con fecha 24 de julio de 2006, la Abogacía del Estado, en representación de la Dirección General de la Guardia Civil, presentó un escrito en los Servicios Provinciales de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, en el que reclamaba una indemnización por importe de 1580,78 euros, por los daños provocados en el vehículo PGC-....-T como consecuencia de la colisión con un ciervo procedente de la Reserva de Caza "Serranía de Cuenca", cuyo titular cinegético es la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

A la solicitud del abono de los gastos se adjuntan los siguientes documentos:

- Escrito de la Dirección General de la Guardia Civil, Comandancia de Cuenca, donde se relata que *"a las 7,25 horas del día 4 del actual (mayo), tuvo lugar un accidente de circulación en el Km. 41,450 de la carretera CM-2105, término municipal de Cuenca, al atropellar un vehículo a un animal incontrolado (ciervo), resultando solo daños materiales [...] El hecho sucedió de la siguiente forma: el vehículo oficial circulaba por la indicada vía sentido Cuenca, cuando según manifestación del conductor, de forma súbita y corriendo, irrumpió un animal salvaje incontrolado (ciervo), proveniente del margen izquierdo de la vía, intentándola cruzar hacia su margen derecho. Dada la escasez de distancia existente desde que el conductor pudo apercibirse de la presencia del animal, únicamente tuvo tiempo de realizar una maniobra evasiva súbita de frenado, siendo insuficiente para evitar el accidente dado el escaso tiempo y distancia existentes, produciéndose el atropello en el centro del carril por donde circulaba el vehículo oficial […]. El Guardia Civil conductor se encontraba debidamente habilitado. Ingresó en el Cuerpo con fecha 1.9.1988 y posee permiso de conducir clase BTP en vigor."*

- Escrito del Consorcio de Compensación de Seguros denegando la compensación de indemnización solicitada.

- Presupuesto de reparación del vehículo siniestrado por importe de 1580,78 euros.

Segundo. Admisión a trámite.- Por resolución de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente de 30 de noviembre de 2006, se acuerda admitir a trámite la reclamación presentada, así como nombrar instructora del procedimiento a Dª. X, funcionaria adscrita al Servicio de Recursos y Reclamaciones de la Consejería. Esta resolución es notificada a la Abogacía del Estado mediante escrito de la misma fecha, en el que se requiere la presentación de diversos documentos y se le informa del plazo establecido reglamentariamente para resolver la reclamación, así como de los efectos de que no se produzca la resolución en plazo.

Tercero. Informes emitidos.- En el expediente consta el informe de 11 de diciembre de 2006, del Jefe de Sección del Servicio del Medio Natural de la Consejería de Medio Ambiente en Cuenca, donde manifiesta que la titularidad de la Reserva ubicada en el kilómetro 41,450 de la carretera CM-2105 corresponde a la Junta de Comunidades, encontrándose el ciervo entre las especies cinegéticas de dicha Reserva y que los terrenos no se encuentran vallados.

Cuarto. Incorporación de nueva documentación.- Mediante oficio de 19 de diciembre de 2006, la Abogacía del Estado aportó la factura expedida por el taller de reparación por importe de 1580,78 euros, el certificado de matriculación del vehículo siniestrado, permiso de conducir del conductor, recibo del seguro al corriente de pago y ficha técnica del vehículo.

Quinto. Trámite de audiencia.- Finalizada la instrucción del procedimiento, por escrito de 25 de enero de 2007, la instructora acordó la apertura del trámite de audiencia, concediendo al reclamante un plazo de 15 días hábiles para formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase convenientes. A este escrito se adjuntó la relación de documentos que componían el expediente administrativo. Dentro del plazo conferido para ello, la Abogacía del Estado presentó un escrito mediante el que se ratificaba en su reclamación inicial.

Sexto. Primera propuesta de resolución.- A la vista de todo lo actuado, con fecha 3 de marzo de 2007, la instructora del expediente

formuló la siguiente propuesta de resolución: *"ESTIMAR LA RECLAMACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL FORMULADA POR LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO, en representación de LA DIRECCIÓN GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL e INDEMNIZAR al mismo en la cantidad de 1580,78 euros, por resultar acreditado con datos exactos e irrevocables los hechos ocurridos en base a los que se reclama".*

Séptimo. Informe del Gabinete Jurídico.- A continuación se incorpora informe del Gabinete Jurídico, de fecha 20 de junio de 2007, en el que se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación formulada suscrita por la instructora del expediente.

Octavo. Segunda propuesta de resolución.- Por último, con fecha 13 de julio de 2007 se elabora una segunda propuesta de resolución, coincidente con la anterior excepto en que se añade la referencia a la emisión del informe del Gabinete Jurídico. No obstante, se observa que se encuentra suscrita por persona distinta de la instructora inicial, cambio del que no existe constancia en el expediente y que no fue comunicado al reclamante.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 23 de julio de 2007.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, establece que este órgano deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuantía superior a seiscientos un euros.

Por su parte, el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, dispone que, concluida la instrucción del procedimiento, *"el instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido*

en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo, o en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma".

En el supuesto sometido a consulta, la factura cuyo abono solicita el reclamante asciende a la cantidad de 1580,78 euros, por lo que, en aplicación de los preceptos citados, se emite el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- Corresponde analizar, seguidamente, la adecuación de los trámites realizados por la Consejería consultante a las disposiciones aplicables a los procedimientos para exigir responsabilidad patrimonial ante las Administraciones Públicas, contenidas en los artículos 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El procedimiento se inicia con un escrito de la Abogacía del Estado de 24 de julio de 2006, en representación de la Dirección General de la Guardia Civil, en el que solicita una indemnización por los daños causados en el vehículo, como consecuencia de la colisión que se produjo con un ciervo procedente de una Reserva de Caza de titularidad de la Administración Regional. A la reclamación se adjunta diversa documentación entre la que se encuentra el informe de la Comandancia de Cuenca de la Guardia Civil, un croquis del accidente, informe de valoración de la reparación de los daños del vehículo, así como un escrito del consorcio de Seguros que manifiesta no hacerse cargo de la indemnización por el accidente, cumpliéndose así lo determinado en el artículo 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

A la vista de la documentación, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente, mediante resolución de 30 de noviembre de 2006, acuerda admitir la reclamación de responsabilidad patrimonial, efectuando al mismo tiempo el nombramiento de la instructora del referido expediente. En el escrito del acuerdo anterior, se requiere la presentación de documentación original o copia compulsada.

En la fase de instrucción se ha incorporado al expediente un informe del Jefe de Sección del Servicio del Medio Natural en Cuenca, fechado el 11 de diciembre de 2006, relativo a la existencia de una

Reserva de Caza de titularidad de la Junta de Comunidades en el punto kilométrico donde se produjo el accidente y a la inexistencia de vallado. El informe anterior vendría a dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 10.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, relativo a la preceptividad del informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.

Mediante resolución de la instructora, de 25 de enero de 2007, se acuerda la apertura del trámite de audiencia previsto en el artículo 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que se notifica al interesado con indicación de los documentos que obraban en el expediente, a la cual sigue escrito de la Abogacía del Estado ratificándose en la reclamación.

Con fecha 3 de marzo de 2007 la instructora elabora una primera propuesta de resolución, en sentido estimatorio, que somete al informe del Gabinete Jurídico. El día 20 de junio de 2007 se emite informe del Gabinete Jurídico al que se refiere el artículo 11.h) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, de organización y funciones de este órgano, de sentido favorable a la propuesta.

Por último, se elabora una nueva propuesta de resolución fechada el 13 de julio, de idéntico sentido a la anterior, si bien se observa que se encuentra suscrita por persona distinta de la instructora del procedimiento, sin que conste referencia alguna al cambio de instructor, que debía haber sido objeto de notificación al reclamante.

No obstante lo anterior, con carácter general, podemos afirmar que el procedimiento se ha ajustado a lo previsto en el Capítulo II del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que desarrolló lo previsto en el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, salvo en lo referente al plazo de resolución, el cual se ha excedido de forma notable respecto de los seis meses con que contaba la Administración para resolver, sin que se invoquen causas que justifiquen la dilación en la tramitación.

III

Presupuestos normativos y jurisprudenciales para la exigencia de la responsabilidad patrimonial.- La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de

rango constitucional, con reflejo en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución, el último de los cuales establece que *"los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".*

Los presupuestos caracterizadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración tienen su principal formulación legal en los apartados 1 y 2 del artículo 139 y 1 del 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que se establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; que, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; y que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley.

A partir de las notas legales antedichas, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina, según la cual *"los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable; segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (reglamento, acto administrativo, legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); por último, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley."* –Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2004 (Ar. JUR 2004\83545, FJ 2º) y de 13 de octubre de 2006, entre otras muchas, o, en parecidos términos, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1989 (Ar. RJ 1989\1986, FJ 3º)-. A la relación de requisitos precitados cabría agregar también, como elemento de singular significación para apreciar la referida responsabilidad patrimonial, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido.

El sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a nuestras Administraciones Públicas ha sido calificado por la doctrina como de carácter objetivo. Este rasgo ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia señalando que *"al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del derecho civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40* [de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y hoy 139 de la Ley 30/1992], *pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual a favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad"* –Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 (Ar. RJ 1998\6836) o de 28 de noviembre de 1998 (Ar. RJ 1998\9967) -.

Ahora bien, aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia como un supuesto de responsabilidad objetiva, ésta también nos señala que ello no convierte a la Administración en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas o que tengan lugar con ocasión de la utilización de los servicios, sino que es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla.

Así mismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendida ésta como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar. Dicho deber existe cuando la medida impuesta por la Administración constituye una carga general que todos los administrados afectados por su esfera de actuación están obligados a cumplir, y puede venir determinado por la concurrencia de una concreta imposición legal o por otros factores vinculados ordinariamente a la propia situación o actitud del perjudicado, con incidencia sobre la entidad del riesgo generado por el actuar de la Administración.

La carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada, de los daños producidos y de su evaluación económica. Es ésta una formulación enunciada sistemáticamente por nuestra jurisprudencia, que encuentra ahora su principal apoyo en los artículos 6 del Real Decreto

429/1993, de 26 de marzo, y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que viene a recoger las reglas del *onus probandi* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que la opone; todo ello sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada Ley 30/1992, 26 de noviembre, y que se extiende a sus órganos, autoridades y funcionarios. De otro lado, recae sobre la Administración imputada la carga de la prueba cuando ésta verse sobre la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción –v. gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (Ar. RJ 1999\4440) y de 21 de marzo de 2000 (Ar. RJ 2000\4049)-.

También debe de ser objeto de consideración el tiempo que haya mediado entre la producción del evento lesivo y el ejercicio de la acción tendente a su reparación, pues, conforme a lo dispuesto en los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación o estabilización de sus efectos lesivos.

El análisis de la relación de causalidad existente entre el actuar administrativo y los efectos lesivos producidos aparece de ordinario como elemento esencial en el examen de los procedimientos seguidos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ante la falta de referencias legales respecto de sus notas caracterizadoras, se dispone de una amplía creación jurisprudencial al respecto, que vino tradicionalmente considerando como rasgos definitorios de dicho vínculo teleológico su carácter directo, su inmediatez y su exclusividad respecto de los perjuicios generadores de la reclamación –así Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ar. RJ 1987\426) o de 4 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994\4783)-. Sin embargo, esta tendencia doctrinal ha sido matizada y corregida, admitiéndose también formas de producción mediatas, indirectas y concurrentes que plantean la posibilidad de una moderación de la responsabilidad cuando intervengan otras causas, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de fijar la indemnización –Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (Ar. RJ 2001\10061), de 15 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000\6255) o de 4 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999\4911)-. Este planteamiento conduce, en cada supuesto, al examen de las circunstancias concretas concurrentes y

a la búsqueda de referentes en la abundante casuística que ofrece la jurisprudencia existente.

Finalmente, la intervención de este Consejo Consultivo en los procedimientos seguidos como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial debe centrarse esencialmente en el examen de los elementos aludidos en el artículo 12.2. del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se dispone: *"Se solicitará que el dictamen se pronuncie sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización* [...]".

IV

Requisitos para el ejercicio de la acción.- Expuestos los presupuestos jurídicos exigidos legalmente para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, procede examinar si concurren los mismos en el supuesto objeto de consulta.

En relación con la legitimación activa, formula la reclamación la Abogacía del Estado en nombre de la Dirección General de la Guardia Civil. Dicha representación se encuentra acreditada porque el artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 noviembre, por la que se regula el régimen de la asistencia jurídica al Estado e Instituciones públicas, dispone que *"La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los órganos constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de cuyo Director dependen sus unidades, denominadas Abogacías del Estado."* Asimismo se encuentra acreditado que la Dirección General de la Guardia Civil es la titular del vehículo mediante la presentación del certificado de matriculación.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, la misma deriva de la circunstancia de que el lugar en el que se produjo la colisión del vehículo con el ciervo se encuentra en las inmediaciones de la Reserva de Caza "Serranía de Cuenca" de la que es titular aquélla.

Por lo que al plazo se refiere, la reclamación fue inicialmente presentada el 3 agosto de 2006, y el hecho por el que se reclama sucedió el día 4 de mayo del mismo año, por lo que la reclamación se encuentra presentada en el plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

V

Requisitos sustantivos: daño, relación de causalidad y antijuridicidad de aquél.- En cuanto a la lesión indemnizable, en el expediente han quedado acreditados los daños en el vehículo, que se describen en el informe de Teniente Coronel Jefe de la Comandancia de la Guardia Civil en Cuenca, así como el coste de reparación que figura en las facturas emitidas por el taller "Talleres y Carrocerías Z" por importe de 1580,78 euros.

Procede abordar, acto seguido, la relación de causalidad invocada por el reclamante entre el funcionamiento del servicio público y los perjuicios alegados. Al respecto hay que señalar que la efectiva producción del accidente en el lugar indicado y por la causa citada, aparece descrita en el informe de la Jefatura de la Comandancia de la Guardia Civil de Cuenca, al que se adjunta un croquis representativo del accidente suscrito por un agente de la Guardia Civil, así como por el informe emitido por el Servicio del Medio Natural de la Delegación en Cuenca, donde se señala la existencia de ciervos entre las especies cinegéticas de la Reserva de Caza "Serranía de Cuenca", colindante con el lugar del percance. Esta documentación supone una adecuada y fiable fuente de conocimiento sobre el siniestro, de la que puede inferirse la certeza del hecho lesivo por el que se insta compensación dado el carácter público de los órganos informantes.

Las Reservas de Caza son conceptuadas por la Ley de Caza de Castilla-La Mancha como espacios con excepcionales posibilidades cinegéticas por estar situadas en zonas con especiales características de orden físico y biológico, añadiendo su artículo 52.2 que su administración corresponderá a la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente -actualmente Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural-, debiendo ajustarse el ejercicio de la caza en ellas a lo establecido en su Ley de creación, reiterándose así en el artículo 60 del Reglamento general de aplicación de dicha norma legal, aprobado por Decreto 141/1996, de 9 de diciembre.

Asimismo el artículo 8.3 de esta última norma reglamentaria, denominado *"daños causados por piezas de caza"*, determina que cuando se trate de los producidos por piezas de caza procedentes de Reservas de Caza, *"será de aplicación lo previsto en la Ley o disposición especial que autorice su creación y, en su defecto, lo dispuesto en la legislación civil ordinaria"*.

De este modo, la responsabilidad por los daños producidos por especies cinegéticas que pueblan la Reserva, no se rige por la legislación

civil, sino, con carácter preferente, por la Ley que creó la reserva, a cuyo análisis se procede a continuación.

Los terrenos integrados dentro de la "Serranía de Cuenca" fueron declarados Reserva Nacional de Caza mediante Ley 2/1973, de 17 de marzo, cuyo artículo 2 encomienda al Gobierno la promulgación de un Reglamento para cada una de las Reservas, *"de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 y siguientes de la Ley 37/1966, de 31 de mayo, que les son de aplicación".*

El carácter de servicio público medioambiental, de estas reservas se deduce con claridad de la Exposición de Motivos de esta Ley de 31 de marzo de 1966, donde se dice que *"Las especiales circunstancias que concurren en determinadas comarcas especiales las señalan como núcleos de excepcionales posibilidades cinegéticas, cuya protección, complementada con las adecuadas medidas de conservación y fomento, podría garantizar la difícil permanencia de especies tan características de la fauna ibérica como la cabra montes, el rebeco, el corzo, el oso, el urogallo y otros […] Con la creación de estas reservas se inicia en España un importante programa de protección y conservación de una fauna más selecta, mediante el cual será posible asegurar la utilización racional de estos recursos contribuyendo así a promover la máxima satisfacción social, económica y recreativa que la Naturaleza y los seres que la pueblan pueden proporcionar a una comunidad".*

El artículo 3 de la citada Ley 37/1966 dispone que *"Por Decretos aprobados en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura, se dictarán las disposiciones para el desarrollo y cumplimiento de la presente Ley, debiendo en las mismas preverse de forma especial:* [ ] *1º El pago de los daños originados por la caza procedente de estas Reservas."* De acuerdo con lo anterior se aprobó el Decreto 2612/1974, de 9 de agosto, de Reservas Nacionales, cuyo artículo 10 proclamaba la responsabilidad del desaparecido Instituto para la Conservación de la Naturaleza (ICONA) por los daños producidos por la caza procedente de las mismas.

Asumidas dichas competencias por la Junta de Comunidades, la disposición adicional primera de la Ley 2/1993, de Caza, anteriormente citada, declaró tal espacio como Reserva de Caza a los efectos de lo dispuesto en la misma, correspondiendo de este modo su administración a la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural. No obstante, tal y como señaló este Consejo en su Dictamen 225/2006, de 13 de diciembre, en la fecha en que se produjo el accidente la Administración de la Junta de Comunidades no había dictado una norma que contemplara las especiales condiciones de gestión de la zona, por lo que hay

que entender aplicable en este aspecto el Decreto 2612/1974 mencionado y que se ha producido la subrogación de los órganos autonómicos en el lugar de los estatales fijados en la fecha de su aprobación.

De los datos aportados al expediente se deduce con claridad que el punto kilométrico en que se produjo el accidente se encuentra incluido en el perímetro comprendido en la Reserva de Caza "Serranía de Cuenca", cuya administración, por tanto, de conformidad con los preceptos aludidos, corresponde a la Administración Autonómica a través de su Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, así como que en las inmediaciones de la vía no existía cerramiento cinegético que impidiera el acceso de los animales a la calzada desde los terrenos conformadores de la Reserva, propiciando la situación de riesgo ligada a la causación del accidente. Ello implica que la Administración regional, como responsable de la administración de la reserva, en aplicación de los artículos 8.3 del Decreto 141/1996, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Caza de Castilla-La Mancha, en relación con la Ley 2/1973, de creación de dicha Reserva y sus normas de desarrollo, habrá de responder de los daños sufridos por los particulares a consecuencia de las piezas de caza procedentes de la misma. De este modo, considerándose probado que los daños cuya indemnización solicita el reclamante fueron producidos por un ciervo cuyo origen no podía ser otro que la citada Reserva de Caza en que se ubicaba el lugar del siniestro, procede que la Administración Autonómica, como titular de la misma y responsable de la gestión de tal servicio público, responda de los daños producidos.

A la vista de lo expuesto es necesario concluir indicando que existe relación de causalidad entre el servicio público de gestión de la Reserva de Caza "Serranía de Cuenca", prestado por la Administración de la Junta de Comunidades a través de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, y los daños producidos en el vehículo afectado a consecuencia de la colisión con un animal procedente de dicho espacio, por lo que procede dictar resolución en la que se estime la responsabilidad patrimonial de aquélla.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, se hace necesario examinar la incidencia que en esta doctrina pueda tener la nueva disposición adicional novena del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, modificado, en este extremo, por la Ley 17/2005, de 19 de julio, que entró en vigor el siguiente 10 de agosto, y que bajo el título *"La responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas"* establece lo siguiente:

"En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, solo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización".

La introducción de esta disposición adicional ha supuesto una modificación relevante en el régimen de responsabilidad de los titulares cinegéticos, pues, hasta su entrada en vigor, eran éstos quienes resultaban habitualmente responsables por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1905 del Código Civil, 33 de la Ley de Caza estatal de 1970 o en las normas de caza aprobadas por las Comunidades Autónomas.

Así, el apartado 1 del citado artículo 33 de la Ley estatal de Caza dispone que: *"Los titulares de aprovechamientos cinegéticos, definidos en el artículo 6 de esta Ley, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. Subsidiariamente, serán responsables los propietarios de los terrenos".*

En la misma dirección, el artículo 5 de la Ley 2/1993, de 15 de julio, de Caza de Castilla-La Mancha, establece que *"los derechos y obligaciones establecidos en la presente Ley, en cuanto se relacionan con los terrenos cinegéticos, corresponderán a los titulares de los derechos reales o personales que conlleven el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza en los mismos".*

Asimismo, el artículo 17 de la citada Ley de Caza establece que *"los titulares cinegéticos serán responsables de los daños causados en las explotaciones agrarias por las piezas de caza procedentes de sus acotados", agregando que "subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos que contengan el coto".*

De este modo, al integrar la nueva disposición adicional con esta normativa, se produce la paradoja de que los titulares cinegéticos serán habitualmente responsables de los daños agrícolas que las especies procedentes de sus acotados puedan producir en los predios, pero no de los accidentes de tráfico que ocasionen.

Mayor trascendencia tiene analizar si la actual redacción de la citada disposición adicional novena del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que establece una responsabilidad subjetiva o por culpa, al exigir, ahora, la acreditación de la *"falta de diligencia en la conservación del terreno acotado"*, de indudable aplicación a las relaciones entre particulares, es decir cuando los daños a los vehículos los ocasionan animales procedentes de aprovechamientos cinegéticos de titularidad privada, resulta igualmente aplicable cuando media el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya característica en nuestro Derecho es la de ser objetiva; y, en particular, por lo que aquí interesa, si tal disposición es aplicable en el caso de las Reservas de Caza, que, sin perjuicio de que son *"terrenos sometidos a régimen cinegético especial"* ex artículo 52 de la Ley 2/1993, de 15 de julio, de Caza de Castilla- La Mancha, lo cierto es que su creación se produce por Ley, su administración corresponde siempre a la Administración regional y su naturaleza –según hemos señalado más atrás- considera este Consejo que es la de un verdadero servicio público.

Existen ya abundantes pronunciamientos de la jurisdicción civil -Juzgados y Audiencias Provinciales- que, no sin vacilaciones, entienden que la repetida disposición adicional novena ha venido a mutar la responsabilidad cuasiobjetiva que, en esta materia, establecía el artículo 1905 del Código Civil, en una responsabilidad subjetiva o por culpa -la que es regla general, por otra parte, en el derecho civil- en las relaciones *interprivatos.* La cuestión aparece menos clara cuando el *"aprovechamiento cinegético"* es un verdadero servicio público prestado por una Administración, pues, en tal caso, como sucede con las Reservas de Caza, la aplicación del tenor literal de la analizada disposición adicional novena podría suponer una ruptura del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones, uno de cuyos principios más sobresalientes en el Derecho español es el de su carácter objetivo.

Desafortunadamente, para resolver esta duda, no dispone este Consejo de la guía que le podrían suponer pronunciamientos judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa que contemplen la nueva disposición adicional novena del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Sí se ha pronunciado ya sobre la cuestión, en cambio, en sus dictámenes algún Consejo Consultivo autonómico.

Así, el de Castilla y León, apoyándose en una modificación de su Ley de Caza operada por la Ley 13/2005, de 27 de diciembre, para esta-

blecer que *"la responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza en terrenos cinegéticos, en los refugios de fauna y en las zona de seguridad se determinarán conforme a lo establecido en la legislación estatal que resulte de aplicación"*, va a exonerar –en su dictamen de 15 de marzo de 2007- a la Administración aplicando la reiterada disposición adicional novena en un accidente ocasionado por un corzo dentro de una Reserva Regional de Caza, por no haber acreditado el reclamante que el accidente haya sido consecuencia de la acción de cazar, ni de la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

Por su parte, el Consejo Consultivo de Galicia, en su dictamen de 16 de octubre de 2006, señala que *"el artículo 23 de la Ley de Caza* [de Galicia], *y la actual doctrina del Consejo Consultivo de Galicia solamente son aplicables, con carácter general, en los casos de daños diferentes a los procedentes de accidentes de tráfico, pues en estos casos habrá de estarse ahora a los criterios señalados en la disposición adicional novena de la Ley 17/2005"*. En congruencia con este pronunciamiento se ha modificado el artículo 23 de la Ley de Caza de Galicia, por la Ley 6/2006, de 23 de octubre, para establecer que *"En accidentes de tráfico ocasionados por el atropello de especies cinegéticas los daños personales y patrimoniales se atendrán a lo dispuesto en la normativa estatal en materia de seguridad vial existente al respecto". "Los titulares de aprovechamientos cinegéticos de territorios sujetos a régimen cinegético especial* [incluidas las reservas de caza, los refugios de fauna y cualquier otro terreno cuya administración y gestión le corresponda a la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible] *responderán en los demás casos de los daños ocasionados por las especies cinegéticas".*

Similar criterio ha seguido Cantabria en el artículo 63 de su Ley 12/2006, de 17 de julio, de Caza, y Baleares en el artículo 50 de su Ley 6/2006, de 12 abril, de caza y pesca fluvial.

En sentido contrario a los Consejos castellanoleonés y gallego, el Consejo Consultivo de la Rioja, en sus dictámenes 111/05, de 1 de diciembre de 2005, y 81/06, de 21 de noviembre de 2006, analizando daños producidos en vehículos por animales procedentes de una Reserva Nacional de Caza, se va a decantar por la aplicación del artículo 13 de su Ley de Caza, de 2 de julio de 1998, y no de la disposición adicional novena de la Ley estatal 17/2005, atendida la titularidad pública de aquella, *"sin que ello suponga prejuzgar en modo alguno cuál sea la disciplina autónomamente aplicable a los sujetos privados eventualmente responsables".*

El artículo 13 de la Ley de Caza riojana en lo que aquí interesa establece que *"Los titulares de terrenos cinegéticos, los propietarios de terrenos*

cercados y los propietarios de zonas no cinegéticas voluntarias serán responsables de los daños originarios de las piezas de cazas procedentes de los mismos, salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero" y que *"La responsabilidad de los daños producidos por las piezas de caza conforme a lo establecido en esta Ley, será exigible por el procedimiento determinado en la legislación civil o en la administrativa, según la naturaleza jurídica del titular del terreno cinegético al que se exija".* En base a este precepto autonómico, el Consejo Consultivo de la Rioja, en los dictámenes citados, va a establecer la siguiente doctrina: "[…] *la razón por la cual debemos seguir aplicando en casos como el presente la Ley autonómica 9/1998, y no la Ley estatal de Caza de 1970 ni las prescripciones civiles de la reciente Ley 17/2005 -aunque esta sea posterior a la primera-, es la de que la competencia específica de la Comunidad Autónoma en materia de caza (artículo 8.1.21 EAR99) lo que sí ampara es la posibilidad de reforzar o ampliar su propia responsabilidad por los daños causados por las piezas de caza como parte del coste que supone el mantenimiento de las específicas políticas públicas, libremente asumidas por el legislador autonómico, sobre las especies cazables y la actividad cinegética. En este sentido y con este alcance, nos parece indudable que no pueden ponerse obstáculos a la aplicación en este punto de la Ley 9/1998, que sin duda respeta el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.18 CE y 29 EAR 99), aunque mejore la cobertura que, en relación con la específica responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos o de los dueños de los terrenos por daños causados por las piezas de caza".*

A la vista de esta diversidad de criterios y de la falta de pronunciamientos judiciales y, en definitiva, de los interrogantes que plantea la no muy feliz redacción de la disposición adicional novena de la Ley 17/2005, de 19 de julio, este Consejo considera que, cuando se trate de daños producidos por animales procedentes de Reservas Regionales de Caza debe seguir manteniendo la misma doctrina ya sustentada en dictámenes anteriores (entre otros, 30/2002, de 21 de febrero, y 225/2006, de 13 de diciembre), consistente en que, desencadenando estos servicios públicos riesgos objetivos, la Administración regional debe responder de los daños producidos, salvo que sean debidos a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero, a pesar de lo establecido en la disposición adicional novena de la Ley 17/2005. Basa el Consejo su postura en las siguientes razones:

1ª.- En los criterios de interpretación que establece el artículo 3 del Código Civil para determinar el objeto o ámbito de lo que pretende regular el legislador de la Ley 17/2005 con la controvertida disposición adicional novena. Para ello acudiremos a la tramitación parlamentaria

en el Congreso de los Diputados de tal norma, que tiene su origen en la enmienda número 166 del Grupo Parlamentario Popular.

La defensa que hizo de tal enmienda en Comisión el señor Souvirón García del Grupo proponente fue del siguiente tenor: *"La enmienda 166 se plantea para resolver un problema que creemos que por sus repercusiones debe tomarse en serio. Por otra parte, la enmienda que planteamos es fruto de un acuerdo de todos los grupos parlamentarios en la Comisión de Seguridad Vial de esta Cámara y, por tanto, no entendemos por qué el Grupo Socialista no es sensible al asunto. Estamos refiriéndonos a los accidentes de tráfico por atropello de especies cinegéticas. Se trata de establecer claramente la responsabilidad de cada cual, la responsabilidad del conductor, la responsabilidad del propietario o del arrendador del coto y la responsabilidad por el mantenimiento inadecuado de la vía pública. Nosotros creemos que es una enmienda que tiene unos claros efectos que se extienden a muchas personas y que tienen un importante valor económico. Entendemos que esa inquietud existe en todos los grupos parlamentarios y estamos dispuestos, por acercar posiciones, a plantear incluso una transacción que acerque posturas con respecto a nuestra enmienda, que trasladaré a la Mesa después de terminar mi intervención y que estaría redactada en los siguientes términos: En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas, será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación. Los daños personales y patrimoniales de estos siniestros solo serán exigibles a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, o en su defecto a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización".*

Más adelante el señor Souvirón García dijo: *"Señora Presidenta, debo entender que no se acepta la transaccional que hemos propuesto a nuestra enmienda 166, relativa al asunto de los cazadores.*

La señora Presidenta: Tiene la palabra la señora Álvarez.

La señora Álvarez Oteo: En cuanto a la enmienda 166 (y le pido disculpas como debo pedírsela a todos los grupos, porque por el trabajo que han hecho se merecían una argumentación clara que no he dado en aras a la rapidez), no es éste el sitio donde debemos discutir la propiedad de los terrenos o de las carreteras porque lo que nos preocupa es evitar los accidentes y velar por la seguridad vial; no obstante, el interés es mutuo, porque es un problema que hay que resolver, probablemente en diferentes ámbitos competenciales, y queda abier-

to. Supongo que de aquí a que terminemos la tramitación puede haber la posibilidad de acercamientos, siempre que tengamos claro cuál es la limitación de nuestras competencias y los objetivos de esta ley".

De este debate parece deducirse que, aunque la disposición habla de *"aprovechamientos cinegéticos"* sin mayor especificación, la mens legislatoris se quería referir a los cotos de titularidad privada, y no a aquellos aprovechamientos que constituyen verdaderos servicios públicos. En este mismo sentido el Consejo Consultivo de la Rioja, en los dictámenes citados, califica esta disposición adicional novena de norma civil o *interprivatos*. Norma que, con referencia a la seguridad vial, matiza en el supuesto concreto al que se refiere el sistema de responsabilidad civil para los accidentes de circulación.

2ª.- Se estima que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial es una construcción de rango constitucional, contenida en el artículo 106 CE, cuando dispone que *"los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".*

Aunque existen voces discrepantes, hay un amplio sector doctrinal que defiende que al no incluir la Constitución Española especificación alguna y referirse únicamente al *"funcionamiento del Servicio público"*, está claramente incluyendo ambas modalidades y que, por tanto, el constituyente ha querido establecer la imputación de la Administración, aun cuando se trate de actuaciones en el desarrollo normal de un servicio público. Criterio que no hacía sino consagrar, a nivel constitucional, lo dispuesto en los precedentes artículos 121 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Texto Refundido aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957, y que, después de la Constitución y siguiendo su mandato, mantiene el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que, sin duda, manifiesta en la actualidad *"los términos establecidos por la Ley"* a que se refiere el artículo 106.2 de la Constitución.

Por su parte, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (Sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, Ar. RJ 4190, 4783, 6673, 7361, 3578 y 8834; 11 de febrero de 1995, Ar. RJ 1229; y 25 de febrero de 1995, Ar. RJ 2096) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por el artículo 106.2 de la

Constitución, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal.

De esta forma si bien corresponde al legislador ordinario el establecimiento de los requisitos, supuestos y procedimientos para exigir la responsabilidad, éste quedaría obligado, por imposición constitucional, a regular una responsabilidad de carácter objetivo.

Según esta tesis solo cabe interpretar el precepto contenido en la Ley 17/2005, de 19 de julio, en el sentido de que no altera –ni lo pretendía- el régimen de responsabilidad patrimonial contenido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sino únicamente el régimen de responsabilidad civil.

En apoyo de este criterio puede sostenerse que no es propio de una reforma de este calado la poca claridad del texto y la omisión de toda referencia expresa a la Administración, incluida la ausencia de invocación del título competencial procedente (articulo 149.1.18 CE) tanto en la Ley 17/2005, de 19 de julio, como en la norma que reforma, el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, apareciendo en la Exposición de Motivos de este último únicamente la referencia al artículo 149.1ª.21, relativo a tráfico y circulación de vehículos a motor; pues, aunque -según señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/2001- la exigencia de identificar formal y expresamente las normas básicas no supone que exista también la obligación de invocar expresamente el concreto título competencial en que dicha identificación se ampara, tal pronunciamiento no constituye un obstáculo para interpretar que la omisión del título competencial *"sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas"* (artículo 149.1ª.18 de la Constitución) en una Ley en el que el utilizado es el de *"tráfico y circulación de vehículos a motor"* (artículo 149.1.21 de la CE), obedece a que no quiso ser alterado aquel sistema y, por tanto, al hablar de *"aprovechamientos cinegéticos"*, no quería referirse a aquellos que constituyesen servicios públicos.

En definitiva, las dudas planteadas sobre el ámbito propio de la disposición adicional novena de la Ley 17/2005, de 19 de julio, deben ser resueltas en la forma más ajustada a la Constitución, según constante doctrina del Tribunal Constitucional.

En este sentido, como ha escrito Luis Martínez Rebollo *("Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas"*

en "Estudios sobre la Constitución Española Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría", tomo III): "El artículo 106.2 CE [...] no supone una innovación respecto de la situación inmediatamente anterior, pero al consagrar el principio al más alto nivel normativo le dota de contenido político y consolida su afirmación al tiempo que sirve de pauta interpretativa y de orientación a los tribunales a la hora de afrontar aspectos dudosos del sistema. El valor interpretativo del precepto adquiere así una significación que va más allá del mero plano especulativo y de coherencia global del sistema".

3ª.- Alguna jurisprudencia ha llegado a calificar a la teoría de la responsabilidad patrimonial como *"pieza fundamental del Estado de Derecho"* (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1985, RJ 1985/6538), lo que se compadece mal con una modificación de la misma en forma tan poco clara, es decir, sin una *lex certa*, como exige el principio de seguridad jurídica. No siendo – por otra parte - una Ley sectorial de tráfico el lugar para tratar cuestiones que atañen al sistema general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones.

En mérito de lo expuesto el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que existiendo relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural y los daños reclamados por la Abogada del Estado por los daños producidos en su vehículo propiedad de la Administración del Estado debido a la colisión con un ciervo, procede a dictar resolución estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada".

Toledo, 19 de septiembre de 2007

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Miguel Angel Collado Yurrita (Coordinador)
Gracia Mª Luchena Mozo (Coordinadora)
Pedro José Carrasco Parrilla
María Prado Montoya López
Saturnina Moreno González
Gemma Patón García
Esther Sánchez López
Alberto Sanz Díaz-Palacios
Profesores de Derecho Financiero y Tributario. Centro Internacional de Estudios Fiscales. Universidad de Castilla-La Mancha
http://www.uclm.es/cief

REVISTA JURÍDICA DE CASTILLA-LA MANCHA - NÚMERO 43 - DICIEMBRE 2007

Sumario: I. Principios constitucionales en el ámbito tributario. II. Categorías y elementos tributarios. III. Gestión liquidación. IV. Inspección. V. Recaudación. VI. Infracciones y delitos. VII. Revisión. VIII. Renta y Patrimonio. IX. Sociedades. X. No residentes. XI. Sucesiones y Donaciones. XII. Impuesto sobre el Valor Añadido. XIII. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. XIV. Impuestos Especiales y otras figuras impositivas. XV. Impuestos Autonómicos y Forales. XVI. Impuestos Locales. XVII. Tasas, Contribuciones Especiales y Precios Públicos[1].

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON INCIDENCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO.

1. FINANCIACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. PARTICIPACIONES EN LOS INGRESOS DEL ESTADO Y ASIGNACIONES DE NIVELACIÓN. PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA FINANCIERA, SOLIDARIDAD, COORDINACIÓN, COOPERACIÓN Y LEALTAD CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2007, de 18 de enero

El objeto del presente comentario es la sentencia del Tribunal Constitucional 13/2007, de 18 de enero (cuya doctrina se reitera poste-

riormente en la STC 58/2007, de 14 de marzo), relativa a distintos componentes que integran el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen general. La relevancia de este pronunciamiento es notable en un momento como el actual, en el que los preceptos relativos a la financiación autonómica contenidos en algunos de los Estatutos de Autonomía recientemente aprobados están pendientes de un juicio de adecuación constitucional. De especial importancia es el problema de si las cuestiones que afectan a la financiación autonómica pueden ser resueltas bilateralmente.

La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía contra el artículo 85 y las cuantías fijadas en la sección 32 ("Dirección General de Coordinación con las Haciendas Territoriales", "Participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos del Estado", programa 911-B) de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998 ("Financiación en 1998 de las Comunidades Autónomas a las que no sea de aplicación el modelo del sistema de financiación para el quinquenio 1997-2001"). El Parlamento andaluz considera que tales disposiciones legales son contrarias a los artículos 9.3, 156.1 y 157 de la Constitución, a las disposiciones adicional segunda y transitoria sexta del Estatuto de Autonomía de Andalucía y al artículo 13 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas.

En concreto, las vulneraciones que imputa el Parlamento recurrente a las disposiciones legales impugnadas afectan a dos de los recursos financieros previstos por las normas del bloque de la constitucionalidad para la Comunidad Autónoma de Andalucía; de una parte, a la participación en los ingresos del Estado; de otra, a las asignaciones de nivelación de servicios públicos fundamentales. Respecto de la primera fuente de financiación (la participación en los ingresos estatales) el Parlamento autonómico imputa a las disposiciones impugnadas dos vicios de inconstitucionalidad. De un lado, el haberse fijado su porcentaje de participación en los ingresos generales del Estado conforme a la población oficial de 1991 y no la de 1996, lo que no sólo resultaría arbitrario, por injustificado, sino que además afectaría la suficiencia financiera de la Comunidad Autónoma al tomarse en consideración una población inferior a la existente. De otro, por haberse fijado dicho porcentaje de forma unilateral por el Estado, sin acuerdo previo en la Comisión Mixta Estado-Junta de Andalucía, con desconocimiento de las exigencias de coordinación, cooperación y lealtad constitucional que imponen las normas del referido bloque. Por lo que se refiere a la segunda fuente de financiación (las asignaciones de nivelación de los servicios

públicos esenciales), el Parlamento de Andalucía denuncia el incumplimiento por parte del Estado de la previsión recogida en la disposición adicional segunda de la norma estatutaria, que en su opinión exigiría la puesta a disposición de la Comunidad Autónoma de Andalucía de cantidades adicionales a las derivadas de la aplicación del artículo 15 de la LOFCA.

El TC inicia su argumentación poniendo de manifiesto que debe compatibilizarse el ejercicio coordinado de las competencias de los entes públicos, de modo que no se produzca su vaciamiento. Ello conlleva una doble exigencia. De un lado, que el Estado no desconozca, desplace o limite las competencias materiales autonómicas y, de otra parte, "evitar, asimismo, que la extremada prevención de potenciales ingerencias competenciales acabe por socavar las competencias estatales en materia financiera, el manejo y la disponibilidad por el Estado de sus propios recursos y, en definitiva, la discrecionalidad política del legislador estatal en la configuración y empleo de los instrumentos esenciales de la actividad financiera pública" (FJ. 3º).

Adentrándose en el análisis de la primera vulneración señalada (relativa a la forma de determinación de la participación de Andalucía en los ingresos del Estado), el TC entiende que "no puede calificarse como arbitrario el hecho de que la variable de población que sirve de base a la liquidación a cuenta contenida en las disposiciones de la Ley 65/1997 impugnadas, y a la que hace referencia el Acuerdo 1/1996, de 23 de septiembre, del Consejo de Política Fiscal y Financiera, se calculara tomando como referencia el último censo general de población aprobado, a saber, el de 1991, en la medida en que [...] se trata de una opción legislativa que no es una decisión plenamente irrazonable ni arbitraria o carente de toda justificación, sino que, por el contrario, entra dentro del margen de configuración del que goza el legislador en este ámbito". Aunque el Pleno admite que cabían otras alternativas, quizás más idóneas para concretar aquella variable, no corresponde a este Tribunal "interferirse en ese margen de apreciación ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino sólo comprobar si no se ha sobrepasado ese margen de libertad creando una diferencia de trato irracional o arbitraria" (FJ. 4º).

En segundo término, el TC afirma que "no existe un derecho de las Comunidades Autónomas constitucionalmente consagrado a recibir una determinada financiación, sino un derecho a que la suma global de los recursos existentes, de conformidad con el sistema aplicable en cada

momento, se reparta entre ellas respetando los principios de solidaridad y coordinación. Por este motivo, habida cuenta de que la cifra de la financiación no es ilimitada y de que su distribución debe efectuarse de conformidad con los intereses generales y en función de los de todos los entes territoriales afectados, no puede pretender cada Comunidad Autónoma, para la determinación del porcentaje de participación que sobre aquellos ingresos le pueda corresponder, la aplicación de aquel criterio o variable que sea más favorable en cada momento a sus intereses, reclamando de nosotros una respuesta que sustituya la falta de acuerdo entre las instancias políticas" (FJ. 5º).

A continuación, el Tribunal recuerda que "es al Estado a quien corresponde, en el momento de establecer la participación de las Comunidades Autónomas en los ingresos transferibles, ponderar los intereses en juego, tanto los del conjunto de las Comunidades Autónomas como los suyos propios, en virtud de la competencia exclusiva que sobre la materia le atribuye el artículo 149.1.14ª CE […] Sea cual fuere el contenido que al concepto de Hacienda general se atribuya, no parece discutible que haya de incluirse dentro del mismo una medida que, como la participación en los ingresos del Estado, tiene por objeto directo la relación entre la Hacienda estatal y las Haciendas de las Comunidades Autónomas y como finalidad asegurar la suficiencia y, en última instancia, la autonomía financiera de éstas, constitucionalmente garantizada en el artículo 156.1 CE". Finalmente, reitera que "es al legislador estatal a quien, de conformidad a lo estudiado por los artículos 138.1 y 156.1 CE, incumbe dar efectividad a los principios de suficiencia de las Comunidades Autónomas y de solidaridad y equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español" (FJ. 6º).

Asimismo, el TC recuerda que "el ejercicio de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas tiene como límites materiales los principios de solidaridad entre todos los españoles y de coordinación con la hacienda estatal (art. 138.1 y 156.1 CE)". El principio de coordinación constituye "un límite condicionante de su autonomía financiera" que se traduce en la exigencia de que la actividad financiera de las Comunidades Autónomas se acomode a las medidas oportunas adoptadas por el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, ya que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general. Dicha coordinación "persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad

misma del sistema [...] razón por la cual debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [...] estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema".

De todo ello se desprende que al Estado le corresponde la coordinación en materia de financiación autonómica, básicamente, por tres razones: En primer lugar, porque el art. 157.3 de la Constitución atribuye al Estado la fijación del marco y los límites en que esa autonomía financiera ha de actuar, mediante una Ley Orgánica a la que confiere una función específica y constitucionalmente definida, es decir, "le atribuye, no sólo la regulación del ejercicio de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas, sino también el establecimiento de normas para resolver los conflictos que pudieran surgir, así como la determinación de las posibles fórmulas de colaboración entre las Comunidades Autónomas y el Estado". En segundo lugar, "porque el reparto de los ingresos del Estado es una cuestión que afecta a todos los entes territoriales y, en particular, a todas las Comunidades Autónomas, y los recursos de que dispone aquél, no sólo son finitos, sino que deben servir para la consecución de la suficiencia y, en última instancia, la autonomía financiera de todos los entes territoriales, lo que exige necesariamente la intervención del Estado para adoptar las medidas necesarias y suficientes a efectos de asegurar la integración de las diversas partes del sistema en un conjunto unitario". Y, finalmente, "porque el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas es el vehículo a través del cual se articula el principio de solidaridad interterritorial", razón por la que no sólo corresponde al Estado garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad (art. 2 CE), velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las distintas partes del territorio español, sino que las Comunidades Autónomas vienen obligadas a coordinar el ejercicio de su actividad financiera con la Hacienda del Estado de acuerdo al principio de solidaridad entre las diversas nacionalidades y regiones [art. 2.1 c) LOFCA] (FJ. 7º).

No obstante, en el ámbito de la financiación autonómica, "no sólo es precisa la coordinación del Estado sino también el establecimiento de formas de colaboración (en particular, de cooperación) entre el Estado y las Comunidades Autónomas". Además, "las actuaciones de aquél y de éstas han de estar presididas por el principio de lealtad constitucional", principio que resulta "esencial en las relaciones entre las diversas instancias de poder territorial" y "constituye un soporte esen-

cial del funcionamiento del Estado autonómico y cuya observancia resulta obligada" (FJ. 7º).

Precisamente, los principios anteriores (coordinación, cooperación y lealtad constitucional) y la llamada a la negociación del art. 13 de la LOFCA y 58 del Estatuto de Autonomía andaluz motivan, a juicio del Parlamento recurrente, la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, al haberse fijado el porcentaje de participación en los ingresos del Estado de forma unilateral por éste, sin acuerdo previo en la Comisión Mixta Estado-Junta de Andalucía.

Sin embargo, para el Pleno, "en modo alguno cabe admitir que la determinación del porcentaje de participación en los ingresos del Estado pueda depender de la voluntad de una determinada Comunidad Autónoma, pues ello ni resulta de los términos expresos de los preceptos del bloque de la constitucionalidad [...] ni es compatible con el carácter exclusivo de la competencia que corresponde al Estado, de acuerdo con el artículo 149.1.14 [...] Conferir carácter vinculante a la voluntad autonómica no sólo anularía la potestad exclusiva del Estado para configurar el sistema de financiación de las CCAA que considere más idóneo, sino que le privaría tanto de ejercer sus potestades de coordinación (art. 156.1 CE), como de garantizar la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 CE, velando por el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español (art. 138.1 CE) [...] Dotar de carácter vinculante a aquella voluntad sería tanto como conceder un derecho de veto a una Comunidad Autónoma sobre el ejercicio de las competencias exclusivas del Estado" (FJ. 9º).

En relación con el vicio de inconstitucionalidad relativo a las asignaciones de nivelación de los servicios públicos esenciales (art. 15 LOFCA y disposición adicional segunda del Estatuto de Autonomía de Andalucía), el TC precisa que "estamos en presencia de un instrumento de financiación extraordinario, que únicamente procede en aquellos supuestos en los que los restantes recursos o instrumentos dirigidos a la financiación de las Comunidades Autónomas [...] resulten insuficientes para garantizar la consecución de un nivel mínimo en la prestación de aquellos servicios públicos que tengan la consideración de fundamentales". Por ello, "[d]e la afirmación de la legitimidad constitucional del mecanismo excepcional de financiación considerado no cabe concluir la consecuencia de que el Estado deba, necesariamente y en todo caso, dotar una concreta partida presupuestaria si no se ha alcanzado al efecto el acuerdo entre el Estado y la Comunidad Autónoma en el seno de

la Comisión Mixta a que hace referencia la disposición adicional segunda del Estatuto de Autonomía de Andalucía" (FJ. 11º).

La sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado don Pablo Pérez Tremps. La discrepancia se centra fundamentalmente en dos aspectos. En primer lugar, el Magistrado se muestra en desacuerdo con la consideración de que no resulta arbitrario ni, por ello, discriminatorio haber utilizado los datos de población de 1988 para determinar la participación de Andalucía y del resto de las Comunidades Autónoma en los ingresos del Estado, pues existían datos oficiales actualizados a 1 de enero de 1995 que debieron, a su juicio, ser empleados por el legislador. En segundo lugar, critica que el Tribunal haya fundado parcialmente su decisión en la posición de Andalucía dentro del sistema de financiación por no haber aceptado dicho sistema, ya que ello puede interpretarse como la convalidación constitucional de una práctica que, en opinión de este Magistrado, resulta claramente contraria al principio de igualdad constitucional de las Comunidades Autónomas.

II. ELEMENTOS Y CATEGORÍAS TRIBUTARIOS

1. EL CAMBIO DE DOMICILIO DECLARADO A OTROS EFECTOS ADMINISTRATIVOS NO SUSTITUYE LA DECLARACIÓN TRIBUTARIA EXPRESA DE CAMBIO DE DOMICILIO FISCAL

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 12 de abril de 2007

El objeto central del presente recurso hace referencia al enjuiciamiento de una cuestión, que ya ha sido dirimida en otras ocasiones y sobre la cual se continúa manteniendo una línea jurisprudencia constante, siguiendo la posición marcada en este sentido por el Tribunal Supremo. Se trata, en concreto, de los *efectos* en el ámbito de la aplicación de los tributos del cambio de domicilio declarado a otros efectos administrativos, como es el Padrón de habitantes.

Cuestión, en relación con la cual, se ha señalado por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que "el Padrón de habitantes y el Registro a efectos tributarios de domicilios fiscales son registros administrativos independientes y no intercomunicados automáticamente, de modo que el cambio de domicilio efectuado por una persona en el Padrón de habitantes, por sí solo, no supone un cambio coetáneo y paralelo del domicilio fiscal, ni tampoco sustituye a la declaración tri-

butaria expresa", ex art. 45.2 de la LGT (FJ. 4º; pronunciándose en el mismo sentido el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencias de 9 de octubre de 2001 y 28 de mayo de 2001).

Además, en el supuesto controvertido en el presente pronunciamiento, se da la circunstancia de que no coinciden el domicilio declarado a efectos del Padrón de habitantes con el declarado a efectos tributarios un año después con motivo de la autoliquidación del IRPF presentada con posterioridad a dicha declaración por parte del sujeto pasivo, dando lugar, como acertadamente afirma el Tribunal, "a una ostensible quiebra del principio de especialidad" debido a "que 'lo que es posterior deroga a lo anterior' y no al revés" (FJ. 4º).

De aquí que la notificación efectuada por la Administración tributaria en el domicilio que constaba en las bases de datos de la misma deba considerarse realizada con arreglo a derecho así como la consiguiente notificación mediante edictos debiendo recordar que, como ha señalado el Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de marzo de 2005, el domicilio fiscal aparece como "dato identificativo del obligado tributario y del órgano administrativo u oficina gestora territorialmente competente (…) constituyendo una norma de atribución competencial '*ratione loci*'" (F.J. 4º). Declaración que, por otra parte, se encuentra corroborada por el contenido del art. 48 de la LGT.

2. DERIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA POR CESE DE ACTIVIDAD DE LA EMPRESA. NO ES PRECISO QUE EL ACUERDO DEL CESE COMO ADMINISTRADOR SE INSCRIBA EN EL REGISTRO MERCANTIL. NO OTORGAMIENTO DE CARÁCTER CONSTITUTIVO A LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES DE LOS ACUERDOS DE CESE

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2007

La controversia que centra el pronunciamiento del Tribunal Supremo, dictado en calidad de recurso de casación para unificación de doctrina, se centra en resolver si el cese del administrador de la sociedad, con anterioridad al cese de la actividad de la misma, impide la exigencia a dicho obligado de responsabilidad subsidiaria, y ello aunque no se hubiera cumplido con el requisito de inscribir el cese mencionado en el Registro mercantil.

Objeto litigioso para cuya resolución el Tribunal trae a colación las corrientes existentes acerca de la eficacia que debe otorgarse a la ins-

cripción del cese del administrador en el Registro mercantil, existiendo dos posiciones, en este sentido. Una, que afirma la "ineficacia frente a terceros de cualquier acto de cese mientras éste no accede al Registro", frente a la cual se sitúa una segunda "que defiende la eficacia relativa de la inscripción, que hace que ésta carezca de eficacia constitutiva" (FJ. 5º), siendo esta última posición la que mantiene la Sala Primera del Tribunal Supremo al entender que los acuerdos de cese no tienen carácter constitutivo al no imponerlo así precepto alguno, sin que, en consecuencia, pueda exigirse responsabilidad alguna a los cesados por la falta de inscripción.

Doctrina, a partir de la cual, ha de admitirse, a juicio del Tribunal (pareciéndonos especialmente relevante esta opinión) "la prueba de cese por otros medios, por los que si se acredita suficientemente esta circunstancia, antes de la cesación de actividad de la sociedad, debe quedar excluido de responsabilidad subsidiaria" (FJ. 5º) procediendo, por tanto, en base a todo lo señalado anteriormente, estimar el recurso de casación para unificación de doctrina.

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

COMPROBACIÓN DE VALORES. MEDIOS DE PRUEBA. TASACIÓN PERICIAL

Sentencia del Tribunal Constitucional 77/2007, de 16 de abril

La Sentencia de referencia trae causa en un recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia de la Audiencia Nacional sobre varias liquidaciones por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Dichas liquidaciones se habían dictado como consecuencia de unas actas de disconformidad donde la Inspección había apreciado un incremento de patrimonio de los recurrentes superior al declarado procedente de la venta de un local comercial. Los recurrentes solicitaron el recibimiento a prueba del proceso, consistente en la práctica de una tasación pericial a realizar por el perito designado por la Sala, pero la prueba propuesta fue inadmitida por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía. E igualmente, el recurso contencioso-administrativo presentado ante la Audiencia Nacional fue desestimado.

Las alegaciones del amparo solicitado se fundamentan en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en tanto que la Sala deniega la práctica de la prueba pericial -a juicio de los recurrentes-, con una fundamentación irrazonable, lo cual se traduciría en

una efectiva indefensión material, al tener directa relación la práctica de la prueba con la discusión sobre el valor de adquisición del local que genera el incremento de patrimonio apreciado por la Inspección.

Por su parte, el Abogado del Estado sostiene que no cabe calificar de irrazonable la denegación de la prueba, pues la impertinencia de la prueba solicitada viene justificada porque los recurrentes no alegan debidamente porqué consideraban viciado el informe del perito dirimente emitido en el procedimiento de comprobación de valores. No obstante, el Ministerio Fiscal concluye que la prueba pericial solicitada era idónea para poder acreditar el valor inicial del inmueble, y no fue practicada por causa exclusivamente imputable al órgano judicial, que acordó denegar su realización apoyándose en la supuesta improcedencia de la proposición de prueba, cuando es lo cierto que los recurrentes habían propuesto la prueba en tiempo y forma y se había justificado la relevancia de dicho medio de prueba.

El Tribunal Constitucional se sitúa en línea con la argumentación de los recurrentes y el Ministerio Fiscal, otorgando el amparo solicitado. Los fundamentos de derecho de la sentencia parten de la "inescindible conexión" del derecho a la tutela judicial efectiva, que alcanza a cuestiones relativas a la prueba y el derecho de defensa. A este respecto, la cuestión primordial a dirimir es la relevancia de la prueba, de forma que se contrapone el deber de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas que contrae el órgano judicial, a la exigencia de justificación de la indefensión sufrida por el recurrente. La acreditación de la relevancia de la prueba denegada, a juicio del Tribunal, "se proyecta en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones" (FJ. 3º).

A continuación, el Tribunal observa la irrazonabilidad de la Sentencia impugnada por los motivos expresados en el fundamento jurídico 4º que consideramos de especial trascendencia:

1º Cuando se declara que la propuesta de prueba pericial es improcedente, puesto que "no resultaba exigible para la admisión de la prueba propuesta que los recurrentes justificasen su disconformidad con el dictamen del perito dirimente" ya que "tal exigencia no se desprende del art. 339.2 LEC, ni resulta acorde con la naturaleza del medio de prueba pro-

puesto, toda vez que nada impide la concurrencia en un proceso de diversos informes periciales todos ellos perfectamente válidos".

2º Por considerar que la prueba propuesta es improcedente al no determinar la cualificación profesional que había detener el perito, pues "lo pertinente habría sido requerir a los recurrentes para que indicasen la cualificación profesional que había de reunir el perito".

Todo ello, lleva al Tribunal a apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes por la negativa del órgano judicial a admitir la prueba pericial propuesta en tiempo y forma por aquellos. Asimismo, para intentar desvirtuar la valoración fijada en vía administrativa con arreglo al dictamen del perito dirimente, se precisaba la tasación pericial propuesta por los recurrentes que se inadmitió por el órgano judicial (FJ. 5º).

2. INTERRUPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN. EFECTOS EN CASO DE ACTAS DE CONFORMIDAD Y DISCONFORMIDAD EN EL MISMO PROCEDIMIENTO

Sentencia de 2, 11, 12, 16, 24 y 30 de abril de 2007

Estas sentencias versan sobre materia de prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria. El criterio común en todos estos pronunciamientos es que, a juicio del Tribunal, es posible apreciar la existencia de una interrupción injustificada y, en su caso, la prescripción, respecto de una liquidación que se dicta transcurridos más de seis meses desde la firma en disconformidad del acta y ello a pesar de que en ese mismo procedimiento se hubiera dictado otro acta (acta previa) que se firmó en conformidad. Ello es así puesto que, hasta la firma de las actas, las vicisitudes de la prescripción son las mismas, por existir un único cómputo; no obstante, a partir de la extensión sobre un mismo impuesto y ejercicio de dos actas, el cómputo de la prescripción puede variar respecto a las de una u otra clase: ni el acta de conformidad ni la liquidación derivada de la misma produce efectos interruptivos sobre la que se firmó en disconformidad ya que, si tuviera esos efectos se estaría situando al obligado tributario, desde el punto de vista de la prescripción, en peor situación que aquél que rechace la conformidad y firme en disconformidad, saliendo mejor parado quien no colabora con la Administración que quien lo hace.

Se trae a colación, por ejemplo en la STS de 16 de abril, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de abril de 2002 que se pronunciaba sobre una cuestión semejante:

"a) Si hay bifurcación y separación en actuaciones administrativas distintas que discurren separadamente a partir de la firma de las actas en conformidad y disconformidad, dicha separación la hay en los dos sentidos, es decir, para que no se trasvase la pérdida de efectos interruptivos por paralización injustificada de las actuaciones inspectoras y para que no se trasvasen los efectos interruptivos de la prescripción de las actuaciones inspectoras.

b) A la misma conclusión debería llegarse si se negase la bifurcación pues conforme a la doctrina jurisprudencial las actuaciones inspectoras comprenden todas las desarrolladas desde el inicio de la inspección hasta la notificación de la liquidación resultante de ellas y es tal notificación la que tendrá efectos interruptivos. Todas las actuaciones de la inspección anteriores a la interrupción y desde su inicio carecerían de efectos interruptivos de la prescripción". Y continúa la Audiencia señalando que en el caso de autos donde "hay actas de conformidad y disconformidad, respecto de un mismo obligado tributario y por un mismo impuesto y ejercicio, pretender evitar las consecuencias del art. 31.4ª) del RGIT cuando la paralización se produce en la liquidación definitiva por interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras por más de seis meses por causa no imputable al obligado tributario bajo pretexto que la liquidación producida respecto del acta de conformidad por el transcurso de un mes, liquidación provisional y a cuenta ex. art. 50.2a) RGIT, produce efectos interruptivos en el marco del art. 66 de la LGT, supondría dejar al arbitrio de la Administración la prórroga injustificada del plazo prescriptito por otros cinco años y atribuirse la posibil8idad de dilatar su inactividad por este plazo en las actuaciones inspectoras conducentes a la liquidación derivada del acta de disconformidad concediendo a ésta, en la práctica, un nuevo y amplio plazo para girar la liquidación y notificarla al contribuyente inspeccionado, al que afecta indudablemente tan prolongada incertidumbre".

Tomando como base esta doctrina, el Tribunal Supremo estima que en estos casos "la liquidación resultante del acta previa de conformidad, es un acto parcial determinante de una deuda provisional y a cuenta de la que resulte en su día de la tramitada en disconformidad" y, en línea con lo expresado por el Abogado del Estado, afirma que "no estamos ante hechos desagregables o ante diversidad de fuentes de renta gravable, porque el sujeto pasivo con ocasión de una inspección se limita únicamente a aceptar determinadas partidas de donde surge la disconformidad". Y añade, a continuación, que "no cabe olvidar que estamos ante un único procedimiento inspector, cuya tramitación se bifurca con la extensión de los dos tipos de actas, en conformidad y en dis-

conformidad, en función de la actitud adoptada por el sujeto pasivo, sin que el hecho de la bifurcación le haga perder ese carácter original, pues en ambos casos se trata de proceder a la regularización,, pero con arreglo a distintos trámites" (FJ. 5º).

3. PROCEDIMIENTO DE GESTIÓN. LIQUIDACIONES PROVISIONALES DICTADAS POR ÓRGANOS DE GESTIÓN. COMPETENCIA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de abril de 2007

El litigio se promueve contra una Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña que desestimaba determinadas liquidaciones provisionales donde se denegaban parcialmente los saldos solicitados a compensar por el recurrente en sus declaraciones del Impuesto sobre el Valor Añadido.

La sustantividad del asunto estriba en que el órgano de gestión centra su actuación en determinar la correcta aplicación o no de la regla de prorrata, regularizando en esencia las cuotas soportadas y declaradas a través de la aplicación de la misma. Así, el órgano de gestión precisa poner de manifiesto determinados elementos contenidos en los libros registro de IVA.

Pues bien, en opinión de la recurrente la circunstancia precedente supone una extralimitación competencial de los órganos de gestión para practicar la liquidación provisional que subyace a la resolución impugnada, debido al examen de la documentación contable que realiza, lo cual determina la nulidad del procedimiento por falta de competencia del órgano actuante.

Es cierto que tanto el antiguo artículo 123 LGT de 1963 –aplicable al caso en cuestión- como el actual artículo 136 LGT, imposibilita que en el seno de una comprobación abreviada (llamada ahora limitada) se examina la documentación contable. No obstante, el Tribunal tiene presente que el órgano gestor no se extralimita en tanto que el requerimiento documental no examina la actividad empresarial de la entidad mercantil recurrente a través de sus registros contables, sino que la comprobación tuvo exclusivamente como soporte los libros registro de IVA, y ello, en coherencia con lo habilitado en el precepto mencionado. Además, subrayamos que el Tribunal hace constar que los documentos referidos se ubican "en el ámbito de los datos consignados en las declaraciones tributarias y los justificantes de los mismos presen-

tados con la declaración o requeridos al efecto, máxime, cuando como apunta el TETARC la determinación de la regla de prorrata se infiere a partir de la mera declaración de resumen anual del modelo 390". En otras palabras, nos parece acertada la postura del Tribunal puesto que los medios de comprobación utilizados son suficientes para acreditar la aplicación de la norma tributaria específica que interesa al caso y siempre dentro de las posibilidades de actuación del órgano de gestión actuante.

IV. INSPECCIÓN

1. PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN. PLANIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Sentencia de 27 de septiembre de 2006 de la Audiencia Nacional

En la sentencia de referencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo procede a dilucidar, entre otras cuestiones, si la iniciación del procedimiento de inspección respecto de un concreto contribuyente se ajusta o no a la legalidad vigente, cuando no consta acreditado, a juicio del contribuyente, que él mismo estuviera incluido en un plan de inspección.

Pues bien, la Sala, a estos efectos, adopta como punto de partida en su análisis lo dispuesto en el art. 18 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos, en virtud el cual, *"el ejercicio de las funciones propias de la Inspección de los Tributos se adecuará a los correspondientes planes de actuaciones inspectoras, sin perjuicio de la iniciativa de los actuarios de acuerdo con los criterios de eficacia y oportunidad"*, tomando, asimismo, en consideración los dictados del art. 19.6 del citado Reglamento, que otorgan carácter reservado y privan de publicidad a los planes de los Órganos que habrán de desarrollar las actuaciones inspectoras.

En efecto, a tenor de lo arriba expuesto no cabe duda de que ante la reserva y confidencialidad que se atribuye a tal nivel de planificación, la Inspección de los Tributos no viene obligada a poner en conocimiento de los contribuyentes el hecho de su inclusión en un concreto plan de inspección. Es más, resulta totalmente lógico entender que la inclusión de un contribuyente en un plan de inspección se ha de configurar como un acto de trámite, reservado y confidencial que en nada contradice lo dispuesto en el art. 26 de la Ley 1/1998, de los Derechos y Garantías de los Contribuyentes, respecto de la publicidad de los cri-

terios que informan cada año el Plan de Nacional Inspección, ya que, este nivel de planificación inspectora será objeto de ulteriores desagregaciones hasta llegar a la conformación de los planes *reservados* de los Órganos que habrán de desarrollar las actuaciones inspectoras, en los que sí se contendrá la relación nominal de contribuyentes a inspeccionar fruto de los sucesivos acuerdos de inclusión. Acuerdos de inclusión que no son susceptibles de ser notificados a los contribuyentes designados como si de actos administrativos se tratase, carácter del que carecen, lo que tampoco significa que se trate realmente de actos equivalentes al de iniciación de actuaciones inspectoras sujeto a comunicación al interesado en los mismos términos a que se refiere el art. 30 RGIT.

Por todo ello, la Sala concluye que la iniciación del procedimiento de inspección ha de llevarse a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29 RGIT, sin que se haya de notificar al contribuyente que el inicio de las actuaciones sea consecuencia inmediata de su inclusión en un concreto plan de inspección, eludiendo, en consecuencia, tacha de arbitrariedad alguna en la selección del contribuyente cuya situación tributaria va a ser objeto de comprobación e investigación por los Órganos de la Inspección de los Tributos.

2. INICIACIÓN Y DESARROLLO DE LAS ACTUACIONES INSPECTORAS. AMPLIACIÓN DEL PLAZO. INTERRUPCIONES Y DILACIONES: DILACIONES IMPUTABLES AL CONTRIBUYENTE

Resolución de 27 de septiembre de 2006 del Tribunal Económico-Administrativo Central

En la Resolución objeto del presente comentario, la Sala se plantea, entre otras cuestiones, si el acuerdo de ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras por otros doce meses obedece o no al requisito de complejidad necesario para que dicha actuación se ajuste a derecho.

Pues bien, la Sala a este respecto mantiene que el acuerdo cuestionado está debidamente estructurado en cuanto a la inclusión de los fundamentos de derecho necesarios para acordarla y la constancia de los hechos que la Ley reconoce que generan una especial complejidad en el desarrollo de las actuaciones inspectoras. Así, al amparo de lo preceptuado en el art. 29 de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, las actuaciones inspectoras son susceptibles de ampliación en plazo, por un periodo de doce meses, siempre que concurran entre otras circunstancias, que las mismas revistan especial complejidad,

entendiéndose que concurre esta circunstancia a la vista del volumen de operaciones de la persona o entidad, la dispersión geográfica de sus actividades o su tributación como grupos consolidados o, en régimen de transparencia fiscal internacional.

En efecto, respecto de este extremo, la Sala concluye que el acuerdo de ampliación del plazo de actuaciones inspectoras se encuentra debidamente justificado y motivado al amparo de lo preceptuado en el art. 29.1.a) de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, en la medida en que la especial complejidad que faculta a la Inspección de los Tributos a ampliar el plazo de una actuación de comprobación e investigación radica, en el caso concreto, en el elevado volumen de operaciones de la entidad, hasta el extremo de que éste resulta coincidente con el previsto en la legislación mercantil para auditar cuentas de modo obligatorio, añadiendo a ello y de forma explícita determinadas circunstancias que incrementan el grado de dificultad de la actuación. Por todo ello, la Sala estima correcta la ampliación del plazo de las actuaciones inspectoras, tanto desde el punto de vista procedimental, como por su intrínseca motivación.

Por otro lado, la Sala se cuestiona si han de considerarse como dilaciones imputables al contribuyente las paralizaciones del procedimiento a petición de éste con motivo de las vacaciones de sus trabajadores.

Ante tal cuestión, la Sala tras analizar lo preceptuado en el apartado segundo del art. 31.bis RGIT, constata que en relación con la consideración de los periodos de vacaciones del personal de las entidades inspeccionadas como dilación provocada por el contribuyente nada dice el Reglamento de Inspección, si bien, se infiere de su articulado que el plazo máximo de doce meses es el plazo máximo que se atribuye a la Inspección para que *bajo su responsabilidad* desarrolle sus actuaciones, de modo tal, que de dicho plazo sólo puedan excluirse aquellas situaciones que imposibiliten el ejercicio efectivo de la actuación inspectora por causas ajenas a la propia Inspección, tales como las dilaciones imputables al contribuyente o las interrupciones injustificadas que escapan del control del órgano inspector. En consecuencia, el plazo de duración de las actuaciones inspectoras se configura como un plazo máximo que limita temporalmente las actuaciones de la Inspección evitando que *por su propia responsabilidad* se produzca una excesiva prolongación temporal de las mismas.

Así, bajo ese prisma, la Sala mantiene que toda demora en el procedimiento de inspección imputable al obligado tributario constitu-

ye una dilación aunque sea con motivo del periodo vacacional, ya que admitir lo contrario podría llevar a situaciones en las que las actuaciones inspectoras no podrían llevarse a efecto, concluyendo el plazo de las mismas, sin posibilidad de haberlas ejercido.

V. RECAUDACION

1. IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS A LA COMUNICACIÓN DEL ACTO DE DERIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. POSIBLE COLISIÓN CON LOS ARTÍCULOS 24 Y 25 DE LA CE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 20 de abril de 2007

El objeto del presente recurso, seguido por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, se centra en el enjuiciamiento de la medida cautelar, dirigida al responsable de una determinada sociedad, consistente en el embargo de determinados bienes inmuebles y de marcas comerciales, frente al cual la Administración tributaria dicta también el correspondiente acto de derivación de la responsabilidad, en el que se incluyen sanciones y recargos, invocándose por parte del recurrente la posible vulneración de los artículos 24 y 25 de la CE.

Así, en primer lugar, y en relación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la CE), tiene razón el Tribunal al afirmar que este derecho, "al estar recogido en el art. 24, estaría excluido del ámbito administrativo, salvo el sancionador, máxime cuando no se ha imposibilitado o dificultado ese acceso a los Tribunales, como lo demuestra la existencia de este recurso jurisdiccional" (FJ. 3º).

En segundo término, y tomando como base la doctrina constitucional contenida fundamentalmente en la STC 276/2000, señala el órgano juzgador que "la responsabilidad derivada por la Administración tributaria a los recurrentes tiene un contenido punitivo" siendo evidente que, "conforme a nuestra jurisprudencia, resultan aplicables las garantías materiales y procesales que se deducen de los arts. 25.1 y 24.2, ambos CE" (FJ. 4º), sin que exista un pronunciamiento expreso en la Sentencia objeto de comentario acerca de la posible vulneración del principio de personalidad de las penas derivado de la exigibilidad de las sanciones a los obligados tributarios, previsto normativamente para ciertos supuestos, siendo ello quizá debido al hecho de que, como seña-

la el Tribunal más adelante, "no ha de olvidarse que lo que se está recurriendo por este cauce excepcional de derechos fundamentales es una medida cautelar adoptada por la Administración" (FJ. 5º) y no el contenido del acto de derivación de la responsabilidad.

Medida cautelar, pues, en relación con la cual se alega, en primer lugar, que la misma ha sido adoptada *inaudita parte*, a lo que responde el órgano juzgador que "resulta ínsito a la naturaleza de la medida cautelar el que ésta pueda adoptarse, llegado el caso y si concurren circunstancias que permitan pensar en la frustración de la medida de dar audiencia previa, que puedan adoptarse antes de ser oído el interesado" (FJ. 7º). Audiencia que sí se prevé, por parte del vigente art. 41.5 de la LGT, con anterioridad a la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables y cuya omisión, según doctrina del Tribunal Constitucional (STC 68/1985, de 27 de mayo), no constituye una infracción susceptible de amparo "siempre que el defecto procesal no haya determinado una verdadera indefensión material", lo que, a juicio del Tribunal, no ha sucedido en el supuesto enjuiciado en el presente recurso.

Se invoca, en segundo lugar, la quiebra del principio de presunción de inocencia, declarándose en la Sentencia, con apoyo también en la doctrina constitucional (ATC 98/986,de 28 de enero), que dicho principio "es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que cuando no es reglada ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría carácter punitivo en cuanto al exceso".

Razonamientos, en base a los cuales, el Organo juzgador declara la inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales invocados en relación con la adopción de la citada medida cautelar.

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. ART. 24 CE. PROCESO PENAL. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2007

La Sala de lo contencioso-administrativo del Alto Tribunal se pronuncia en casación por lo que respecta a las garantías del art. 24 CE

en materia tributaria. Han de subrayarse los siguientes aspectos en cuanto a los hechos controvertidos: "-Que en el Juzgado de Instrucción n.º 14 de Madrid se seguían las Diligencias Previas núm. 7622/2000, incoadas, «al parecer» (sic.), en virtud de denuncia del Ministerio Fiscal por un presunto delito contra la Hacienda Pública, resultando imputado el recurrente./ -Que la denuncia traía causa de una presunta liquidación tributaria sobre los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido de una sociedad mercantil, desconociéndose cuáles fueron las actuaciones concretas llevadas a cabo por la Administración Tributaria./ -Que el recurrente nunca había ostentado dirección efectiva de esa compañía y tampoco fue notificado nunca de liquidación alguna ni se entendió con él ninguna de las «presuntas actuaciones fiscales practicadas»" (FJ. 1.º).

En su recurso, la actora realiza unas afirmaciones de partida que sustentan el desarrollo argumental posterior y que se sintetizan como sigue: «a) La denuncia del Ministerio Fiscal que dio lugar a la iniciación del proceso penal tuvo su causa en una comunicación de la Administración tributaria, derivada, a su vez, de un procedimiento de inspección seguido a una sociedad mercantil por los Impuestos sobre Sociedades y sobre el Valor Añadido./ b) Las actuaciones realizadas en ese procedimiento tributario no fueron debidamente notificadas al recurrente, no se le permitió plantear frente a ellas los correspondientes recursos administrativos como tampoco solicitar la medida cautelar de suspensión; y no se observaron en ellas las garantías inherentes al principio de contradicción». En definitiva, «la idea central que se defiende, a partir de lo anterior, es que esas inobservancias deben ser valoradas como contrarias al principio de prohibición de indefensión y, por esta razón, constitutivas de una vulneración del art. 24 CE» (FJ. 3.º).

Ello queda completado con otras razones adicionales de la actora, resumidas en los siguientes términos: «se defiende que mientras no haya firmeza de los actos administrativos que hayan determinado la deuda tributaria no puede iniciarse el proceso penal»; y también se sostiene que «el proceder seguido por la Administración tributaria significa una indebida utilización del proceso penal y el incorrecto traslado a la jurisdicción penal de unas cuestiones cuya decisión debe hacerse en el marco de los procedimientos tributarios» (FJ. 3.º). Ahora bien, frente a tales argumentos, el Tribunal Supremo recuerda al recurrente que «ni la comunicación al Ministerio Fiscal exige una liquidación tributaria aprobada por un acto administrativo firme (como parece sugerirse), ni el tribunal penal debe partir para su enjuiciamiento de la existencia de una actuación administrativa de esa clase» (FJ. 7.º).

No aprecia indefensión el Alto Tribunal en la inadmisión del recurso interpuesto (procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona) ante el órgano jurisdiccional de instancia (Tribunal Superior de Justicia de Madrid). Considera acertada la siguiente argumentación de dicho órgano jurisdiccional: «En el caso de autos nos encontramos con que las actuaciones administrativas impugnadas se producen en el seno de un procedimiento de inspección tributaria -no sancionador, evidentemente-, por lo que es clara la inadecuación del cauce procesal elegido ya que el art. 24 nunca podrá verse negativamente afectado y las hipotéticas indefensiones que hayan podido originarse carecen de relevancia constitucional, constituyendo meros vicios de legalidad ordinaria no revisables a través de este cauce especial y el derecho a la tutela judicial efectiva, en todo caso, no ha podido ser vulnerado como lo demuestra la existencia de este recurso jurisdiccional» (FJ. 4.º).

Puntualiza además el Supremo que «tratándose de actuaciones administrativas que no tienen un efectivo contenido sancionador, por no ser definitivas», como ocurre en el supuesto enjuiciado, resulta «injustificada la directa invocación que frente a ellas se hace del art. 24 CE» (FJ. 5.º). El Alto Tribunal pone de manifiesto que «mientras esté suspendido un procedimiento administrativo, como consecuencia de la iniciación de un proceso penal, no cabe hablar de indefensión en ese ámbito administrativo». Señala también el Supremo que «las garantías de defensa que puedan asistir al afectado frente a los hechos que sean objeto de persecución penal deberá hacerlas valer en el correspondiente proceso penal y ante el órgano jurisdiccional que conozca del mismo» (FJ. 6.º).

En conclusión, se desestima el recurso de casación interpuesto. Y por nuestra parte terminaremos esta breve reseña con un interrogante. Considerando la ambivalencia (a efectos liquidatorios y sancionadores) de las actuaciones de comprobación e investigación tributarias (la cual venimos denunciando en nuestros trabajos -*vid*. por todos *Derecho a no autoinculparse y delitos contra la Hacienda Pública*, Colex, Madrid, 2004-), ¿qué posibilidades de éxito tiene un contribuyente que (en cuanto a tal ambivalencia) invoque las garantías del art. 24 CE en un proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, o en vía jurisdiccional contencioso-administrativa por lo que respecta al ámbito sancionador? Singularmente cuando se trata del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo, la respuesta a esa pregunta sigue siendo hoy decepcionante.

2. INFRACCIONES Y SANCIONES TRIBUTARIAS. PRESCRIPCIÓN: PLAZO DE CUATRO AÑOS. RETROACTIVIDAD

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007

El Alto Tribunal reitera su doctrina sobre la prescripción del derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación. Destacaremos la remisión del Supremo a su ***Sentencia de 10 de mayo de 2004*** (recurso 2149/1999), donde afirma que «el nuevo plazo prescriptivo de 4 años opera sobre todos los plazos de prescripción abiertos y en curso y, así, en todos los casos en que el 1 de enero de 1999 (fecha de entrada en vigor del nuevo plazo -Disposición final séptima- Ley 1/1998, de 26 de febrero) hubiera transcurrido el plazo de cuatro años contado desde el *dies a quo*, la prescripción se habrá producido, precisamente el 1 de enero de 1999 y en aquéllos que hubiera transcurrido un plazo menor prescribirá el derecho cuando después de esta fecha se cumpla el plazo de cuatro años, contados obviamente desde el *dies a quo*». El Supremo concluye que en el asunto sobre el que se pronuncia ahora (y en el cual el marco de referencia temporal -*dies a quo* y *dies ad quem*- es anterior al primer día de enero de 1999) «es claro que [teniendo en cuenta el plazo aplicable, de 5 años] no había prescrito el derecho de la Administración a liquidar» (FJ. 4.º).

El Alto Tribunal pone de manifiesto también que la referida doctrina no rige en materia sancionadora. El Supremo cita su ***Sentencia de 20 de febrero de 2007*** (recurso 6422/2001). Puesto que en materia procedimental se aplica el principio *tempus regit actum*, «la cuestión clave que ha de resolverse es la relativa a si las normas que regulan la prescripción de la acción para imponer sanciones tributarias pueden o no entenderse incluidas entre aquellas que regulan el régimen de infracciones y sanciones tributarias». Y «la respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción». En definitiva, «si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable». Pero «si sólo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad». Pues bien, recuérdese que «tanto el Tribunal Constitucional [Sentencia 63/2005, de 14 de marzo, entre otras] como el Tribunal Supremo [Sentencia de 30 de marzo de 2004, por ejemplo] han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo».

En la controversia resuelta por la Sentencia que comentamos, de 2007, «habiéndose reanudado las actuaciones […] con posterioridad a los cuatro años [siempre dentro de un marco de referencia temporal *-dies a quo* y *dies ad quem*- anterior al primer día de enero de 1999], procede apreciar la prescripción en cuanto a la acción sancionadora» (FJ. 5.º).

3. INFRACCIONES Y SANCIONES TRIBUTARIAS. DERECHO A NO AUTOINCULPARSE

Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2007

En esta resolución la Audiencia Nacional rechaza nuevamente una pretendida vulneración del derecho a no autoinculparse en materia tributaria, fruto de la ambivalencia de las actuaciones administrativas de comprobación e investigación, a las cuales la ley reconoce trascendencia represiva en el procedimiento sancionador. Subrayamos que para ello invoca su propia doctrina: «En definitiva los hechos tomados en cuenta en el procedimiento sancionador y obtenidos efectivamente en el procedimiento previo de comprobación, no proceden de la declaración o confesión del contribuyente, sino de la comprobación personal por los inspectores actuarios sobre la base de la documentación presentada por el propio contribuyente (libros de contabilidad, registros fiscales incluso las propias declaraciones tributarias presentadas), aporte de documentación que no puede asimilarse a una declaración en el sentido comprendido en el derecho invocado a no declarar contra uno mismo, derecho que se constriñe a la declaración o confesión del contribuyente. En este mismo sentido el Tribunal Constitucional en su STC de 26 de abril de 1990 afirma que la aportación o exhibición de los documentos contables no puede considerarse como una colaboración equiparable a la "declaración" comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución».

La Audiencia nos recuerda que la doctrina expuesta es compatible incluso con la extensión de actas de conformidad, y en lo relativo a estas últimas, citándose a sí misma, manifiesta que el Tribunal Supremo ha insistido en distinguir tres aspectos diversos en el valor probatorio de aquéllas: «primero, la declaración de conocimiento que realice el funcionario que autoriza el acta goza de la presunción de veracidad configurada en el art. 1.218 del Código Civil y las actas hacen prueba del hecho al cual se refieren y a su fecha, por tratarse de un documento emanado de un funcionario público competente, en el ejercicio de sus funciones y con las solemnidades requeridas legalmente, tal y como exige el art. 1.216 del mismo texto legal; segundo, en lo concerniente a los hechos,

el contribuyente no puede rechazarlos, porque hacerlo sería atentar contra el principio de que nadie puede ir contra los actos propios, a no ser que pruebe que incurrió en notorio error al aceptar tales hechos; y tercero, en lo relativo a la interpretación y aplicación de normas jurídicas, el acta de conformidad es impugnable, porque a estas operaciones no se extienden las presunciones antes dichas».

A nuestro juicio, la Audiencia Nacional no agota el análisis sobre la trascendencia sancionadora de las actuaciones de comprobación e investigación, a la luz del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo. Consideramos contrario a la CE que un contribuyente resulte sancionado (penal o administrativamente) sobre la base de sus propias declaraciones autoincriminatorias (pensemos en manifestaciones orales o escritas de dicho contribuyente, o en materiales por él aportados cuya existencia dependa en último término de su voluntad y no -por ejemplo- de un mandato legal) realizadas bajo coacción ante el Inspector actuario; declaraciones éstas recogidas en las diligencias inspectoras (como es sabido, las diligencias sirven de fundamento al acta correspondiente).

Los órganos jurisdiccionales prescinden sistemáticamente, en sus resoluciones, de las críticas y argumentos doctrinales sobre la materia. No perdamos de vista que la normativa vigente ampara la ambivalencia de las actuaciones de comprobación e investigación, y lo que ésta comporta (y ello a pesar de las concretas propuestas de reforma, más o menos sistematizadas, que desde hace tiempo han pretendido dar solución al problema; recordemos por ejemplo, ya con «cierta perspectiva», la formulada en su momento por ESEVERRI MARTÍNEZ y PÉREZ RODILLA -«Sobre la separación del procedimiento sancionador y los de comprobación y liquidación tributarias», *Crónica Tributaria*, núm. 106, 2003-, o consideremos las que se extraen de nuestros trabajos).

VII. REVISIÓN

1. PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS. LEGITIMACIÓN DE TITULARES DEL DERECHO A DEVOLUCIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2007

Este pronuncimiento gira entorno a la cuestión de la legitimación del repercutido para solicitar la devolución del IVA soportado indebidamente. La sentencia cuya casación se solicita niega la posibilidad de

que la entidad recurrente pueda reclamar las cantidades indebidamente ingresadas por carecer de legitimación.

Al respecto de esta cuestión, el Tribunal, de acuerdo con el voto particular de la sentencia recurrida concluye, en síntesis, en los siguientes términos:

"1. Legitimado para instar la rectificación de declaraciones, liquidaciones o autoliquidaciones, lo es todo aquél que las formuló.

2. Titulares del derecho a la devolución lo son los sujetos pasivos o responsables y todos los obligados tributarios y por ser titulares de tal derecho, tienen acción para exigirlo.

3. En los casos de repercusión obligatoria de cuotas, la devolución puede ser solicitada por quien repercutió, que está, por tanto, legitimado para instar dicha devolución; ahora bien, como regla general, la efectiva devolución, esto es, el abono de lo excesivamente ingresado, se realizará a quien repercutió, que habrá de resarcir a quien soportó la repercusión de la cuota. Pero existe una regla específica respecto del IVA, cual es que, en las condiciones señaladas por el art. 9.2 RD 1163/1990 (Devolución Ingresos Indebidos) -que la repercusión se efectúe en factura o documento y que quienes soportaron la repercusión no hayan deducido la misma-, las cuotas repercutidas serán devueltas directamente a quien soportó la repercusión".

Estos motivos llevan al Tribunal Supremo a estimar el recurso de casación interpuesto (FJ. 3º).

2. REVISIÓN EN VÍA ADMINISTRATIVA. RECLAMACIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA. RETROACCIÓN DE ACTUACIONES

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2007

La sentencia de instancia apreció la prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria por entender que se produce una interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras por causa no imputable a la recurrente. Pero la cuestión que nos interesa destacar de esta sentencia se encuentra en el fundamento jurídico 7º de la sentencia que atiende a la alegación de nulidad de la resolución impugnada por incongruencia omisiva. La parte pretende la nulidad de la liquidación, al haberse efectuado ésta con base a lo dispuesto en el artículo 111.3 LGT, que posteriormente fue declarado inconstitucional,

no obstante la resolución se limita a confirmar en su totalidad la resolución del TEAR (que ordenaba la retroacción del expediente ante el órgano gestor a efectos de que se excluyan las actuaciones que puedan ser tachadas de inconstitucionales), pero sin entrar a examinar el tema que se le planteó, es decir, la improcedencia de la retroacción.

En este caso, aplicando el artículo 54 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, (Real Decreto 391/1996), así como el principio *favor acti*, el Tribunal entiende que es posible declarar la retroacción de actuaciones "para, eliminando el requerimiento de la Inspección, calificado de inconstitucional, permitir que los demás actos del procedimiento con cobertura legal, si es que resultaban suficientemente determinantes, produjeran una nueva liquidación".

Desde este punto de vista, la retroacción de actuaciones persigue que se resuelva el procedimiento de inspección sin tener en cuenta lo que fue considerado inconstitucional. Así, el Tribunal concluye que no es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 de la Constitución que se resuelva una reclamación acordando como solución la retroacción de actuaciones, pues precisamente el propio Tribunal Constitucional resuelve de este modo los procesos penales en los que se han producido condenas con valoración de pruebas ilícitas.

3. REVISIÓN DE ACTOS TRIBUTARIOS. APLICACIÓN SUBSIDIARIA Y SUPLETORIA DE LA LEY 30/1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2007

Nos parece digna de reseñar esta sentencia en cuanto que señala que es correcta la resolución impugnada que revocaba otra anterior, en aplicación del artículo 105 de la Ley 30/1992, porque el supuesto no encajaba en las causas de nulidad y anulabilidad previstas en los artículos 153 y 154 de la Ley General Tributaria (Ley 230/1963).

Por ello, el Tribunal estima que era necesario acudir a la Ley 30/1992. Y es que, la existencia de procedimientos administrativos especializados por razón de la materia no impide acudir a las normas del procedimiento administrativo común. Literalmente, el Tribunal considera que "la singularidad del régimen de revisión de los actos de gestión tributaria nunca supuso su aislamiento del ordenamiento administrativo general" (FJ. 4º). Estas afirmaciones, en nuestra opinión, tienen un alcance más amplio pudiéndose aplicar a cuestiones de procedimien-

to general, si cabe aún con mayor razón, tras el importante paralelismo alcanzado entre la LGT de 2003 y la Ley 30//1992. De aquí que quede plenamente justificada la supletoriedad de la Ley 30/1992 respecto de la materia tributaria (en virtud del artículo 9 LGT) y, en ningún caso, impedida por lo dispuesto en la Disposición Adicional 5ª de la referida Ley en relación con la aplicación subsidiaria de la misma.

En este caso, además, se estaba dando satisfacción extraprocesal al recurrente, pues el acto revocado ampliaba la responsabilidad exigida al contribuyente. Con la revocación se pretendía dar audiencia al interesado antes de dictarlo formalmente y así colaborar a la aportación de unas garantías adecuadas.

VIII. IMPUESTO SOBRE LA RENTA. DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y PATRIMONIO

1. RETRIBUCIÓN EN ESPECIE CONSISTENTE EN EL DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA SOBRE ACCIONES CONCEDIDO POR LA EMPRESA A SUS TRABAJADORES: CARÁCTER IRREGULAR CUANDO DESDE SU CONCESIÓN AL EJERCICIO DE LA OPCIÓN TRANSCURRAN MÁS DE DOS AÑOS: EXIGENCIA REGLAMENTARIA DE QUE SE ESTABLEZCA UN LÍMITE TEMPORAL MÍNIMO ENTRE LA CONCESIÓN Y LA POSIBILIDAD DEL EJERCICIO DEL DERECHO

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de mayo de 2007

En el presente recurso se somete a la consideración de la Sala la legalidad de la liquidación relativa al IRPF, ejercicio 1999, centrándose la discusión en la procedencia de la reducción por irregularidad del 30%, practicada por el sujeto pasivo sobre la retribución en especie consistente en el derecho de opción sobre acciones de la entidad financiera de la que era empleado. La cuestión se centra, pro tanto, en determinar, si la reducción por irregularidad se puede aplicar cuando en el contrato de opción sobre acciones concertado entre la empresa y el trabajador, se especifica que el ejercicio del derecho de opción sólo puede realizarse transcurridos 12 meses desde la firma del contrato.

En este caso, la administración tributaria, tal y como especifica el TEAR, considera que la reducción por irregularidad no procede al amparo de lo dispuesto en el art. 10.3 del RD 214/1999, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, "..cuando sólo puedan ejercitarse transcurridos más

de dos años desde su concesión..". Pese a que la LIRPF de 1998, no hacia especial mención a esta situación, sí que permitía al sujeto pasivo la aplicación de la reducción del 30% sobre el rendimiento íntegro, al encajar dentro de la configuración legal de la renta irregular. Esta situación fue modificada por la Ley 55/1999, introduciendo una limitación en la reducción del art. 12.a).

Por su parte, el art. 17.2.a) d la Ley 40/98, destaca la existencia de dos diferentes supuestos de reducción por irregularidad de los rendimientos del trabajo a que se refiere el art. 6.2.a) de la Ley: los rendimientos íntegros que tengan un período de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo. Luego de la redacción del precepto legal se desprende, que son dos criterios de reducción por irregularidad: el de los referidos a rendimientos con período de generación superior a los dos años, y los rendimientos calificados como irregulares por disposición reglamentaria por obtenerse de forma notoriamente irregular. En desarrollo de este art. 17.2.a) de la Ley, la Administración dictó el RD 214/1999 de 5 de febrero, cuyo art. 10.1 regula los rendimientos, que se consideran rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, refiriéndose el art. 10.3 específicamente a las "stock opción". El artículo del reglamento trascribe los requisitos legales relativos al período de generación superior a los dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente a los que ya se refería el art. 17.2.a). Sin embargo, introduce dos nueva limitaciones: primero, que no se concedan anualmente; y en segundo, que la opción sobre compras de acciones sólo pueda ejercitarse transcurrido mas de dos años desde su concesión. El primero de ellos no es más que consecuencia de la limitación legal que prohíbe la calificación legal de irregularidad de aquellos rendimientos obtenidos de forma periódica o recurrente. Lo anual, lo que se repite años tras año, tiene carácter periódico, por lo que se convierte en forma habitual de retribución y sale de la razón de ser la reducción. Por ello, consideramos que el Reglamento, sobre este extremo, no hace más que puntualizar y aclarar la previsión legal. En el segundo requisito, el RD introduce una novedad que afecta la forma misma en la que se concede al trabajador el derecho de opción: si no se establece un límite temporal mínimo entre la concesión y el ejercicio del derecho de opción de 24 meses, no se puede aplicar la reducción por irregularidad.

Esta situación es la que lleva a estimar a la Sala que “lo que está haciendo el Reglamento es regular e introducir "ex novo" una limitación no contemplada por la Ley respecto de los rendimientos irregulares por

período de generación superior a los dos años, para el supuesto de que se trate de rendimientos derivados del ejercicio de derecho de opción sobre acciones concedidas por el empleador al trabajador. Consideramos que esta previsión reglamentaria no esta amparada por la Ley, cuyas únicas limitaciones se refieren al período de generación y su carácter periódico o recurrente, pero no a la forma en que se conceda el derecho de opción o a la limitación temporal que debe incluirse en el ejercicio la concesión. Por la propia naturaleza y finalidad de la reducción, la irregularidad se produce cuando entre la concesión y su ejercicio han transcurrido más de dos años, independientemente de en el contrato, acuerdo o pacto entre cedente y cesionario (empleador o empleado) se establezca un límite temporal mínimo para su ejercicio. El fundamento mismo de la irregularidad esta centrado por la Ley el período de generación: si se ejercita antes de los dos años no será irregular y si por el contrario se hace transcurrido ese período de tiempo se aplicará la reducción. Lo verdaderamente relevante es que, entre el acuerdo de esta forma de retribución y su ejercicio efectivo, hayan transcurrido más de dos años, como contempla la Ley, siempre y cuando no constituya una forma habitual de retribución al trabajador. Si el empleador hubiera pactado esta forma de retribución en especie con el trabajador, reconociéndole el derecho al ejercicio de la opción desde la firma del contrato en adelante, la irregularidad estaría determinada por el tiempo transcurrido entre la formalización del acuerdo y el ejercicio del derecho de opción, sin que resulte exigible el establecimiento de un límite temporal mínimo a partir de cual pudiera realizarse, sencillamente porque la Ley 40/98 reguladora del Impuesto, en la redacción del art. 17.2.a) no lo ha establecido. El reglamento introduce una restricción y limitación para la aplicación de la irregularidad en la modalidad de irregularidades por período de generación del rendimiento que la Ley no contempla, y además va contra la propia razón de ser de la reducción por irregularidad por período de generación de renta, por lo que se extralimita" (FJ. 7º).

2.- GANANCIAS Y PÉRDIDAS PATRIMONIALES: RENTAS DERIVADAS DE UN CONTRATO EN VIRTUD DEL CUAL UNA ENTIDAD DE CRÉDITO OFERTA A SUS CLIENTES CON EXPOSICIÓN A LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA COTIZACIÓN DE UNA DETERMINADA ACCIÓN NEGOCIADA EN BOLSA DE VALORES ESPAÑOLA O DE OTROS PAÍSES DE LA OCDE

Resolución de la Dirección General de Tributos de 5 de marzo de 2007

La DGT dicta, con carácter vinculante, Resolución contestando a la consulta formulada en relación a la tributación de unas rentas deri-

vadas de un contrato en virtud del cual una entidad de crédito oferta a sus clientes con exposición a la evolución futura de la cotización de una determinada acción negociada en bolsa de valores española o de otros países de la OCD. Pues bien, y tras recordar los conceptos de ganancia y pérdida patrimonial así como el de rendimiento de capital mobiliario, el Centro Directivo analiza la naturaleza y efectos del contrato para deducir la calificación que procede otorgar a las rentas derivadas del mismo obtenidas por contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En primer lugar, la finalidad del contrato parece responder a un propósito de cubrir una cartera de determinados activos de renta variable que posea el contribuyente frente a la posible caída, al finalizar el período previsto, del precio de cotización de los mismos en todo lo que exceda de un porcentaje sobre su valor de cotización al inicio del contrato o, lo que es lo mismo, en lo que exceda de un precio mínimo prefijado. Esta cobertura se traducirá en una liquidación favorable para el contribuyente, al término del período, cuando en dicho momento la caída en el precio del activo haya rebasado dicho precio mínimo, de forma que aquél, o bien percibe en efectivo las diferencias negativas de valor entre el precio de cotización y el precio mínimo pactado, o bien transmite a la entidad de crédito los activos cubiertos a dicho precio mínimo. A cambio del derecho anterior, el contribuyente asume el compromiso de ceder a la entidad financiera todo el incremento de valor que se pueda producir en el precio de cotización de los activos cubiertos, al finalizar el período, en la parte que exceda de cierto porcentaje sobre su cotización al inicio, o lo que es igual, en lo que supere a un precio máximo predeterminado. Esta cesión implica que, al término del período, de haberse producido un aumento en la cotización del activo superior a dicho precio máximo, el contribuyente deberá, bien abonar en efectivo las diferencias positivas de valor entre el precio de cotización y el precio máximo pactado, o bien transmitir a la entidad de crédito los referidos activos al citado precio máximo.

En definitiva, como afirma la DGT, estamos ante un derecho adquirido por el cliente cuya contrapartida es la obligación asumida ante la entidad de crédito y, en el caso de que al inicio el valor del derecho supere al de la obligación, el cliente deberá pagar una prima que compensa dicha diferencia de valor, y viceversa, en el caso de que el valor del derecho otorgado a la entidad de crédito sea superior al del derecho adquirido por el cliente, será éste quien reciba una prima en compensación. Dicha prima, en caso de existir, en el supuesto de pago por el cliente constituye una parte del precio o coste del derecho adquirido, y como tal debe considerarse, sin que, por tanto, tenga la naturaleza de una cesión de capital, pues como se ha señalado anteriormente,

el resultado económico del contrato sólo está en función de un acontecimiento futuro, ajeno a la voluntad de los contratantes, cual es la evolución de la acción sobre la que recae, e independiente de la posible prima pagada, prima que, constituyendo un precio, no es recuperable por el cliente. Asimismo, en el caso de que el cliente recibiera de la entidad de crédito una prima al inicio del contrato, ésta habría de considerarse como el precio, en este caso percibido, por el exceso de valor del derecho otorgado a la entidad de crédito en relación con el adquirido por el cliente. Se debe, finalmente, hacer una referencia a la posibilidad de que la entidad consultante inmovilice, en las cuentas de depósito de valores del cliente, activos por valor suficiente para asegurar el cumplimiento del contrato. Al respecto de dicha inmovilización de activos, cabe señalar que en la medida en que la misma cumpla una mera función de garantía, es decir, que no conlleve una cesión de los derechos derivados de los referidos activos a favor de la entidad consultante durante el período de duración del contrato, permaneciendo, por tanto, todos los efectos propios de la titularidad sobre los mismos en la esfera patrimonial del cliente, podrá considerarse la ausencia en el contrato de un previo desembolso o cesión de capitales a favor de la consultante. Bajo las premisas anteriores, las rentas derivadas del contrato objeto de análisis han de encuadrarse, a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en la categoría de ganancias o pérdidas patrimoniales, conforme a lo previsto en el artículo 31.1 del TRLIRPF.

Por otro lado, ha de considerarse que las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas del contrato objeto de consulta encuentran su encaje, a partir de de 1 de enero de 2007, en el apartado b) del artículo 46 de la citada Ley 35/2006, y por tanto su integración y compensación se producirá en la base imponible del ahorro del contribuyente, de acuerdo a las reglas previstas en el artículo 49 de dicha Ley.

3. EXENCIONES. INDEMNIZACIÓN PERCIBIDA EN VIRTUD DE ACUERDO CON LA EMPRESA DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, HASTA LA EDAD DE JUBILACIÓN. IMPROCEDENTE

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Castilla-León, Burgos, de 6 de julio de 2007

Constituye el objeto del presente recurso la resolución del TEAR de Castilla y León, Sala de Burgos de 2006, desestimando la reclamación económico administrativa formulada por la recurrente contra el acuerdo de la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal

de Administración Tributaria de Soria, que desestima la solicitud de rectificación de declaración autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2001 en contra de las pretensiones anulatorias del recurrente referidas a la condición de las cantidades percibidas en concepto de prejubilación como indemnización derivada la extinción del contrato de trabajo y, por ello, exentas en los limites fijados por el Estatuto de los Trabajadores. Así las cosas, dos son las cuestiones que se suscitan en el presente caso como exponen las partes, por un lado si parte de las cantidades percibidas por la recurrente por la suspensión de su contrato con la entidad financiera hasta su jubilación, están exentas de acuerdo con el art. 7 de la Ley 40/1998; y por otro el tratamiento como rentas regulares o irregulares de las cantidades percibidas.

Pues bien, si atendemos a lo dispuesto en el artículo meritado en redacción otorgada por la Ley 45/2002, resulta claro que en el presente caso, como pone de manifiesto el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla y León, Sala de Burgos y desglosa el Abogado del Estado, resulta que las cantidades percibidas por la recurrente lo son en virtud de acuerdo, pactado con la empresa, de suspensión del contrato, con lo cual no existe extinción ni cese del contrato, a solicitud del trabajador. Ello justifica, según el criterio de la Sala con base en una Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007, "la no exención de la renta que pretende la recurrente, pero no compartiéndolo al ir más allá de la previsión legal extendiendo la exención analógicamente a supuestos no previstos cuando la aplicación de las exenciones ha de ser restrictiva" (FJ. 2º).

La segunda cuestión es determinar si a las cantidades percibidas mensualmente por el actor durante el ejercicio 2001, en virtud del contrato de prejubilación suscrito, les es de aplicación la reducción del 30 por 100 prevista en el art. 17.2.a) de la Ley 40/98, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A propósito de esta cuestión, como pone de manifiesto la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse con reiteración ya desde el año 2001 a propósito de prejubilaciones en otras entidades; criterio que, por lo demás, es compartido por otros Tribunales Superiores de Justicia. De este modo, la Sala viene a concluir que conforme al artículo citado de la Ley de Renta de 1998, "es indudable que en el presente caso estamos ante rendimientos que se generan de forma periódica o recurrente, pues como hemos dicho, lo pactado en el contrato de prejubilación, es una renta mensual, no revisable en el tiempo, por lo que no concurre el requisito exigido legalmente para la procedencia de tal reducción, sin que sea admisible entender que se perciben de forma fraccionada, en los términos previstos en el 2º párrafo del art. 17.2.a) de la LIRPF, ya que en caso de fallecimiento, el recurrente dejará de percibir

las rentas pactadas de los períodos no vencidos, por lo que es claro que no adquiere el derecho al cobro de una cantidad determinada. Ahondando en la cuestión, tampoco podemos decir que estemos ante un "período de generación" propiamente dicho, superior a dos años, ya que la causa inmediata que determina el devengo de esos rendimientos, no es la prestación de servicios a lo largo de un período de tiempo, sino la aceptación voluntaria de la suspensión anticipado de la relación laboral, de forma que si no se produce el cese, no se percibe cantidad alguna, y por tanto no podemos hablar de ciclo productivo. Y decimos que esas rentas no se perciben como contraprestación por unos servicios prestados a lo largo de un período de tiempo, porque la cuantía de las cantidades a percibir, no depende de la antigüedad del empleado en la empresa… Consecuentemente, hemos de concluir que no estamos ante rendimientos que tienen un período de generación superior a dos años y que no se obtienen de forma periódica o recurrente, en los términos exigidos en el art. 17.2.a) de la Ley 40/98, por lo que no procede la reducción pretendida para tal supuesto" (FJ. 4º).

Queda por examinar si los rendimientos obtenidos por el recurrente pueden calificarse reglamentariamente "como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo", segundo supuesto en el que sí procede la reducción a tenor de lo dispuesto en el art. 17.2.a) citado. Pues bien, en el presente caso, las cantidades satisfechas al recurrente son consecuencia de la suspensión por mutuo acuerdo de la relación laboral, pero no se imputan a un único período impositivo sino a varios, por lo que es indudable que no pueden calificarse como obtenidas de forma irregular en el tiempo, no procediendo por ello la reducción del 30 por 100 interesada. Es más, como afirma el Tribunal con base en la STS de 10 de mayo de 2006, "se trata de rendimientos que se perciben de forma regular y periódica, sin solución de continuidad con los haberes que viniera percibiendo en activo, sin que en ningún momento vaya a producirse una acumulación extraordinaria de rentas de un determinado ejercicio, que pudiera distorsionar la aplicación de la tarifa progresiva del impuesto, pues como hemos dicho, esas cantidades se perciben mensualmente. Además esas percepciones se perciben a la manera de rentas, y no como capitales únicos, haciéndose depender la cuantía final de acontecimientos inciertos, como la supervivencia, por lo que entendemos que el tratamiento fiscal que ha de darse a esas percepciones es el mismo que el de las rentas de jubilación. Siendo la naturaleza de estos ingresos análoga a las pensiones y derechos pasivos, no es lo mismo -como ha dicho esta Sala en otras ocasiones- que se abonen de una sola vez, a que se perciban según se van devengando, y no se olvide que se devengan en función de la supervivencia, siendo en consecuencia distinta la forma de patrimonializarse los ingresos, lo que justifica su distinto tratamiento fiscal. Al igual que, como acertadamente apunta el

Abogado del Estado, ocurre con las prestaciones de los Fondos y Planes de Pensiones, que pese a traer causa de aportaciones a lo largo del tiempo, son tratado como rentas regulares o irregulares en función del modo en que se perciba la prestación de una sola vez o mediante abonos mensuales. Téngase en cuenta, que siendo la finalidad del tratamiento de las rentas irregulares, conseguir un tratamiento justo de las rentas en relación con la progresividad del impuesto y la capacidad contributiva, dicho tratamiento justo se garantiza en este caso con el tratamiento como rentas regulares. No olvidemos que en definitiva, estas rentas se van percibiendo para mantener el nivel de renta pese a dejar de trabajar, por lo que de darse el tratamiento de rentas irregulares, resultaría que pese a ser prestaciones análogas a la jubilación y derechos pasivos, recibirían distinto tratamiento fiscal que dichas prestaciones, dándose la paradoja de que un mismo nivel de rentas, obtenido en función de un trabajo previo y devengado del mismo modo, es decir, en función de la supervivencia, sería tratado fiscalmente de distinto modo" (FJ. 5º).

4. CUANTIFICACIÓN DE LA BASE IMPONIBLE EN RENDIMIENTOS DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS. RÉGIMEN DE ESTIMACIÓN OBJETIVA. ÁMBITO DE APLICACIÓN. CUESTIONES NORMATIVAS DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 35/2006, DE 28 NOVIEMBRE

Resoluciones de la Dirección General de Tributos de 26 de abril de 2007 y 4 de julio del 2007

La nueva Ley del IRPF ha introducido, en la definición del ámbito de aplicación del método de estimación objetiva, nuevas medidas tendentes al control de estos contribuyentes. Estas medidas se pueden resumir en la inclusión tanto en el volumen de ingresos como en el de compras, de los realizados por el cónyuge, ascendientes o descendientes, en el caso de que alguno de estos familiares desarrollaran actividades similares y existiera una dirección común de tales actividades. Por otro lado, la disposición final octava.2 de la Ley 35/2006 establece que "a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, esta Ley será de aplicación a las rentas que obtenidas a partir de 1 de enero de 2007 y a las que corresponda imputar a partir de la misma, con arreglo a los criterios de imputación temporal de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sus normas de desarrollo, la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Otras Normas Tributarias y del texto refundido de la Ley Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo". Del contenido del precepto trascrito en el párrafo anterior se deriva que las disposiciones de

esta Ley 35/2006 se aplicarán a las rentas obtenidas en 2007, lo que conlleva que se aplicará para la determinación de los rendimientos de actividades económicas por el método de estimación objetiva en 2007. Por tanto, en la determinación del ámbito de aplicación del método de estimación objetiva para 2007, se deberán tener en cuenta, cuando concurran las circunstancias previstas legalmente, el volumen de ingresos o el volumen de compras obtenidos en 2006, por el propio contribuyente, por el cónyuge, los ascendientes o los descendientes del contribuyente, así como por entidades en régimen de atribución de rentas en las que participen cualquiera de las personas anteriores, ya que la referencia temporal para definir el ámbito de aplicación del método de estimación objetiva es el año inmediato anterior.

Sin embargo, la indeterminación de la norma lleva a la situación de inseguridad que se pone de manifiesto en la RDGT de 4 de julio de 2007, en el que el Centro Directivo pone de manifiesto que, respecto del caso planteado las actividades económicas desarrolladas sean idénticas o similares, se cumple en el presente caso pues ambos van a desarrollar una actividad agrícola, actividad que no se encuentra recogida en el Impuesto sobre Actividades Económicas, no siendo de aplicación a este tipo de actividad la mención al mismo grupo del Impuesto sobre Actividades Económicas recogido en el precepto legal. Por lo que se refiere a la segunda circunstancia (dirección común de tales actividades, compartiéndose medios personales o materiales), este Centro Directivo no puede pronunciarse al tratarse de una cuestión de hecho que deberá analizarse por los Órganos de gestión e inspección del impuesto. Ahora bien, lo que si se puede informar es que de darse esta circunstancia, el límite excluyente por volumen de ingresos deberá calcularse en función de los ingresos obtenidos por ambos cónyuges.

5. IMPUTACIÓN TEMPORAL DE INGRESOS Y GASTOS. DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES PAGADAS EN EXCESO POR LA APLICACIÓN INDEBIDA DEL INCREMENTO QUE LAS LEYES DE PRESUPUESTOS ESTABLECÍAN LA PARA LAS TASAS ESTATALES DE CUANTÍA FIJA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 10 de julio de 2007

La Administración liquidó y sancionó por entender que el sujeto pasivo se abstuvo incorrectamente de incluir en la base imponible del impuesto de 1998 ciertas cantidades que habían sido reconocidas como devolución de ingresos indebidos a su favor. El problema jurídico que se plantea se refiere a la fecha a la que hay que imputar, a efectos de impuesto sobre la renta de las personas físicas, las cantidades percibidas. El

demandante presentó en su momento declaración-liquidación por el impuesto sobre la renta de las personas físicas de 1998, sin incluir las cantidades a que acabamos de aludir, por entender que se debían imputar a los ejercicios en que se abonaron y en que interesado se lo dedujo, como gasto, de sus rendimientos de actividades empresariales. Sin embargo, la Administración entiende que debe imputarse al ejercicio en que se reconoce por resolución judicial o administrativa el derecho a la devolución de ingresos indebidos. Así pues, interesa determinar el momento en que se devengó el derecho a la devolución de ingresos indebidos, que equivale al momento en el que nació el derecho a reclamarlo.

A ello la Sala responde estimando que "en el presente caso nos encontramos con que el derecho a la devolución de ingresos indebidos nació y se devengó desde el momento mismo en que el ingreso se produjo, pues desde entonces pudo ser ejercitado el derecho con total evidencia. La cuestión, en este caso, a diferencia del caso de devolución de cantidades procedentes del gravamen complementario de la tasa fiscal del juego, no dependía de una declaración de inconstitucionalidad; en realidad, ni siquiera de la anulación de un Reglamento; se trataba de un puro problema de interpretación legal que podía haber sido resuelto y estimado incluso por la misma Administración, pues no había Ley ni Reglamento que le impusiera necesariamente otra conclusión. En este punto la devolución de ingresos se fundó en una mera interpretación legal sobre la inclusión o no de la tasa fiscal del juego entre las tasas estatales cuyo incremento genérico establecían anualmente las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Siendo esto así, hay que entender imputables por tanto las cantidades a los ejercicios en que las cantidades se abonaron y se descontaron como gasto en el impuesto sobre la renta de las personas físicas, pues en tal momento se devengó y nació el derecho a la devolución (al tiempo que empezaba su plazo de prescripción)" (FJ. 5º)

IX. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

1.- BASE IMPONIBLE. RENDIMIENTOS DERIVADOS DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. CÓMPUTO DE LOS ALQUILERES DEVENGADOS DURANTE LA EFECTIVA VIGENCIA DEL CONTRATO, POR EL TIEMPO EN QUE EL ARRENDADOR TUVO A SU DISPOSICIÓN EL INMUEBLE ARRENDADO

Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de junio de 2007

El motivo sobre la cuestión de fondo que se ventila en el presente recurso, es el relativo a la improcedencia de las regularizaciones prac-

ticadas por la Inspección en relación con el tratamiento de las rentas derivadas de determinados contratos de arrendamiento. Manifiesta la entidad la improcedencia de las regularizaciones realizadas por la Inspección en relación con la consideración como ingresos de alquileres nunca satisfechos por sus arrendatarios por aplicación del principio del devengo. Manifiesta que los arriendos fueron resueltos dadas las circunstancias económicos por la que pasaba la entidad, acordándose un tanto alzado por las partes, como se puso de manifiesto; circunstancias que la Inspección no tuvo en cuenta, a la hora de entender la no facturación de los alquileres. También, respecto del contrato con el arrendatario, la renta del mes de mayo de 1997, manifiesta que nunca le correspondió por lo que no expedició factura alguna, al haber estado arrendado el local hasta el 30 de abril de 1997, aunque la sentencia dictada fue de mayo de 1997, sin que fuera procedente la provisión por insolvencias, pues nunca se planteó el cobro de dicha renta. Por otra parte, alega que los gastos extraordinarios estaban cargados contablemente, siendo inherentes a la cancelación contractual. Igualmente en relación con el contrato, en la que la entidad manifiesta que sólo se facturó la cantidad de 500.000 pesetas, aplazándose la entrega de los 4.000.000 de pesetas estipulados a primeros de 1997, en lugar de pagarlos en 1996; y con el contrato de arrendamiento con otra entidad, en el que se fijaba una renta mensual de 300.000 pesetas, no percibiéndose la renta de octubre y noviembre de 1996, manifiesta que no fueron contabilizados al no haberse facturado. Alega, en relación con dichos contratos que, si no se contabilizó cantidad alguna fue debido a los pactos expresos acordados entre ambas partes.

Sobre la regularización derivada del contrato de arrendamiento con la primera entidad por la que la Inspección incrementó el resultado contable de la recurrente por las cantidades contabilizadas y anuladas correspondientes a los meses de alquiler de enero y febrero, por la renta del mes de marzo no contabilizada y por los gastos contabilizados y anulados repercutidos al inquilino, la Inspección y la resolución impugnada aplican el criterio del devengo, dada la puesta a disposición durante dichos tres meses del inmueble en favor de la entidad arrendataria, contabilizando la entidad dichos ingresos, que luego anula al retrotraer la resolución del arrendamiento a fecha de 1 de enero de 1996.

Pues bien, la Sala acepta este argumento "dado que la realidad fáctica del cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato se mantuvieron vigentes durante los tres primeros meses, gozando el arrendatario durante eses período de la cosa arrendada, estando a su disposición, y el arrendador tenía derecho al precio de alquiler, que con-

tabilizó, conforme a lo establecido en el art.1543, del Código Civil. A ello, no es óbice alguno el acuerdo alcanzado por las partes sobre la eficacia de la rescisión del referido contrato, pues, primero, queda limitada al ámbito interno de las mismas, conforme a lo establecido en al art. 1257, del Código Civil; y segundo, porque, según el art. 36 de la Ley General Tributaria, "La posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas.". Por ello, se confirma la regularización" (FJ. 5º).

2.- RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS FUSIONES, ESCISIONES, APORTACIONES DE ACTIVOS Y CANJE DE VALORES: REQUISITO DE AUSENCIA DE FINES DE EVASIÓN: APORTACIÓN NO DINERARIA REALIZADA COMO MEDIDA DE RACIONALIZACIÓN Y OPTIMIZACIÓN DE LA ESTRUCTURA EMPRESARIAL A NIVEL ORGANIZATIVO

Resolución de la Dirección General de Tributos de 14 de mayo de 2007

La DGT dicta, con carácter vinculante, Resolución contestando a la consulta formulada sobre la aplicación del régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores. El Centro directivo, tras partir del análisis de los preceptos que se ocupan del tema en el TRLIS, señala que el fundamento del régimen especial reside en que la fiscalidad no debe ser un freno ni un estímulo en las tomas de decisiones de las empresas sobre operaciones de reorganización cuando la causa que impulsa su realización se sustenta en motivos económicos válidos, en cuyo caso la fiscalidad quiere tener un papel neutral en esas operaciones. Por el contrario, cuando la causa que motiva la realización de dichas operaciones es meramente fiscal, esto es, su finalidad es conseguir una ventaja fiscal al margen de cualquier razón económica diferente, no es de aplicación el régimen especial. En el escrito de consulta se indica que la finalidad de esta operación consiste en preservar los inmuebles de los riesgos inherentes a las actividades de las filiales a las que actualmente éstos se encuentran afectos, diversificando de este modo el riesgo, dado el volumen de negocio de las filiales y el número de trabajadores de las plantillas; de concentrar los inmuebles en una sola entidad con la finalidad de simplificar y centralizar la gestión de los mismos, lográndose así una mayor racionalización y optimización de la estructura empresarial a nivel organizativo; de permitir que las filiales se dediquen exclusivamente al desarrollo de su actividad empresarial a fin de lograr una mayor racionalización y optimización de

la actividad de cada filial; así como refinanciar al grupo en la forma más ventajosa posible, reduciendo así los costes de financiación. Por ello, para la DGT estos motivos se pueden considerar económicamente válidos a los efectos de lo previsto en el artículo 96.2 del TRLIS, debiendo tenerse presente, no sólo las consecuencias que estas operaciones muestran en el ITPAJD, así como a efectos de valoración como operaciones vinculadas que, tras la aprobación de la Ley 36/2006, deberá llevarse a cabo conforme a la regla imperativa de valoración que determina como tal el valor de mercado, a salvo de la pertinente comprobación administrativa en caso de incumplimiento.

3.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 20 de junio de 2007

De manera sintética la problemática que se suscita en el presente procedimiento es la siguiente: La Inspección de Hacienda en virtud de procedimiento de comprobación tributaria levantó actas de liquidación a la Caja con fecha 1-8-2000 como consecuencia de dotaciones para provisión de insolvencias y cobertura de activos adquiridos en los años 92 a 95, que la Caja estimó como gastos y la Inspección los trataba como ingresos, procediendo a ajustar positivamente la base imponible del Impuesto. Estas dotaciones al ser recuperadas por cobro de los créditos garantizados se declararon ingresos en los ejercicios de 96 al 99. Como consecuencia de haberse imputado los ingresos a los años 92 al 96, tal y como los regularizó la Inspección, y no desde el 96 al 99, la Caja solicitó la devolución de los pagos indebidos realizados al Impuesto de Sociedades. La recurrente en fecha de 6 de noviembre de 2000 presentó solicitud de impugnación y rectificación de las declaraciones-liquidaciones correspondientes al impuesto de sociedades en la que reclamaba la devolución de los ingresos indebidos.

Pues bien, el debate se plantea exclusivamente en determinar si respecto de las cantidades ingresadas mediante pagos a cuenta el abono de los intereses se generan desde el sexto mes posterior a la solicitud de rectificación, que se cuentan a partir del 6-5-2001 o por el contrario como sostiene la actora los seis meses se deben computar desde el último día del período voluntario de liquidación correspondiente al ejercicio, lo cual determinaría el derecho a percibir unos intereses adicionales de 23.292.739 y 15.178.702 pesetas por los ejercicios de 1996 y 1997, computados respectivamente desde el 25-1-98 y 25-1-99. A juicio de la Sala, y conforme a lo dispuesto en el art. 45 de la Ley 43/1995, así con

en el art. 11 de la Ley 1/1998, estima que La Sala no comparte la distinción que se realiza por parte de la Administración entre ingresos indebidos y excesivos. Aparte de que se trata de una distinción artificiosa tal y como ponen de relieve los arts. 8 y 9 del RD 1163/90, de 21 de septiembre, que atribuye también el carácter de indebidos a los excesos en los ingresos por el concepto de retenciones y repercusiones, no puede pasar desapercibido que en el presente caso el carácter excesivo, como gusta llamar la Administración al pago de más de lo debido, de los ingresos no obedece a la dinámica normal de los ingresos a cuenta realizados a lo largo del ejercicio en que se devengan para regularizarlos al final del mismo, sino como consecuencia de una duplicidad en el pago que debe realizar el contribuyente como consecuencia de la regularización efectuada por la Administración que obliga a pagar al contribuyente en dos ocasiones distintas por el mismo concepto de las dotaciones recuperadas, tanto en el 92 al 95 como en el 96 a 99. Tampoco se comparte la apreciación de que la recurrente deba soportar las consecuencias derivadas del error cometido por no haber liquidado bien las dotaciones con las que constituyó provisiones en los ejercicios del 92 al 95. El supuesto error cometido fue subsanado por la recurrente tras la regularización a que fue sometida por la Inspección. Pero subsanado el error y efectuado el ajuste que indicó la Inspección tributaria hasta el punto de que la Administración reconoce el derecho a la devolución de los pagos en exceso en los ejercicios a los que la sociedad imputó las dotaciones, todos los vestigios o consecuencias adversas o desfavorables de ese supuesto vicio en el que se incurrió deben desaparecer ya que de lo contrario se convertiría en insubsanable o incorregible penalizando un comportamiento lícito tras la rectificación. No se puede sancionar el comportamiento de la actora reconociendo el derecho a los intereses desde el día de la rectificación -descontando los seis meses de vacatio- sobre la base de un supuesto error que se enmendó satisfactoriamente pagando la liquidación pertinente con sus correspondientes recargos y por el contrario negarle el derecho a la devolución de unos ingresos excesivos percibidos por la Administración, que ella misma reconoce haber obtenido en exceso con fundamento en ese error ya disipado y corregido, manteniendo su subsistencia cuando se pretende que el pago de los intereses se realice a contar desde la fecha de la solicitud de rectificación y no en la que finaliza el período voluntario de liquidación correspondiente a los ejercicios del 96 y 97 como solicita la Caja recurrente. Además nada tendría que ver el supuesto error cometido con la obligación de devolver a cargo de la Administración. Desde el momento en que hubo duplicidad en el pago surgieron los ingresos indebidos con la consiguiente obligación de devolución (art. 1895 del CC). Resultaría paradójico referirse a la negligencia o error como comportamiento viciado del contri-

buyente y, por contra, admitir su derecho a la devolución, por lo que, en definitiva, la discusión debe ser reconducida, reconocido el derecho a la devolución, al momento a partir del cual se deberían percibir los intereses" (FJ. 3º).

X. NO RESIDENTES

1. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. OPERACIONES VINCULADAS. PRECIOS DE TRANSFERENCIA

Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de septiembre de 2007

En el asunto sometido a la consideración de la Audiencia, la Inspección procede a una regularización tributaria del Impuesto sobre Sociedades, en cuanto a las cantidades satisfechas por cierta entidad no residente, alemana, a otra española (ambas del mismo grupo), como consecuencia de la participación de ésta última en los trabajos de desarrollo de determinado modelo de vehículo. La Sentencia aplica la doctrina de los «precios de transferencia» (como es sabido, así denominados ya que «permiten transferir el beneficio de unas sociedades a otras, por conveniencias muy diversas, entre ellas la minoración de la carga fiscal» -FJ. 3.º-).

La Inspección regularizó aplicando el «método del coste incrementado», en virtud del cual «se añade al valor de adquisición o coste de producción del bien o servicio el margen habitual en operaciones idénticas o similares con personas o entidades independientes o, en su defecto, el margen que personas o entidades independientes aplican a operaciones equiparables». Este sistema de regularización está justificado en el presente caso, pues constituyen el objeto de la valoración "los «trabajos», los servicios prestados por la entidad recurrente". «La no asunción de riesgos por parte de la entidad prestadora de tales servicios viene a corroborar la aplicación de este método» (FJ. 4.º).

Ahora bien, subrayamos que, como señala la Audiencia Nacional, el referido margen ha de aplicarse sólo por lo que respecta a los trabajos que haya realizado la entidad vinculada. Por lo tanto, no se han de considerar aquellos otros que (aun siendo facturados por dicha entidad) hayan realizado proveedores externos (y es que tales trabajos se sitúan en el ámbito de las relaciones comerciales mantenidas con terceros, lo que les excluye del concepto de «operaciones vinculadas») -FJ. 6.º-.

XI. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

1. ADQUISICIONES *<<INTER VIVOS>>*. REDUCCIONES. PARTICIPACIONES EN ENTIDADES

Sentencia de 6 de octubre de 2006 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

En la sentencia objeto del presente comentario la Sala procede al análisis de las condiciones que han de cumplirse para proceder al disfrute de la reducción establecida en el art. 20.6 de la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En efecto, se trata, sencillamente, de dilucidar si la bonificación del 95 por 100 que se aplica a la donación de participaciones sociales, en virtud del art. 20.6 de la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, ha de tomar como referencia las condiciones del apartado 8º del art. 4º de la Ley 19/1991, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio, tomando en consideración si dichas condiciones habían de cumplirse en el ejercicio en el que se celebra la donación o en el inmediatamente anterior.

Así pues, la cuestión es que en el momento en el que se celebra la donación, el día 10 de diciembre de 1999, el donatario cumplía la condición de ejercer efectivamente funciones de dirección en la entidad cuyas participaciones sociales se le donaron y percibía por ello una remuneración que representaba más del 50 por 100 de la totalidad de sus retribuciones, si bien, la concurrencia de tales condicionantes sólo consta acreditada en el año 1999, año en el que tiene lugar la donación mencionada, y no, respecto del ejercicio anterior.

La Sala, tras analizar los argumentos esgrimidos en la Resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de marzo de 1999 y para el Impuesto sobre el Patrimonio, respecto de la exención en éste último de las transmisiones *mortis causa,* atendiendo a la fecha del fallecimiento que, como tal interrumpe el periodo impositivo en el IRPF y, tomando en consideración que en las donaciones no se produce tal interrupción, la fecha del devengo ha de ser la del Impuesto sobre el Patrimonio que es la de 31 de diciembre del año de la donación.

No obstante, la fiel observancia de tales argumentos determinaría la improcedencia de la reducción, por cuanto carecería de sentido estimar cumplidas unas condiciones veinte días antes del momento del devengo de los tributos, en la medida en que las mismas pudieran verse modificadas en el plazo citado.

Tal conclusión, a juicio de la Sala, desvirtúa cualquier parámetro de seguridad jurídica en la interpretación que a ello conduce, por lo que todo ello le lleva a mantener la procedencia de la reducción atendiendo al cumplimiento de las condiciones legalmente establecidas para su aplicación en el momento de celebración del acto *inter vivos.*

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1.- DEDUCCIONES. OPERACIONES CUYA REALIZACIÓN ORIGINA EL DERECHO A LA DEDUCCIÓN: DEDUCCIÓN EN FUNCIÓN DE LAS OPERACIONES EN QUE SE UTILICEN LOS BIENES O SERVICIOS. SUPUESTOS. IGLESIA CATÓLICA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 28 de junio de 2007

El sustrato fáctico que motivó la imposición Del presente recurso Contencioso-Administrativo, deriva de la actuación de la mercantil recurrente. Se considera improcedente por la Administración, la actuación de la mercantil actora, consistente en efectuar deducción de cuotas soportadas por importe superior al procedente, como consecuencia de no haber aplicado la regla de prorrata, pese a haber realizado operaciones exentas sin derecho a la deducción. Como consecuencia de dicha actuación, devino la doble circunstancia de falta de ingresos de parte de la deuda tributaria, así como la improcedente acreditación de cuotas a compensar en períodos siguientes, lo que lleva a la Administración a sancionar a la recurrente, en virtud los artículos 79.a) y 79. d) LGT DE 1963. Expresa la demanda que la recurrente es contratista de obras de albañilería, y que fue contratada por la fundación XX para realizar la reforma del edificio propiedad de está última, por un importe global de 48.241.602 pesetas sin IVA, si bien apunta, que posteriormente, fue reconocida a la citada Fundación por parte de la AEAT, la exención del impuesto del IVA, con relación al edificio objeto de reforma de contratación a la recurrente.

Pues bien, con base en distintas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, de fechas 20 de febrero de 2002 y 7 de mayo de 2001, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña estima que "En este orden de cosas, la Sala estima que por prescripción legal el IVA soportado para la realización de obras (entregas de bienes o prestaciones de servicios, como es el caso objeto de estudio), relacionadas con operaciones exentas, no puede ser objeto de deducción, puesto que la Ley ha convertido al contratista que realiza una operación con una entidad exenta de tributación -en este sentido podría hablarse de exención subjetiva- en consumidor final, de forma que tendrá que sopor-

tar el impuesto que haya tenido que abonar a sus proveedores para tal fin, si es que los hay. El apoyo a esta tesis puede encontrarse en la interpretación que realizó la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 29.2.88, norma dictada precisamente para aclarar e interpretar el alcance de la no sujeción y las exenciones establecidas por los artículos III y IV del Acuerdo con la Santa Sede; y entre otros puntos, dispuso que la entidad solicitante, esto es, la Entidad Eclesiástica, entregará a su proveedor una copia del documento el que se reconozca la exención para que no auto liquide ni repercuta el Impuesto, y sirva de justificante a efecto de comprobación administrativa". En estos supuestos, junto con otros que analiza la citada Sentencia, "..existe un nexo común, cual es entender que el empresario que contrata con entidades exentas o que realiza operaciones exentas por la causa de que se trate, se encuentra en la última fase del proceso del Impuesto, sin posibilidad de utilización ulterior, de forma que no podrá deducirse el IVA soportado, equiparando a dicho empresario al consumidor final. De forma que sólo le quedaría la posibilidad de incrementar los costes de producción para compensar la partida de Impuesto que no puede deducir, cosa que le vino a reconocer más o menos veladamente la Administración al hoy recurrente. Teniendo en cuenta para todo ello que la exención prevista en el Acuerdo con la Santa Sede lo es únicamente para la Iglesia Católica, que por cierto no obtiene la exención, como pretende la Administración en las Resoluciones antecitadas de la Dirección General de Tributos, por concesión graciosa de la misma, sino en base al reconocimiento plasmado en el Convenio Internacional, de forma que la Hacienda Pública sólo efectúa una mera comprobación de la concurrencia de los requisitos formales. Y ello sin que la Sala desconozca las críticas doctrinales que ha merecido esta cuestión, sobre todo por parte de un señalado sector de autores italianos -analizando la Sexta Directiva comunitaria-, que entienden contradictorio el pretendido carácter neutral del impuesto con la negativa a deducir el IVA repercutido, aunque sólo sea en los bienes exentos.." (FJ. 4º).

2.- BASE IMPONIBLE EN ENTREGAS DE BIENES Y PRESTACIONES DE SERVICIOS: PARTIDAS EXCLUIDAS DE LA BASE IMPONIBLE. INDEMNIZACIONES QUE NO CONSTITUYAN CONTRAPRESTACIÓN

Resolución de la Dirección General de Tributos de 12 de julio de 2007

La DGT dicta, con carácter vinculante, Resolución contestando a la consulta formulada en relación a la tributación de las cantidades percibidas por los miembros de una asociación de comerciantes de un centro comercial en concepto de lucro cesante para paliar los efectos de

su inactividad comercial temporal durante el período de construcción de un nuevo local. Pues bien, según lo dispuesto en el PGC y en el TRLIS las cantidades que los asociados han recibido de la Asociación, en marzo y diciembre de 2006, en concepto de lucro cesante para paliar los efectos de su inactividad comercial temporal durante el período de construcción del nuevo centro comercial, tendrán la consideración de ingreso del período o períodos impositivos, dentro de 2006, en el que resulten exigibles las citadas cantidades, y formarán parte de la base imponible del período o períodos, si existiera más de uno durante 2006, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 del TRLIS. Pro su parte, y conforme a lo dispuesto en el IRPF, tendrán la consideración de rendimiento de actividades económicas de modo que si el período de generación del rendimiento derivado de la percepción de la cantidades en concepto de lucro cesante es superior a dos años y, además, el cociente resultante de dividir el número de años correspondiente al período de generación, computados de fecha a fecha, entre el número de períodos impositivos de fraccionamiento, es superior a dos, será aplicable la reducción del 40 por ciento sobre el rendimiento neto.

Por lo que hace mención a su tratamiento en el IVA, con base en lo dispuesto en el art, 4 LIVA, como en el art. 78 del mismo cuerpo dispositivo, deriva que no se incluirán en la base imponible «las cantidades percibidas por razón de indemnizaciones, distintas de las contempladas en el apartado anterior que, por su naturaleza y función, no constituyan contraprestación o compensación de las entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto.

Respecto a la posible existencia o no de determinadas entregas de bienes y/o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido en el supuesto de hecho a que se refiere el escrito de consulta, resultan de interés para el Centro Directivo los criterios fijados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus sentencias de 29 de febrero de 1996, Asunto C-215/94, y de 18 de diciembre de 1997, Asunto C-384/95. Con base en los argumentados fijados por el Tribunal de Justicia, la Dirección General de Tributos concluye que de acuerdo con la información contenida en el escrito presentado, los comerciantes asociados van a recibir una determinada cantidad destinada a compensarles, en unos casos, por el lucro cesante derivado de la inactividad temporal por la construcción del nuevo centro comercial y, en otros, por el abandono y cese de la actividad empresarial que hasta la fecha han llevado a cabo. En este sentido, y conforme a la citada jurisprudencia, dichas cantidades han de considerarse de naturaleza indemnizatoria en los términos a que se refiere el artículo 78.Tres.1º de la Ley

37/1992, por lo que no formarán parte de la base imponible del impuesto, al no ser contraprestación de una operación sujeta al mismo. En consecuencia, los comerciantes no deberán repercutir el impuesto con ocasión de la percepción de las citadas indemnizaciones.

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS. TRANSMISIÓN DE VALORES. APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES Y EXCEPCIONES A LA EXENCIÓN

Resolución de la Dirección General de Tributos de 17 de abril de 2007

El primer apartado del artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio) señala que la transmisión de valores, admitidas o no a negociación en un mercado secundario oficial, estará exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. No obstante, el apartado segundo de este artículo contiene dos excepciones a la regla general de exención, que pretenden evitar que bajo la apariencia de una mera transmisión de valores o aportación no dineraria seguida de la transmisión de las acciones recibidas se encubran auténticas transmisiones de bienes inmuebles. En tales casos, la operación estará sujeta y no exenta a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y el tipo de gravamen aplicable será el correspondiente a la transmisión onerosa de bienes inmuebles (normalmente, el 7%).

Como es sabido, el artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores (LMV) ha sufrido una importante modificación por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Aunque la exposición de motivos de esta última Ley no ofrece explicación alguna sobre el objetivo de esta reforma, con dicha modificación se ha ampliado el ámbito de aplicación del precepto, se han introducido mejoras destinadas a aclarar las muchas dudas interpretativas que ha suscitado su aplicación (en particular por lo que se refiere al cálculo de la base imponible), así como se ha ofrecido una respuesta contraria a ciertas interpretaciones jurisprudenciales que habían pretendido flexibilizar su aplicación.

Los importantes cambios experimentados por esta concreta medida contra el fraude inmobiliario aconsejan tener muy en cuenta los

primeros pronunciamientos de la Administración tributaria acerca de la nueva redacción del precepto. Entre ellos cabe destacar la Resolución de la Dirección General de Tributos de 17 de abril de 2007 objeto del presente comentario.

Las dos entidades consultantes tienen una participación del 49,16% en el capital social de ZZ. S.A., sociedad dedicada fundamentalmente a actividades de promoción y explotación de negocios inmobiliarios, localizados principalmente en España. Ambas entidades se proponen efectuar una oferta pública de venta de las acciones de ZZ. De forma previa a la oferta pública de venta, las dos entidades tienen intención de constituir una sociedad *holding,* de responsabilidad limitada, a la que cada una aportará un 25,50% del capital social de ZZ, de forma que la sociedad *holding* poseerá una participación del 51% del capital social de ZZ, mientras que las entidades consultantes tendrán, cada una, el 50% de la sociedad *holding*. Con motivo de la oferta pública de venta de ZZ, ambas entidades se desprenderían, total o parcialmente, de las acciones de ésta. Mediante la consulta formulada se desea conocer el tratamiento tributario de las distintas operaciones a los efectos del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Partiendo de la premisa de que el activo de ZZ está integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España (extremo que las consultantes no aclaran, pero que la DGT asume dado el objeto social de la entidad y la índole de las consultas formuladas), la DGT señala, en primer lugar, que, atendiendo a la nueva redacción del artículo 108.2 de la Ley del Mercado de Valores, "[l]a constitución de la sociedad *holding* no supone la adquisición del control de la sociedad ZZ por parte de ninguno de los dos aportantes de acciones de dicha sociedad a la sociedad *holding*, por lo que dicha constitución no estará sujeta a la excepción a la exención del Impuesto sobre el Valor Añadido o de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD, prevista en el apartado 2 del artículo 108 de la citada Ley".

En cambio, "la constitución de la sociedad limitada *holding* a que se refiere el escrito de consulta estará sujeta a la modalidad de operaciones societarias del ITPAJD por el concepto de «operaciones societarias»" (art. 19.1.1 TRLITPAJD).

En cuanto a la tributación de la transmisión de acciones de ZZ por la sociedad limitada *holding* una vez transcurrido el plazo de un año desde su admisión a negociación en la Bolsa de Valores, la DGT indica que la operación estará sujeta pero exenta del Impuesto sobre el Valor

Añadido, según prevé el art. 108.1 de la LMV. "No obstante lo anterior, al tratarse de la transmisión de acciones de una sociedad (ZZ) que parece cumplir el requisito de que su activo está constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español, o en su activo se incluyen valores que le permiten ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50% por inmuebles radicados en España, podría ser aplicable la excepción regulada en la legra a) del apartado 2 del artículo 108 de la LMV, en cuyo caso la transmisión de tales acciones debería tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD como transmisión de bienes inmuebles, en los términos recogidos en dicho precepto".

Sin embargo, puesto que, de acuerdo con los datos suministrados en la consulta, la transmisión de las acciones de ZZ se efectuaría una vez transcurrido un año desde la admisión a negociación de los valores de ZZ en la Bolsa de Valores, resultaría aplicable lo dispuesto en el nuevo apartado 4 del artículo 108, "con la consecuencia de que no se aplicaría la excepción del apartado 2 (tributación por transmisiones patrimoniales onerosas como transmisión de bines inmuebles), sino la regla general regulada en el apartado 1 del citado artículo (exención de la transmisión de valores)".

Finalmente, se consulta acerca de la tributación de la adquisición del control indirecto de ZZ por parte de las entidades consultantes mediante la adquisición de participaciones de la sociedad limitada *holding*, en el momento en que ésta última participe en menos del 50% del capital social de ZZ y una vez transcurrido el plazo de un año desde la admisión a negociación de esta entidad en la Bolsa de Valores. La DGT afirma que, de acuerdo con el artículo 108.1 de la LMV, dicha operación estará sujeta pero exenta de IVA, sin que resulte aplicable la excepción de la letra a) del artículo 108.2, ya que "el activo de la entidad cuyos valores se transmiten ni está constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español, ni incluye valores que le permitan ejercer el control en otra entidad cuyo activo esté integrado al menos en un 50 por 100 por inmuebles radicados en España".

2. OPERACIONES SOCIETARIAS. EXENCIONES. DISOLUCIÓN CON LIQUIDACIÓN DE SOCIEDADES PATRIMONIALES

Resolución de la Dirección General de Tributos de 19 de abril de 2007

El consultante tiene una sociedad limitada patrimonial con bienes inmuebles que quiere liquidar en el año 2007 con adjudicación a los

socios de los bienes inmuebles en proporción al porcentaje que tenga cada uno en el capital social de la entidad. Se pregunta a la DGT si la disolución debe tributar sólo por el concepto operaciones societarias del ITP y AJD, por el hecho imponible de disolución de sociedades (y, si en tal caso, podría beneficiarse de la exención prevista en la disposición transitoria vigésima cuarta del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, introducida por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre), o si, además, debe tributar cada socio por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas por la adjudicación de los inmuebles.

En relación con la cuestión planteada, la DGT señala que de acuerdo con los artículos 1.2, 4, 19.1.1º y 25.5 del TRLITP y AJD, la disolución de una sociedad limitada, con entrega a los socios de los bienes inmuebles que integran el patrimonio social en proporción a sus respectivas participaciones en el capital social de la entidad, estará sujeta a la modalidad de operaciones societarias, siendo la base imponible el valor real de los inmuebles que reciba cada socio. Sin embargo, la nueva disposición transitoria vigésima cuarta del TRLIS prevé la exención de la disolución de sociedades patrimoniales siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la citada disposición. En concreto, que hubieran tenido la consideración de sociedades patrimoniales, de acuerdo con lo establecido en el Capítulo VI del Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en todos los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2005 y que la mantengan hasta la fecha de su extinción; y que en los seis primeros meses desde el inicio del primer período impositivo que comience a partir del 1 de enero de 2007 se adopte válidamente el acuerdo de disolución con liquidación y se realicen con posterioridad al acuerdo, dentro del plazo de los seis meses siguientes a su adopción, todos los actos o negocios jurídicos necesarios, según la normativa mercantil, hasta la cancelación registral de la sociedad en liquidación.

La sujeción a la modalidad de operaciones societarias impide que la disolución de la sociedad limitada con entrega de patrimonio social a los socios tribute en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del mismo impuesto por la entrega de inmuebles a los socios, pues dicha entrega forma parte de la disolución y liquidación de la sociedad limitada.

Por el contrario, la adjudicación de bienes y derechos a los socios por un valor superior al que corresponda a su participación estará sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, por el hecho imponible de exceso de adjudicación en los términos establecidos en el artículo 7.2. B) del TRITP y AJD.

3. OPERACIONES SOCIETARIAS. BASE IMPONIBLE. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE UNA SOCIEDAD PRODUCIDA ANTES DE SER EXIGIBLE EL DESEMBOLSO DEL CAPITAL SUSCRITO Y NO DESEMBOLSADO.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 30 de abril de 2007

Tras otorgar escritura pública por la que se elevaban a públicos los acuerdos de disolución y liquidación de una sociedad, los socios que la integraban procedieron a presentar sus respectivas autoliquidaciones por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Operaciones Societarias. Sin embargo, la Dependencia gestora consideró que la base imponible de la disolución de la sociedad era superior a la determinada por los contribuyentes, pues debía incluirse la partida de dividendos pasivos pendientes de desembolsar en el momento de liquidación del haber social y que figuraba en el activo del balance. Por ello, giró liquidación resultando una diferencia de cuota a ingresar de 1.984.301 pesetas, frente a la cual la actora interpuso reclamación económico-administrativa que dio lugar a la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña, de 13 de marzo de 2003, desestimatoria de la reclamación y objeto de revisión jurisdiccional ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña.

La resolución administrativa impugnada considera que el artículo 42 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre) establece la obligatoriedad de que el accionista aporte a la sociedad la porción de capital no desembolsada en la forma y dentro del plazo previstos por los estatutos o, en su defecto, por acuerdo o decisión de los administradores y, en consecuencia, la parte del capital suscrito y no desembolsado constituye un verdadero crédito que la sociedad ostenta frente a los socios, y como tal aparece en el balance (art. 175 de dicho Texto Refundido). Así pues, la condonación de los dividendos pasivos supone un efectivo desplazamiento patrimonial de la sociedad a los socios y tal derecho de crédito queda incluido en la expresión "derechos entregados a los socios" del artículo 25.5 del Texto Refundido del ITP y AJD (Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre).

Sin embargo, es otro el parecer de la Sala. En el presente caso, al constituir la sociedad, los socios efectuaron el desembolso mínimo previsto en el artículo 12 de la Ley de Sociedades Anónimas y acordaron en la escritura de constitución, que el resto del capital sería desembolsado por los suscriptores de las acciones, en proporción a su titularidad

en efectivo metálico en el plazo de cinco años, a contar desde ese día, 12 de junio de 1991. "Ninguna controversia se plantea respecto del hecho de que la disolución y liquidación de la sociedad se produce antes del vencimiento de dicho plazo, ni sobre la inexistencia de acuerdo o decisión de los administradores que fijara otro más breve, ni, por último, sobre la inexistencia de acreedores pendientes de liquidar. No encontrándose los accionistas en la situación de mora prevista en el artículo 43 LSA, que es la que faculta a la sociedad a reclamar el cumplimiento de la obligación de desembolso o a ejecutar los otros medios de reintegración, la necesidad del desembolso del capital pendiente de aportar, disuelta la sociedad, pasaba por la existencia de deudores, cuya inexistencia tampoco ha quedado contradicha". Por todo ello, entiende la Sala "que la disolución y liquidación de la sociedad, producida antes de ser exigible el desembolso del capital suscrito por la actora y no desembolsado por la misma extinguió la obligación de aportación del socio, no produciéndose en este caso en lo que toca a la cuestión controvertida una real entrega de derechos entre la sociedad y el socio" (FJ. 4º).

4. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. HECHO IMPONIBLE. ESCRITURA DE MODIFICACIÓN DEL VALOR DE ACCIONES SOCIALES SIN ALTERACIÓN DE LA CIFRA DE CAPITAL SOCIAL

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2007

Esta sentencia estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad XX. S. L. contra una sentencia de 20 de julio de 2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que, confirmando el criterio del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña, se considera que una escritura de modificación del importe nominal de las acciones, sin variar cuantitativamente el capital social ni alterar la valoración de la cartera de acciones correspondientes a cada accionista tras el oportuno canje, estaba sujeta a la cuota gradual del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. A juicio de la sociedad recurrente, el criterio mantenido en esta sentencia es contradictorio con el mantenido por la misma Sala y Sección en la sentencia de 28 de enero de 2000.

La Sala Tribunal Supremo recuerda, en primer término, que su sentencia de 18 de enero de 2006 declaró la ilegalidad del artículo 75.6 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento del ITP y AJD que, en su redacción primitiva, disponía: "Las (primeras copias de las escrituras notariales) que documenten el cambio de valor de

las acciones de una sociedad o de su condición de nominativas o al portador estarán sujetas a la cuota gradual de Actos Jurídicos Documentados sobre la base del valor nominal de las acciones cuyo valor o condición se modifique". La doctrina establecida en ese pronunciamiento, reproducida en el fundamento jurídico quinto de la sentencia objeto de comentario, fue reiterada en la sentencia de 3 de noviembre de 2006.

Asimismo, advierte que esta Sala, de forma reiterada, ha declarado que, "por el mero hecho de que las escrituras que documenten determinadas operaciones (transformación de la sociedad, cambio de su condición de acciones nominativas o al portador, «destrucción» de títulos previamente amortizados) contengan la expresión de la cifra del capital social o de la parte del mismo afectada por la operación, nunca ha considerado tales instrumentos representativos de un objeto consistente en cantidad o cosa valuable".

Pero, además, "si la sociedad resultó gravada en el momento de su constitución o, en su caso, de ampliación de capital por el concepto de «operaciones societarias» y con arreglo a una base constituida por la cifra del nominal del capital social o la representativa de la ampliación, habrá que recordar que, con arreglo a la Directiva Comunitaria 69/335/CEE, del Consejo, de 17 de julio de 1969, está vedado para los Estados miembros cualquier impuesto indirecto que presente las mismas características que el que gravita sobre las aportaciones de capital, o los impuestos, sobre las modificaciones de la escritura constitutiva de la sociedad o de sus estatutos que no impliquen mutación de ese capital. El gravamen, por el concepto de A.J.D., de un mero cambio de valor de las participaciones –que ninguna repercusión produce en la cifra del capital ni ninguna aportación implica para los socios– significaría, también, una vulneración de las previsiones de la Directiva mencionada, tal y como se desprende de las dos sentencias de 3 de noviembre de 1997 de esta Sala".

En caso de someter a tributación la escritura que documente el cambio de valor nominal de las participaciones se estaría produciendo una sobreimposición, lo que intenta eliminar la Directiva citada, puesto que el valor nominal de las participaciones quedó gravado por el Impuesto sobre Operaciones Societarias en el momento de la constitución o ampliación de capital. Dicha sobreimposición contraviene la Directiva "que prohíbe, con carácter general, establecer impuestos adicionales a los que graven la constitución o aumento del capital sobre los títulos representativos de dicho capital social, precisamente porque este capital ya ha sido gravado en la constitución de la sociedad o aumento de su capital (art. 10 en relación con el art. 4)".

Finalmente, la Sala señala que el criterio mantenido en la sentencia recurrida para fundamentar la resolución –el de si el cambio de valor de las participaciones con el fin de darles un valor nominal de cifra entera, sin decimales, más fácilmente manejable, era o no estrictamente necesario a los fines de las operaciones de reducción y ampliación ya sometidas a tributación– no es el que la sentencia de contraste y la doctrina de este Tribunal Supremo ha tenido en cuenta a la hora de determinar si una escritura de modificación del importe nominal de las acciones o participaciones de una sociedad está o no sujeta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. El criterio determinante en esta materia de modificación del valor de las acciones o participaciones sociales es el de si con esa modificación se ha alterado la cifra de capital social. Y en el caso que nos ocupa la creación de nuevas participaciones con canje a los socios de los preexistentes, y con un valor nominal que se modifica respeto de las anteriores, no constituye una cantidad o cosa valuable, pues si bien se entrega a los socios unas participaciones con un valor nominal inferior al de las participaciones que ya poseían, lo cierto es que su participación en el capital social, y por ende sus derechos, son los mismos que con anterioridad, pues ese mayor valor nominal de las nuevas participaciones se compensa con la adjudicación a cada socio de un número superior de participaciones a las que ya poseía con anterioridad". En conclusión, "dado que el capital social no varía y dado que la participación de cada socio posee en dicho capital es idéntica, antes y después de la transformación, ésta no puede ser objeto de tributación por el ITP y AJD en el concepto A.J.D." (FJ. 5º).

XV. IMPUESTOS AUTONÓMICOS Y FORALES

IMPUESTO SOBRE LA CONTAMINACIÓN ATMOSFÉRICA DE GALICIA. INEXISTENCIA DE VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD. DEFICIENCIA TÉCNICA NORMATIVA CARENTE DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL. NO GRAVA LA ACTIVIDAD DE PRODUCCIÓN ELÉCTRICA SINO LA EVENTUAL ACTIVIDAD CONTAMINANTE DE COMPAÑÍAS ELÉCTRICAS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 2007

La presente sentencia desestima un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de La Coruña, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que desestimaba a su vez otro recurso contra el Decreto 29/2000, de 20 de enero, por el que se aprobaba el Impuesto sobre Contaminación Atmosférica publicado en el DOGA n.º 34 de 18

de febrero de 2000 y el Reglamento del Impuesto sobre Contaminación Atmosférica dictado por la Consellería de Economía y Hacienda de Galicia.

Entre los motivos en los que se funda el recurso de casación podemos destacar: En primer lugar, por vulneración de los artículos 133.2, 156.1 y 157.3 de la CE, en relación con el artículo 6.º.3 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA). El segundo motivo es por vulneración del artículo 31.1 de la CE por el carácter discriminatorio del impuesto; y por último por vulneración de competencias reservadas al Estado por el artículo 149.1.25 de la CE.

Pero el Tribunal Supremo, en primer lugar, antes de pasar a dilucidar los motivos por los que se interpone el recurso establece que el hecho de que se impugne el Decreto por motivos que derivan directamente de hipotéticas infracciones de la Ley contra preceptos constitucionales no convierte el recurso en inadmisible. En efecto, establece el Alto Tribunal que lo que ocurre es que si concurrieran las vulneraciones constitucionales denunciadas por las recurrentes, el pronunciamiento no podía ser de estimación del recurso como pretenden las recurrentes, sino que requeriría el planteamiento de la Cuestión de Inconstitucionalidad con respecto a la Ley 12/1995, de 29 de diciembre de Galicia reguladora del Impuesto sobre Contaminación Atmosférica. Se establece por consiguiente en el FJ3 que "a la vista del planteamiento litigioso de las entidades recurrentes que imputan al Reglamento impugnado vicios de constitucionalidad idénticos a los que se dan en la Ley que sirve de cobertura a dicho Reglamento, en el caso de que estimáramos que concurren todos o alguno de los vicios alegados y sólo en esa hipótesis, nuestra resolución no podría estimar el recurso, sino plantear la hipotética cuestión de inconstitucionalidad con respecto a la Ley que sirve de cobertura al Reglamento impugnado.

Por el contrario, si entendiéramos que no existen esos vicios de inconstitucionalidad el recurso debería ser lisa y llanamente desestimado.

De este modo se respeta el valor de la norma constitucional como parámetro de legalidad de todo tipo de actos y disposiciones, y, de otro lado, se dejan incólumes las facultades del Tribunal Constitucional sobre el definitivo ajuste Constitucional de la Ley que sirve de cobertura al Reglamento impugnado ante una hipotética cuestión de inconstitucionalidad que en el futuro pueda plantearse".

Una vez despejada la cuestión anterior pasa el Tribunal a examinar si el Reglamento impugnado tiene los vicios denunciados. Así, en relación con la vulneración por parte del citado Reglamento de lo dispuesto en el artículo 133.2, 156.1 y 157.3 de la Constitución, en relación con el artículo 6.º.3 de la LOFCA, entienden los recurrentes que se dan las infracciones denunciadas si se tiene presente que «la materia imponible gravada» ya lo está por el Impuesto de Actividades Económicas y el de Sociedades, y sin que exista una ley que habilite para ello; pues bien, recuerda el Tribunal Supremo que la Jurisprudencia Constitucional sobre el Impuesto Balear de 30 de noviembre de 2000 y sobre el Impuesto Extremeño de 13 de junio de 2006 apoyaría este razonamiento; sin embargo, "el examen del hecho imponible del Impuesto regulado en el Decreto impugnado demuestra que no concurre esa identidad de materia imponible. Efectivamente, no hay identidad entre el hecho imponible y materia gravada en el Decreto gallego impugnado y los impuestos contrastados. Aquí el hecho imponible es la «emisión de sustancias contaminantes» y su base es la cantidad de sustancia o contaminación emitida, lo que nada tiene que ver con la normativa que de estos elementos (hecho imponible y base) se hace en la Ley de Haciendas Locales al regular el Impuesto sobre Actividades económicas en sus artículos 79 y siguientes, y en el Impuesto de Sociedades en los artículos 4.º y 10 de la Ley 43/1995 de 27 de diciembre. La tesis de las entidades recurrentes al identificar actividad de «emisión de sustancias contaminantes» y «la actividad económica» generadora de energía eléctrica ignora que una y otra no están indisolublemente unidas. Contrariamente, la misma actividad económica es susceptible de producir distinta contaminación, tanto, en términos cuantitativos como cualitativos, e incluso puede haber actividad económica de producción eléctrica sin generación de contaminación, lo que demuestra que ni los hechos imponibles, ni la materia gravada coinciden en el impuesto sobre contaminación atmosférica, de un lado, y los Impuestos de Sociedades y Actividades económicas, de otro" (FJ4).

Por lo que respecta a la posible vulneración del artículo 31.1 de la Constitución por la discriminación que la regulación del Impuesto supone, entienden los recurrentes que la finalidad extrafiscal del Impuesto queda contradicha con la regulación del impuesto impugnado, que responde a finalidades exclusivamente recaudatorias con transgresión, además, del principio de igualdad.

Recuerda el Tribunal Supremo "que las eventuales contradicciones, insuficiencias, lagunas y defectos de un texto legal no pueden equipararse a vulneraciones constitucionales que es lo que sostienen los

recurrentes. Ha de enfatizarse que la finalidad recaudatoria, que los recurrentes excluyen, para los tributos creados con finalidad extrafiscal, puede acompañar a esos tributos, lo que atenúa la relevancia que al elemento recaudatorio atribuyen los recurrentes en los impuestos con finalidad extrafiscal. En cualquier caso, parece evidente que el principio de generalidad juega de modo más selectivo en los tributos de naturaleza extrafiscal, dirigidos contra una actividad que se entiende debe ser disuadida lo que inevitablemente comporta que sólo se dirija a quienes actúen en ese ámbito de la realidad del que se pretende «disuadir». El hecho de que la tarifa comience a partir de la emisión de 1001 Toneladas/año no puede considerarse en sí mismo discriminatorio, y carente de justificación, pues ese límite pretende incentivar las conductas reductoras de la contaminación, lo que desde una perspectiva abstracta explica el límite antedicho y excluye la alegada discriminación de la tarifa por el establecimiento del impuesto en la forma que los textos legales impugnados regulan" (FJ5).

Y en lo relativo a la presunta vulneración por las normas impugnadas de las competencias estatales contempladas en el artículo 149.1.25 de la Constitución en conexión con lo dispuesto en la Ley 54/1997 de 27 de noviembre del Sector Eléctrico, tampoco aprecia el Tribunal Supremo la inconstitucionalidad alegada. "Y ello porque el impuesto discutido no grava la actividad de producción eléctrica, sino la eventual actividad contaminante de compañías eléctricas, lo que es cosa bien distinta, razonamiento que excluye de raíz el argumento esgrimido; pero en la hipótesis de que se entendiese gravada por este impuesto la «actividad eléctrica» ello está expresamente autorizado por la Ley del Sector Eléctrico cuando: permite «... tributos de carácter autonómico dieran lugar a cuotas no uniformes en el territorio nacional se podrá establecer un suplemento territorial ...» (importe que no se incorpora a la tarifa eléctrica, y, por tanto, no repercutible) lo que es, justamente, el caso. Naturalmente, y de esa posibilidad legalmente reconocida, se deriva una distinta posición de los ciudadanos de cada Comunidad Autónoma, pero que, por lo antes razonado, ni constituye una desigualdad prohibida por la ley, ni implica una vulneración del principio de territorialidad y de uniformidad que también se invoca" (FJ6). En realidad la referencia a ese "suplemento territorial" la citada Ley del Sector Eléctrico consideramos debe ser entendida en el sentido de establecer un recargo de carácter tributario, al amparo del art.157.1.a) de la Constitución.

Sobre la posible incidencia del Impuesto sobre Contaminación Atmosférica de Galicia en la materia gravada por otros impuestos, se

afirma por las recurrentes su carácter confiscatorio y que en la determinación de la base imponible se infringe el principio de legalidad. Al respecto afirma el Tribunal Supremo que "no puede desconocerse el hecho de que la contaminación atmosférica no tiene necesariamente que acompañar a la actividad económica de generación eléctrica. Ello sólo sucede cuando concurren dos circunstancias que en la determinación de la base imponible se infringe el principio de legalidad:

1.º Ausencia de gasto suficiente del generador de la actividad económica para evitar la contaminación.

2.º Insuficientes conocimientos para evitar esa contaminación a un coste empresarialmente asumible.

En cualquier caso, lo que parece evidente es que la materia imponible gravada no sólo no es idéntica con las gravadas por otros impuestos, sino que nada tiene en común, lo que elimina la doble imposición denunciada y el reproche de confiscatoriedad, que se formula por incidir sobre materias que ya son gravadas por otros impuestos (I.A.E. e Impuesto de Sociedades)" (FJ7).

Una última cuestión hay que destacar y es lo relativo a la imputación que hacen las recurrentes sobre la posible infracción del principio de legalidad, contenido en el artículo 10.2 de la citada Ley gallega de 1995 al establecerse: «Mediante decreto, la Xunta determinará los supuestos en que sea de aplicación el régimen de estimación objetiva, los índices o módulos a utilizar en cada caso así como su valoración». Al respecto establece el Tribunal Supremo que "pese a que la ley habla de estimación objetiva, a la vista del contenido de los artículos octavo y noveno del Decreto más bien puede hablarse de un modo principal de estimación directa determinación de la base imponible regulado en el artículo octavo; y, en segundo término, otro modo supletorio, también de estimación directa establecido en el artículo noveno, pues la diferencia entre uno y otro método parece radicar más que en el modo de medición de la base imponible en los aparatos medidores". A mayor abundamiento concluye el Alto Tribunal que "la laxitud con que el Tribunal Constitucional viene interpretando este parámetro referente a la determinación de las bases imponibles y su fijación veda la obtención de la grave conclusión que las entidades recurrentes preconizan. En definitiva, la Sala considera que se está en presencia de una deficiencia técnica del texto legal, pero carente de la relevancia constitucional que se le atribuye" (FJ7).

XVI. IMPUESTOS LOCALES

IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. BIENES INMUEBLES DE CARACTERÍSTICAS ESPECIALES. NULIDAD DE UNA PARTE DEL ART.23.2 DEL RD 417/2006, QUE DESARROLLA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL CATASTRO INMOBILIARIO, AL EXCLUIR DE FORMA INJUSTIFICADA A ALGUNOS BIENES DESTINADOS A LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA. CONSECUENCIAS SOBRE LOS PARQUES EÓLICOS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007

En la presente Sentencia, el Tribunal Supremo resuelve un recurso contencioso administrativo interpuesto por la Federación Gallega de Municipios y Provincias contra parte del artículo 23 de Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, al limitar en el mismo el carácter de bienes inmuebles de características especiales (en adelante, BICES), a los de producción de energía eléctrica incluidos en el régimen ordinario y excluyendo al resto, los considerados en el régimen especial (menores de 50 MW de potencia). Con carácter previo debemos indicar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2007 ha ratificado la legalidad de los BICES, establecida por la reforma del año 2002 operada en la derogada Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales e incorporada al vigente Texto Refundido de la misma.

En la sentencia objeto de reseña el Tribunal estima el recurso y declara nulo de pleno derecho el siguiente inciso del artículo 23.2 del citado RD 417/2006 de 7 de abril que establece: "..que de acuerdo con la normativa de regulación del sector eléctrico deban estar incluidos en el régimen ordinario". Los motivos por los que se expulsa del ordenamiento jurídico el precepto indicado se expresan en el FJ4, aunque con anterioridad, comienza señalándose en el mismo FJ que, "tal como tiene reiteradamente declarado esta Sala, si el ejercicio de la potestad reglamentaria ha de llevarse a cabo siempre, de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 97 de la CE), en el caso específico de los Reglamento ejecutivos, la ley que desarrollan, se convierte en el límite y al mismo tiempo parámetro de medición más próximo, para calibrar su ajuste al ordenamiento jurídico. Y por este camino, se ha señalado también de modo reiterado que el Reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor

subordinado a la Ley a la que complementa, por lo que, dada su función de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas, secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley, que si pueden contenerse en los Reglamentos.

En el marco que acabamos de enunciar, es decir siempre en forma acorde con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede explicitar reglas que estén simplemente enunciadas en la misma y puede aclarar preceptos de ella que sean imprecisos, de suerte que puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley".

En este sentido, el artículo 8.º del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, señala que: «Los bienes inmuebles de características especiales constituyen un conjunto complejo de uso

especializado, integrado por suelo, edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora que, por su carácter unitario y por estar ligado de forma definitiva para su funcionamiento, se configura a efectos catastrales como un único bien inmueble». Al respecto señala el Tribunal Supremo que este concepto legal de los BIES, "capta, en parte al menos, la terminología que ya empleara la Sentencia de esta Sala de 15 de enero de 1998, dictada en recurso de casación en interés de la Ley, en la que se definió a las centrales hidroeléctricas como «un conjunto unitario de edificios, instalaciones y construcciones de variada tipología, destinado a un uso industrial, cual es el aprovechamiento del agua embalsada para la producción de energía eléctrica».

Pero la definición indicada se ve complementada con la enumeración contendida en el apartado 2 del artículo 8.º, donde se atribuye la condición de «BIES» a: «a) Los destinados a la producción de energía eléctrica y gas y al refino de petróleo, y las centrales nucleares»", no estableciéndose ninguna limitación "por la Ley para tener aquella calificación, a los bienes destinados a la producción de energía eléctrica, salvo la que deriva de la necesidad que cumplan con los caracteres que delimitan el concepto contenido en el apartado 1 del artículo 8.º. Dicho de otra forma, los bienes destinados a la producción de energía eléctrica solamente pueden quedar excluidos de la condición de bienes inmuebles de «características especiales», si no concurren en ellos los caracteres delimitadores de los mismos, que se especifican el precepto legal últimamente citado".

Por ello, considera el Alto Tribunal contraria a Derecho la restricción llevada a cabo por el Reglamento, con base en criterios o parámetros no contemplados en la propia Ley que desarrolla, pues, "en efecto, el artículo 23.2 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, solo incluye en el Grupo A, a los bienes inmuebles «destinados a la producción de energía eléctrica que de acuerdo con la normativa de regulación del sector eléctrico deban estar incluidos en el régimen ordinario», excluyendo así de forma injustificada a todos los bienes destinados a la producción de energía eléctrica en régimen especial, con base en un criterio que no aparece previsto en la ley que se desarrolla y sin que ello puede ampararse en que esta última clase de bienes pasan al régimen ordinario, cuando la producción se realice desde instalaciones cuya potencia instalada supere los 50Mw (artículo 27 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico), pues éste último criterio de delimitación tampoco aparece previsto en el artículo 8.º del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario…".

El Tribunal Supremo reconoce el loable intento de establecer un sistema objetivo que refuerce la seguridad jurídica, si bien considera que la distinción entre régimen ordinario y especial de producción de energía eléctrica, contenida en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, "no resulta de legal aplicación para la calificación o no determinados bienes, como de «características especiales», si ello se hace, como ocurre en el presente caso, por vía de remisión reglamentaria y con infracción del principio de jerarquía normativa respecto de la ley que se desarrolla".

En relación con la producción de energía eólica, que es la razón última del recurso contencioso-administrativo, afirma el Tribunal: "puede que un «generador eólico», como dice el Abogado del Estado no deba considerarse bien inmueble de «características especiales», pero no porque su potencia no supere los 50 Mw, o porque, en definitiva, esté sujeto a régimen especial de producción de energía eléctrica (parámetros, insistimos, no previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 4 de marzo, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), sino porque, como también reconoce el Defensor de la Administración en su escrito de contestación a la demanda, para alcanzar aquella consideración, «hace falta que se trate de un conjunto complejo y unitario de uso especializado, en el que haya edificios, instalaciones y obras de urbanización y mejora». Dicho en otros términos, el Reglamento no puede entender cumplidas las características reconocidas en el artículo 8.º 1 de la Ley, en función de que el generador supere la potencia de 50 Mw, o, expresado lo anterior desde el reverso, ello puede hacerlo solo la propia Ley. En fin, evidentemente que todo lo anterior es predicable igualmente respecto de los denominados «parques eólicos».

Por tanto, y sin entrar en otras consideraciones, procede declarar la nulidad de pleno derecho del precepto que incurre en la infracción alegada, permitiendo la aplicación del concepto y enumeración del artículo 8º del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, sin restricción alguna que derive de norma reglamentaria".

Consideramos que las consecuencias jurídicas de esta Sentencia son importantes pues, en relación con los parques eólicos, a los efectos de su consideración como BICES, lo fundamental no puede ser su potencia (superior o no a 50 MW) sino si reúnen los demás requisitos "conjunto complejo y unitario de uso especializado…" y si su generador supera o no la potencia de 50 MW.

Por último, cabe señalar que la regulación normativa de los BICES ha sido modificada tras esta Sentencia del Tribunal Supremo, entre otras por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de Reforma y Adaptación de la Legislación Mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea y por el Real Decreto 1464/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueban las normas técnicas de valoración catastral de los bienes inmuebles de características especiales.

XVII. TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y PRECIOS PÚBLICOS

1. TASA POR LICENCIA DE OBRAS Y CONSTRUCCIONES. BASE IMPONIBLE Y CUOTA. NO FORMAN PARTE DE LA BASE IMPONIBLE COSTES ADICIONALES COMO PARTIDAS POR EL BENEFICIO INDUSTRIAL, HONORARIOS TÉCNICOS DEL PROYECTOS Y DE LA DIRECCIÓN O PORCENTAJE DE GASTOS GENERALES. DEBEN TENERSE EN CUENTA CRITERIOS DE RACIONALIDAD, PONDERACIÓN Y GRADO DE UTILIZACIÓN DEL SERVICIO.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007

En esta Sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo desestima un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra una sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en la que se acuerda estimar la cuestión de ilegalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Zaragoza, en la que se declaraba la ilegalidad del art. 11 de la

Ordenanza Fiscal reguladora de las Tasas Urbanísticas, en cuanto establece que la base imponible de la citada tasa estará constituida por el presupuesto de contrata de ejecución de la obra, entendiendo este concepto como la suma del presupuesto de ejecución material, más el beneficio industrial y, en su caso, los gastos generales.

La sentencia que se recurre se basa en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, en la sentencia de 14 de Noviembre de 1997, que alude a que «una reiteradísima doctrina jurisprudencial de esta Sala (Sentencias de 20 de febrero, 4 de mayo y 29 de junio de 1995, 11 de junio 1996, y 3 y 5 abril, 16 mayo, 7 junio y 16 de septiembre 1997), ha establecido la improcedencia de incluir en la base tributaria de la liquidación por tasa por licencia de obras los honorarios del Arquitecto y Aparejador que intervienen en la elaboración y ejecución del presupuesto material de la obra, ni tampoco el beneficio industrial del contratista o el porcentaje de gastos generales de éste, es decir, la base ha de estar constituida por el importe del presupuesto integrado en el Proyecto de las Obras a que afecta la licencia que se otorga, porque a ellas se contrae exclusivamente la fiscalización urbanística que constituye el servicio prestado, al examinar la adecuación de dichas obras al planeamiento y ordenanzas vigentes, y a mayor abundamiento, a su coste real se circunscribe, en su caso, la comprobación de valores que puede realizar el Ayuntamiento exaccionante, que no puede extenderse, a otros costes, adicionales a la ejecución material, porque ello supondría desvirtuar la naturaleza del propio servicio cuya prestación justifica la práctica de la liquidación correspondiente al tributo en cuestión, y es que si adicionáramos al valor o coste de la obra el porcentaje calculado como beneficio industrial del contratista, su gravamen significaría sujetar tanto la riqueza representada por la obra como el volumen de negocios del constructor».

El Juzgado N.º 2 de Zaragoza, que propuso la cuestión de ilegalidad, razonaba en función del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1994, la cual expresa que la base de la tasa ha de coincidir con la del impuesto, pero interpretando una Ordenanza Fiscal que había configurado como base imponible de la tasa «el coste real y efectivo de la obra», es decir el mismo concepto jurídico establecido por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales para el Impuesto de Construcciones. Sin embargo, el Ayuntamiento de Zaragoza diseñó la base de la tasa de forma distinta a la configurada por el legislador estatal para el Impuesto de Construcciones, dentro de la libertad para la determinación de los elementos cuantitativos tal y como ha reconocido, entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional 233/99, de 13 de

Diciembre, y como admite el Tribunal Supremo, "siempre que los parámetros establecidos se ajusten a los criterios de objetividad e igualdad, y se respete el límite establecido, esto es, que el importe recaudado no supere el coste del servicio globalmente considerado, sin necesidad de establecer obligadamente una correspondencia individualizada respecto de cada uno de los actos llevados a cabo por los sujetos que motivan la actuación administrativa (sentencias de 19 de julio y 28 de Octubre de 1992, 24 de Febrero de 1993, 22 de Febrero y 1 de Octubre de 1994, 23 de Octubre de 1995, 26 de marzo de 1997,19 de Octubre, 15 de Noviembre de 1999 y 18 de Diciembre de 2000, entre otras)" (FJ 2º).

Para la parte recurrente nada tiene que ver la base imponible diseñada en la norma estatal para la gestión del Impuesto de Construcciones con la base imponible configurada en la norma local para la gestión de la tasa por prestaciones de servicios en el trámite de las licencias urbanísticas, por tratarse de dos tributos con naturaleza jurídica diversa, como afirma tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de Marzo de 1995 y 11 de Noviembre de 1999, con independencia de que exista la opción municipal de hacer coincidir la base de la tasa con la del impuesto. Finaliza su exposición recordando que el Tribunal Supremo, en relación con las tasas por la prestación del trabajos facultativos de dirección e inspección de obras, consideró ajustada a derecho una base imponible constituida por el presupuesto de contratación frente al criterio de la sentencia de instancia, que acogió la procedencia de estar al presupuesto de ejecución material de la obra (sentencias de 23 de Diciembre de1994 y 18 de Septiembre de 1995).

Pues bien, tal y como se establece en el FJ4 de la sentencia objeto de reseña, conforme al artículo 24 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en la redacción dada por la ley 29/1998, de 13 de Julio (en el mismo sentido se establece con arreglo al vigente Texto Refundido aprobado por RDLeg.2/2004), "el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida". Y es que, tal y como establece el Tribunal Supremo en esta sentencia: "El criterio del coste del servicio opera, pues, como límite de carácter global, aplicable al conjunto de la recaudación obtenible por cada tasa en su conjunto, y no a cada una de las liquidaciones practicadas singularmente a cada sujeto pasivo".

No obstante, como se advierte en esta sentencia, el problema radica en la cuantificación del servicio. Así, el artículo 24.3 de la Ley de Haciendas Locales menciona tres modalidades de cuantificación, sin

jerarquización entre ellas. «La cuota tributaria consistirá, según disponga la correspondiente ordenanza fiscal en: a) la cantidad resultante de aplicar una tarifa; b) una cantidad fija señalada al efecto o c) la cantidad resultante de la aplicación conjunta de ambos procedimientos».Y es que continúa el Tribunal Supremo: "el legislador no obliga a los entes locales a cuantificar las tasas de una determinada manera, sino que las confiere una notable discrecionalidad.

Ahora bien, las entidades locales no pueden elegir cualquier elemento o aspecto como base imponible de las tasas desvinculado del coste del servicio, sino sólo aquéllos relacionados con el coste que la Corporación Municipal ha de afrontar en cumplimiento de su actividad fiscalizadora. En definitiva, el límite del coste máximo no es suficiente, toda vez que su reparto debe realizarse en función de criterios de racionalidad, ponderación y grado de utilización del servicio.

No cabe olvidar que la tasa se crea para que la Administración se resarza del gasto provocado por la prestación del servicio. Una vez calculado el coste total del servicio la entidad local deberá determinar la forma de computar las cuotas individuales a los usuarios" (FJ4).

En el supuesto enjuiciado en esta Sentencia "la base imponible que contempla la Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza no guarda coherencia con el hecho imponible de la tasa, la prestación del servicio, ni con el coste del servicio que se presta y que se trata de retribuir con la tasa.

Por tanto, una vez que el Ayuntamiento de Zaragoza acudió para la cuantificación a conceptos relacionados con la obra, debió tener en cuenta al menos la reiterada doctrina de esta Sala, que ha precisado los conceptos que podían incluirse, si se atiende al coste de la obra, doctrina a la que se refiere la sentencia de instancia y que ha sido seguida `por otras posteriores.

Así la sentencia de 2 de Julio de 2002, ante un texto de Ordenanza que comprendía en la base imponible de la tasa los honorarios técnicos del proyecto y de la dirección, el beneficio industrial y los gastos de los trabajos previos y auxiliares, fija como base para la cuantificación de las tasas por licencias urbanísticas el importe del presupuesto integrado en el proyecto de las obras a que afecta la licencia, pues a ellas se contrae, exclusivamente, la fiscalización urbanística, declarando que deben excluirse los costes adicionales, como las partidas por beneficio industrial del contrato, honorarios de arquitecto y aparejador o porcentaje de gastos generales" (FJ4 in fine).

2. TASA POR UTILIZACIÓN PRIVATIVA O APROVECHAMIENTO ESPECIAL CONSTITUIDO EN SUELO, SUBSUELO O VUELO DE LAS VÍAS PÚBLICAS MUNICIPALES A FAVOR DE EMPRESAS SUMINISTRADORAS DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES. DOCTRINA LEGAL.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2007.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento de Reus, contra la sentencia de 9 de febrero de 2006, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 2 de Tarragona, en un procedimiento en el que se impugnaba una resolución del Teniente Alcalde Delegado de Recursos Generales del Ayuntamiento de Reus, desestimatoria del recurso de reposición formulado contra resolución aprobatoria del acta de inspección levantada a "Telefónica Data España, S.A." por la tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público. El Tribunal Supremo estima en lo sustancial el recurso de casación en interés de ley interpuesto.

Dispone el FJ1 de esta Sentencia que el "recurso de casación en interés de la Ley requiere ineludiblemente que la doctrina sentada por la sentencia de instancia sea gravemente dañosa para el interés general, en cuanto interpreta o aplica incorrectamente la normativa legal de carácter estatal, así como que se proponga con la necesaria claridad y exactitud la doctrina legal que se postule. Ha de excluirse, por fin, la idea de que la finalidad legítima de este remedio procesal sea la de combatir la posible errónea interpretación de un precepto legal por parte de los órganos judiciales inferiores, en tanto que no concurran las circunstancias antes expresadas".

La representación procesal del Ayuntamiento entiende que el razonamiento de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso de la que trae causa la sentencia objeto de la presente reseña es erróneo y gravemente dañoso para el interés general puesto que, con base en él, el Juzgado ha considerado que la ordenanza fiscal reguladora de la tasa por aprovechamiento especial o utilización privativa del dominio público a favor de empresas explotadoras de servicios de suministro se ha excedido y ha extendido el hecho imponible más allá de lo permitido por la Ley General de Telecomunicaciones, que es la norma que estima aplicable a la materia, al margen de la regulación contenida en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, y ha entendido erróneamente inaplicable una ley con fundamento en los principios de especialidad y

posterioridad normativa, desconociendo que los preceptos de la LRHL tienen la consideración de bases del régimen jurídico financiero de la Administración Local (según se extrae de su art. 1), y al amparo de cuyo art. 24.1 .c) se aprobó la Ordenanza a la exacción declarada nula, suponiendo, además, la sentencia una vulneración del principio de autonomía local. En efecto, la Ley General de las Telecomunicaciones describe los principios aplicables a las tasas en esta materia y establece distintas tasas que gravan ese sector y que son competencia de la Administración General del Estado y sus organismos públicos, lo que ha quedado completado y desarrollado por el Real Decreto 1620/2005, de 30 de diciembre, por el que se regulan las tasas establecidas en dicha Ley. Estas tasas son las siguientes: tasa general de operadores; tasa por numeración telefónica; tasa por reserva del dominio público radioeléctrico; y tasas de telecomunicaciones. No existe, por tanto, a juicio de los recurrentes, ningún conflicto ni colisión entre la citada Ley y el artículo 24.1.c) de la LRHL que grava la utilización privativa o aprovechamiento especial del suelo, vuelo o subsuelo de las vías públicas municipales por empresas explotadoras de servicios de suministro; circunstancia ésta que es avalada por esta Sentencia del Tribunal Supremo, al establecer en su FJ4 que: "la eventual contradicción entre el artículo 24.1.c) LRHL y la LGTecom. no podía resolverse mediante la consideración prevalente de esta última, por la simple utilización de los principios de "lex specialis" y "lex posterior", olvidando la especifica función que la primera de dichas leyes tiene, como ley básica, en el régimen local y singularmente del régimen jurídico financiero de la Administración local, dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE (Cfr . art. 1 del Texto Refundido de la LRHL).

A juicio del Tribunal Supremo puede entenderse, "en línea con lo señalado en nuestra sentencia del pasado 18 de junio, que, en el presente caso, de acuerdo con el planteamiento efectuado por la representación procesal del Ayuntamiento, concurren los dos primeros requisitos necesarios para una eventual fijación de doctrina legal en el recurso de casación en interés de ley. En efecto, cabe compartir con dicha Administración que un criterio contrario al ordenamiento jurídico en orden a la aplicabilidad de la tasa cuestionada por utilización de un singular dominio público local, como son las vías públicas, puede tener una trascendencia considerable en el interés público que representa la legitima recaudación del ente local en orden a la suficiencia financiera que reconoce la propia Constitución (art. 142), y en este sentido apunta la eventual reiteración de procesos que reflejan los precedentes de esta Sala sobre temas relativos a los la tasas del artículo 24 LRHL" (FJ4).

Sin embargo, a pesar de compartirse la base teórica de la doctrina legal que propone la parte recurrente, entiende el Tribunal Supremo que no puede acogerse en su integridad al adolecer de cierta imprecisión que obliga a rectificar su formulación y para ello invoca la sentencia de la misma sala del Tribunal supremo de 18 de junio de 2007, en la que se establece que "puede conceptualmente distinguirse una tasa general, referida a la utilización o aprovechamiento especial o exclusivo de bienes de dominio público, cuantificable en función del valor que tendría en el mercado la utilización o aprovechamiento, si los bienes afectados no fuesen de dominio público, y otra especial , en la que la utilización privativa o aprovechamiento especial se refiere especificamente al suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales, a favor de empresas explotadoras de servicios de suministros que resulten de interés general o afecten a la generalidad o a una parte importante del vecindario, cuantificable en el 1,5% de los ingresos brutos procedentes de la facturación que obtengan anualmente en cada término municipal las referidas empresas. Criterio, a este respecto, que quedó apuntado en la sentencia de 20 de mayo de 2002, y luego ha sido reiterado en ulteriores pronunciamientos relativos a Ordenanzas reguladoras de la tasa por aprovechamiento especial de dominio público local (SSTS de 9, 10 y 18 de mayo de 2005 y de 21 de noviembre de 2005)" (FJ4).

Sin embargo, el hecho imponible de la tasa objeto de controversia "no es la indefinida prestación por empresas explotadoras de servicios de telecomunicaciones, en un término municipal, de cualquier servicio, salvo el de telefonía móvil, sino, en los términos que se ha señalado, el aprovechamiento especial del dominio público local singularizado en el suelo, subsuelo o vuelo de vías públicas municipales".

Por consiguiente, **la doctrina legal que procede es** la siguiente: "***la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial constituido en suelo, subsuelo o vuelo de las vías públicas municipales a favor de empresas suministradoras de servicios de telecomunicaciones es la establecida en el artículo 24.1.c) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales , aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo , en relación con las empresas explotadoras de servicios de suministros, con la salvedad prevista en el propio precepto con respecto al régimen especial de cuantificación de la tasa referida a los servicios de telefonía móvil***".

NOTA

[1] El sumario presentado en esta sección divide la materia tributaria en apartados que se mantendrán en cada número de la revista, con independencia de que alguno de ellos quede vacío de contenido. A efectos sistemáticos, en cada apartado aparecen relacionadas las materias concretas a que se refieren las sentencias comentadas, distinguiendo dentro de cada materia los órdenes judiciales, y administrativos en su caso. Los apartados I y XIII serán comentados por Saturnina Moreno González (Profra.Contratada Doctor). Los apartados II, V y XIV serán comentados por Esther Sánchez López (Profra. Titular de Universidad). Los apartados III y VII serán comentados por Gemma Patón García (Profra.Contratada Doctor). Los apartados IV y XI serán comentados por María Prado Montoya López (Profra. Asociada de Universidad). Los apartados VI y X serán comentados por J. Alberto Sanz Díaz-Palacios (Prof.Contratado Doctor). Los apartados VIII, IX y XII serán comentados por Gracia Mª Luchena Mozo (Profra. Titular de Universidad) realizando también las tareas de coordinación junto al Prof. Dr. D. Miguel Angel Collado Yurrita (Catedrático de Derecho Financiero y Tributario). Los apartados XV, XVI y XVII serán comentados por Pedro José Carrasco Parrilla (Prof. Titular de Universidad).

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA

Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá y Magdalena Ureña Martínez
Profesores de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

ACOGIMIENTO DE MENORES. Desestimación del desamparo: la pobreza, la incultura o la poca inteligencia no son causas en sí mismas que impliquen desatención y desamparo de los hijos. Obligación de los poderes públicos de prestar ayuda y colaboración. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia de 21 de noviembre de 2006.

Se plantea en apelación la impugnación de una declaración de desamparo y acogimiento familiar preadoptivo de una menor, con inmediata recuperación de la custodia por su madre. Se presenta como prueba un informe pericial, en el que consta que la madre se encuentra actualmente adaptada al entorno social donde vive, con nivel económico aceptable y con estabilidad familiar y personal; además, ha sido madre recientemente de otra niña.

A la vista de las pruebas practicadas, la AP de Toledo estima la demanda e impugna la declaración de desamparo, al entender que no existían razones tan graves para privar a la madre biológica de su hija; separándola de ella y entregándola en adopción a otras personas, pues ello debe quedar reservado para supuestos gravísimos que van mucho más allá de tener más o menos habilidades sociales, mayor o menor cociente intelectual o formación académica y por supuesto tener unos u otros recursos económicos. La AP entiende que ni la pobreza, ni la incultura, ni la poca inteligencia de los progenitores son en sí mismas causas que impliquen desamparo a un menor; ahora bien, si se plantearan estas situaciones fácticas, deberían ser los poderes públicos los encargados de prestar ayuda a las familias de bajo nivel sociocultural, con la finalidad de que adquirieran las habilidades necesarias en la educación y cuidados de los menores. Concluye la sentencia que si la madre está capacitada para mantener la custodia de una niña de pocos meses –ya que no consta en el expediente que se haya adoptado ninguna medida respecto de la custodia del bebé-, con mayor motivo lo estará, para recuperar la de su primera hija, al haber desaparecido las razones que justificaron la intervención de la Administración.

M.U.

CESIÓN DE DERECHOS DE CARTERA DE SEGUROS. APLICACIÓN art. 1124 CC: improcedencia: incumplimiento de ambas partes. CLÁUSULA PENAL: improcedencia: su eficacia está subordinada al incumplimiento de la obligación a cuya garantía fue estipulada como pena. Audiencia Provincial de Albacete, Sentencia de 20 de julio de 2006.

Esta sentencia confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, solventando las dos cuestiones que se plantean: la no prosperabilidad del derecho de resolución del contrato pretendido por la parte actora/recurrente y, en segundo término, la inoperancia e ineficacia de la cláusula penal alegada por la parte demandada.

En cuanto a la resolución contractual *ex* art. 1124 CC, la Audiencia Provincial confirma la posición adoptada por el Juzgado cuando entiende que la acción de resolución del contrato entablada por la actora no puede prosperar al no haber cumplido ésta con sus obligaciones contractuales (no haber satisfecho parte del precio real acordado por las partes, correspondiente a la cesión de los derechos de la cartera de seguros transmitida por la demandada).

Respecto de la aplicación y eficacia de la cláusula penal, exigida por vía reconvencional, la Audiencia Provincial igualmente confirma la decisión del Juzgado en orden a rechazar la misma. El razonamiento que presenta es el siguiente: "la eficacia de la cláusula penal está subordinada al hecho de que exista incumplimiento de aquella precisa obligación a cuya garantía fue estipulada como pena, por lo que en los supuestos de mutuo incumplimiento de obligaciones recíprocas el demandante no puede acusar la mora de su contradictor y pretender la aplicación de un cláusula penal si a su vez ha incumplido, pues en tales casos, la cláusula penal deviene inoperante e ineficaz al haberse alterado también por quien exige su cumplimiento los supuestos de cumplimiento recíproco en base a los cuales se pactó, aunque a su vez se pretenda justificar para hacerlo la conducta incumplidora del otro, resultando obvio que si en el supuesto de autos se exige el cumplimiento de la cláusula penal mediando incumplimiento de la actora, pues la mercantil demandante reconoce que no llegó a satisfacer el total del precio acordado por la cesión de la cartera, en tales circunstancias no cabe aplicar la cláusula penal ya que ésta deviene inoperante e ineficaz atendida tal conducta incumplidora".

C.D.R.

CONTRATO DE HOSPEDAJE: reclamación de cantidad. Calificación jurídica del contrato. CARGA DE LA PRUEBA: aplicación de reglas generales ex art. 217 LECiv. Audiencia Provincial de Cuenca, Sentencia de 14 de julio de 2006.

La cuestión a dilucidar se centra en valorar la existencia o no de un contrato de hospedaje entre el actor, quien reclama por ese título al demandado la cantidad de 1300 más los intereses por una estancia de dos o tres días, y el demandado, que a su vez ha realizado ciertos trabajos a favor del demandante.

Entre los motivos alegados por el actor/recurrente destaca el error en la valoración de la prueba padecido por el juzgador "a quo". El recurrente sostiene que en el procedimiento resultó acreditado el contrato de hospedaje mediante prueba directa representada por las manifestaciones del demandado en el acto del juicio laboral donde reconoció que estuvo hospedado 2 ó 3 días, la propia factura acompañada a la demanda de juicio monitorio y mediante prueba indirecta o indiciaria representada por el propio contrato de arrendamiento de habitación aportado por el demandado, así como transferencias de pago en el que no consta que el demandado girase cantidad alguna por arrendamiento.

El fallo de la Audiencia Provincial confirma la sentencia del Juzgado en el sentido de desestimar la demanda. Para ello aplica el art. 217 LECiv y recuerda que, conforme a las reglas del *onus probandi* incumbe a la parte actora acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, mientras que a la parte demandada le incumbe, por el contrario, los hechos que impidan, extingan o enerven la ineficacia jurídica de los hechos alegados por el actor. En este sentido, el documento en el que el actor fundamenta su pretensión (factura aportada como prueba) es de creación unilateral de la actora, de modo que, negado por el demandado que concertase contrato alguno de hospedaje en el local donde prestaba servicios, es al actor al que incumbe ex art. 217.2 LECiv acreditar la existencia del contrato, la permanencia del demandado alojado en el local de su propiedad y el precio concertado, y ninguno de estos hechos ha sido acreditado.

C.D.R.

COSTAS PROCESALES: IVA: concepto repercutible sobre el cliente por los abogados y procuradores en sus minutas y derechos. Posición de la jurisprudencia mayoritaria. Audiencia Provincial de Cuenca, Sentencia de 14 de julio de 2006.

El problema esencial de esta sentencia versa sobre la inclusión o no de las partidas del IVA en las minutas giradas por distintos profesionales (abogados y procuradores) a sus clientes.

Sostiene el recurrente la indebida inclusión en la tasación de costas practicada en la Apelación Civil núm. 17/2006 de las cantidades correspondientes al IVA en las minutas del Letrado y Procurador y ello sobre la base de la interpretación contenida en la Resolución de la Dirección General de Tributos de fecha 9 de marzo de 2005 que viene a cambiar el criterio que sostenía hasta entonces, declarando que dado que el pago de las costas judiciales supone una indemnización de los gastos incurridos en un proceso judicial y que la parte a cuyo favor se determina la percepción de dichos importes no efectúa ninguna entrega de bienes o prestación de servicio a favor de la parte condenada al pago y, por tanto, no tienen la consideración de contraprestación sujeta al IVA.

Sin embargo, la posición adoptada por la jurisprudencia mayoritaria, así como las sentencias dictadas por las distintas Audiencias Provinciales va en una dirección contraria, manteniendo de forma reiterada y constante la inclusión de las partidas del IVA en las minutas de los profesionales obligados a repercutir el impuesto (Abogados y Procuradores) tanto en el supuesto de que dicha minuta se gire contra su propio cliente como en el supuesto de que la misma deba ser abonada y satisfecha por la parte vencida en el proceso y obligada al pago de las costas procesales.

En esta ocasión, la AP mantiene el criterio defendido por la citada jurisprudencia e insiste en dos razonamientos jurídicos:

> "1º) No puede predicarse el carácter vinculante de la Resolución de la Dirección General de Tributos sobre éste Tribunal por cuánto los efectos de la propia Resolución son los previstos en el art. 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que señala el carácter vinculante para la Administración Tributaria que resuelve la consulta del obligado tributario y el carácter informativo para el propio obligado tributario que ha elevado la consulta.
>
> 2º) Resultando los profesionales (Abogados y Procuradores) obligados a repercutir en sus minutas el impuesto correspondiente cuando se reclama del propio cliente al que se han prestado los servicios, el hecho de que en un procedimiento judicial exis-

ta pronunciamiento condenatorio sobre las costas procesales no desvirtúa la naturaleza de los servicios prestados por el profesional quién sigue obligado a repercutir el impuesto en su minuta aunque el obligado al pago sea, precisamente, la parte contraria quién no contrató los servicios; y todo ello por cuánto el pago del IVA obedece a unos servicios prestados y que legalmente están gravados con el mismo y se trata de un gasto que tiene su origen directo o inmediato en la existencia de dicho proceso".

C.D.R.

CULPA EXTRACONTRACTUAL: RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES: procedencia. Accidente de circulación por irrupción de jabalí en la calzada. Responsabilidad del Coto: procedencia. El Coto de Caza Menor es responsable civilmente por ser considerado el suceso un acontecimiento previsible y evitable. Audiencia Provincial de Cuenca, Sentencia de 22 de noviembre de 2006.

La cuestión principal discutida en la sentencia es si el Coto de Caza demandado, que no cuenta con caza mayor en su aprovechamiento, según se desprende del Plan Técnico unido a los autos y del certificado de la Junta de Comunidades de CLM, responde civilmente de los daños ocasionados al actor como consecuencia de la irrupción en la calzada de un jabalí.

En este sentido, aunque el fallo del Juzgado y de la Audiencia Provincial sea estimatorio, las razones que justifican dicha estimación son distintas. Para el Juzgado, el Coto responde civilmente de los daños (*rectius*: realmente quien responde es la Compañía aseguradora, que es la que figura en los autos como parte demandada/recurrente) por el mero hecho de salir los animales del Coto. Por su parte, la fundamentación jurídica de la Audiencia Provincial es otra bien distinta: aun partiendo de que el Coto demandado se encontraba únicamente en la titularidad de la explotación cinegética para caza menor, debe analizarse si se ha realizado en el procedimiento prueba alguna que tienda si quiera a acreditar la existencia, más o menos regular, previsible de esos animales (jabalíes) en la zona acotada; ya que –según términos literales de la propia AP- "puede entenderse acreditado que la presencia de los jabalíes resultara para el coto y sus responsables un acontecimiento previsible respecto del cual vinieran obligados a adoptar medidas en evitación

de eventuales daños". Así, la conclusión final de la AP insiste en la distinta argumentación jurídica utilizada por ambas instancias para llegar a un mismo resultado: "La diferencia sustancial es que mientras que desde la perspectiva de la responsabilidad por el mero hecho de salir los animales del coto que defiende la sentencia, este elemento probatorio se constituye a mayor abundamiento o como addendum, desde la perspectiva de la responsabilidad ante la no adopción de medidas de prevención ante la estancia o paso habitual de os animales por el corto, dicho elemento probatorio se constituye como sustrato fundamental que determina la prosperabilidad de la acción ejercitada".

C.D.R.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: Competencia desleal. INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL: estimación. INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE: desestimación. No se acredita que las ventas realizadas por la empresa demandada haya supuesto una incidencia en las ventas de la actora. Audiencia Provincial de Cuenca, Sentencia de 29 de diciembre de 2006.

Tanto la sentencia del Juzgado como la dictada por la Audiencia Provincial coinciden en que el acto desarrollado por la empresa demandada constituye un acto de competencia desleal, contrario a los intereses de la actora, por aparecer en el catálogo de la primera determinados modelos de lápidas fabricadas y comercializadas por la empresa actora. En lo que difieren ambas sentencias en la admisión o no de una indemnización por daños morales a favor de la empresa actora.

Así, mientras la sentencia del Juzgado de Primera Instancia no concede indemnización alguna por daños morales, la dictada por la Audiencia Provincial concede a la empresa actora 6.000 . El razonamiento que presenta se encuentra en el tenor literal de la misma sentencia del Juzgado: "es evidente que la demandada, al utilizar en su catálogo las fotografías realizadas a instancia de la demandante y pagadas por ésta de modelos montados por su propio representante legal, se ha aprovechado del esfuerzo económico y creativo ajeno, con claro ahorro de costes en la difusión y publicidad de sus prestaciones". A la vista de este dato, la AP entiende que este hecho es el que legitima la petición de indemnización por daños morales, fijada en un tanto alzado (de 6.000); daños incardinados –según doctrina y jurisprudencia- en la imagen de descrédito o desprestigio comercial de una

empresa. De esta forma se compensan, en cierta forma, los costes de creación y divulgación de los modelos plagiados por la parte demandada.

En lo relativo a la petición de indemnización por lucro cesante o ganancia frustada, la AP la rechaza porque no se ha acreditado que las ventas de las lápidas realizadas por la demandada fuesen o pudieran ser ventas seguras y ciertas de la parte actora. Asimismo, no se ha intentado demostrar que la conducta de la demandada haya supuesto una incidencia en las ventas de la actora, por lo que no cabe hablar de indemnización por lucro cesante.

C.D.R.

INCUMPLIMIENTO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO. Responsabilidad de la entidad de leasing por la no entrega del vehículo al arrendatario financiero: devolución de las cuotas abonadas. Exclusión de la indemnización por coste de oportunidad ya que el arrendatario dejó transcurrir más de tres meses en comunicar a la entidad bancaria la falta de entrega del bien. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª). Sentencia de 19 de octubre de 2006.

El tema central, que se discutía en la alzada, era si el Banco Popular Español (entidad financiera) tenía que restituir a su cliente las cantidades desembolsadas por comisiones y cuotas de un contrato de *leasing* - Peugeot ST Sport- incumplido, por falta de entrega del bien por parte de la vendedora y una indemnización de daños y perjuicios por el denominado coste de oportunidad.

Respecto de la devolución de las comisiones y cuotas del contrato de arrendamiento financiero celebrado entre la entidad financiera y el cliente, la AP estimó dicha devolución, al considerar que el Banco era el responsable de la no entrega del bien. La argumentación utilizada es la siguiente: en el contrato de *leasing* existe una compra previa y un posterior arrendamiento, por lo que para la consumación del arrendamiento es imprescindible la compraventa, que se produce cuando la cosa se pone en poder y posesión del comprador. Es decir, para que el *leasing* se consume, la entidad financiera debe haber comprado al proveedor el bien que está cediendo en arrendamiento financiero, por lo que la exigencia de la entrega del bien incumbe a quien lo compra –el Banco-, no a quien lo arrienda al comprador.

En cuanto a la indemnización por coste de oportunidad, la Sala entiende que dicho concepto debe ser excluido ya que el arrendatario financiero tardó más de tres meses en comunicar a la entidad bancaria la falta de entrega del vehículo por parte de la vendedora; por lo que se presume que el arrendatario financiero personalmente asumió las gestiones con el concesionario. Teniendo presente la doctrina de los actos propios, estima la Sala que no puede tres meses después, una vez fracasadas las gestiones del cliente -encaminadas a la entrega del bien-, trasladar la responsabilidad por la imposibilidad de cumplimiento del contrato a la entidad bancaria, que abonó el importe íntegro al vendedor el mismo día de la celebración del contrato.

M.U.

INCAPACITACIÓN. Enfermedad mental, física o psíquica permanente: desestimación. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1ª). Sentencia de 22 de noviembre de 2006.

La cuestión litigiosa, planteada en Primera Instancia y nuevamente en apelación ante la AP de Cuenca, era la relativa a si la pérdida de memoria de una persona anciana era causa suficiente, para decretar su incapacitación.

En ambas Instancias se desestimó la demanda de incapacitación, al aplicarse la doctrina jurisprudencial consolidada de que un impedimento físico, mental o psíquico debe ser permanente y, a veces, significativamente progresivo, para que genere una merma en la capacidad volitiva de las personas y le impida gobernarse por sí mismo. En el caso en cuestión la persona anciana sólo tenía un deterioro leve mental como consecuencia de la pérdida de memoria, debido a su edad, que no le impedía actuar por sí misma tanto en la faceta personal como en la patrimonial.

M.U.

JUICIO CAMBIARIO: OPOSICIÓN: excepciones: novación extintiva del crédito cambiario: improcedencia. Reconocimiento de deuda: ausencia de firma de la parte actora. Incumplimiento contractual alegado por la demandada/apelante: improcedencia: ausencia de prueba de entrega de máquinas de aire acondicionado inservibles. Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sentencia de 25 de enero de 2007.

La AP desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandado, contra la sentencia del Juzgado, que estima las pretensiones de la parte demandante (empresa suministradora de aparatos de aire acondicionado) y, al mismo tiempo, desestima totalmente la oposición formulada por el demandado/apelante.

El demandado formula escrito de oposición a la demanda de juicio cambiario, aduciendo novación extintiva del crédito cambiario e incumplimiento contractual absoluto, afirmando ser los aparatos de aire acondicionado suministrados inservibles para el fin al que se destinaban.

Según la AP, la supuesta novación se fundamentaba en un escrito titulado como reconocimiento de deuda y en cuyo texto se afirmaba reconocer la deuda reclamada en este litigio y estipular una forma de pago aplazado, entre los años dos mil cuatro y dos mil seis, que no consta siquiera producido. No es reconocido ni consta la firma de la parte demandante, y, si bien se afirma la intención de ponerlo en conocimiento del Juzgado, ni se presenta, ni se ratifica, ni se homologa la eventual y aducida transacción. Contradictoriamente con dicho reconocimiento de la deuda líquida y vencida, se aduce incumplimiento contractual por entrega de máquinas de aire acondicionado inservibles. No se aporta prueba alguna que sustente tal afirmación. Igualmente, ha de añadirse, que el demandado no compareció a juicio y solicitado interrogatorio del mismo, se consignaron en acta las preguntas a formular al mismo.

Del mismo modo hay que recordar –siguiendo con la argumentación de la AP- que corresponde al demandado que formula oposición probar la concurrencia de las causas de oposición que aduce, lo que ya al margen de toda consideración sobre la incomparecencia al acto de la vista y *ficta confessio*, conllevaría la desestimación de la demanda. El presunto incumplimiento queda en meras alegaciones improbadas y contradictorias con el propio reconocimiento de la deuda dimanante del presente juicio cambiario y documentada en los cheques de los que parte al presentar incluso documento de reconocimiento. En cuanto a la novación, tampoco se acredita haya tenido lugar, pues el escrito no consta ni firmado ni ratificado por la parte actora, por lo que queda en mera propuesta de aplazamiento de pago, a la que no cabe ni procede compeler al acreedor. Si a ello se añade que no comparece a juicio a fines de interrogatorio y que puede y procede hacer uso de lo dispuesto en el art. 304 de la LECiv, las alegaciones de la parte apelante deben desestimarse íntegramente.

C.D.R.

SEGURO DE VIDA. Reclamación de cantidad: improcedencia por ocultación de enfermedad causante del fallecimiento. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2ª). Sentencia de 9 de noviembre de 2006.

Se discutía en la alzada, si la existencia de una enfermedad previa a la suscripción de una póliza, -enfermedad causante del fallecimiento, que fue ocultada a la aseguradora- impide el cobro de la cantidad dineraria correspondiente tras la muerte del asegurado, cuando éste no realizó ningún cuestionario sobre su estado de salud a la hora de concertar el seguro de vida.

La AP de Albacete, siguiendo una línea jurisprudencial mayoritaria, entiende que el art. 10 LCS no exige una forma especial, para lo que en dicho precepto se denomina "cuestionario"; de modo que es improcedente la reclamación dineraria, ya que el asegurado, cuando firmó la póliza, también lo hizo de la "Declaración Estado Salud" que aparecía impresa en la misma. Desde esta perspectiva, la Sala entiende que el asegurado manifestó una actitud de reserva mental, al ocultar la existencia de una enfermedad a la aseguradora, que fue la causante del fallecimiento; por lo que se desestima la reclamación de cantidad.

M.U.

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA
(De 1de enero a 31 de diciembre de 2007)

Profa. Dra. María Martín Sánchez
Área de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha

Siguiendo el modelo adoptado en la edición anterior, en esta ocasión hemos optado por una recopilación anual de la actividad legislativa de las Cortes de Castilla-La Mancha. Durante el pasado año 2007, nuestras Cortes has realizado una importante, si bien no excesiva labor legislativa, siendo ésta mucho más intensa en su primer semestre (coincidiendo con la VI legislatura) que en el segundo (en la VII legislatura). Pueden contarse leyes de distinta índole, destacando principalmente las de carácter social, económico, medioambientales, o relacionadas con el sector agrícola.

Cronológicamente, las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha, durante el año 2007, han sido las siguientes:

Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentivación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha.

Ley 2/2007, de 8 de marzo, del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha.

Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha.

Ley 5/2007, de 8 de marzo, de Declaración del Parque Natural de la Serranía de Cuenca.

Ley 6/2007, de 15 de marzo, por la que se modifica la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha.

Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha.

Ley 8/2007, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza.

Ley 9/2007, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha.

Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha.

Ley 11/2007, de 29 de marzo, de Creación del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha.

Ley 12/2007, de 8 de noviembre, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.

Ley 13/2007, de 8 de noviembre, de modificación de la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha.

1.- Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentivación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha (DOCLM núm. 55, de 13 de marzo de 2007).

La presente Ley se aprueba para dar cumplimiento a los objetivos marcados desde Europa, ratificados por España, de promover la energía a partir de fuentes renovables, orientada hacia la consecución de un desarrollo sostenible.

Mientras la demanda energética es cada vez mayor, las consecuencias medioambientales desencadenadas por dicho consumo son irreversibles para la naturaleza. Los países desarrollados comienzan a tener en cuenta el daño que el uso desmesurado de energías no renovables supone al desarrollo sostenible. Ha sido la Unión Europea quien hace unos años fijó determinados objetivos respecto al uso de la energía, destinadas a la promoción de la energía generada a partir de fuentes renovables (Directivas 2001/77/CE, de 27 de septiembre de 2001 y 2002/91/CE, de 16 de diciembre de 2002).

La propia Constitución impone el deber de conservar el medio ambiente (artículo 45 CE), constituyéndose el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como uno de los principios rectores de la política social y económica que deben inspirar, por lo tanto, la actuación del legislador. Los poderes públicos tienen el deber de velar por el uso

racional de los recursos naturales: *"los poderes públicos velarán 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, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva"* (artículo 45.2º.), previéndose incluso la posibilidad de establecer un régimen sancionador para salvaguardarlos: *"(…) se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado"* (artículo 45.3º.)

En cumplimiento de los objetivos fijados por dichas Directivas así como del mandato constitucional de conservar el medio ambiente, el legislador ha decidido aprobar la Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las energías renovables e incentivación del ahorro y eficiencia energética en Castilla-La Mancha.

La Ley consta de treinta y seis artículos estructurados a lo largo de un Título Preliminar y cinco Títulos, de la siguiente forma:

El Título Preliminar –*Disposiciones Generales*- se dedica a los aspectos más genéricos. En primer lugar se regula el objeto y ámbito de aplicación de la ley, previéndose expresamente como objeto de su regulación: *"(…) potenciar el uso racional de los recursos energéticos de carácter renovable en Castilla-La Mancha, fomentar la utilización racional de la energía en cualquiera de sus formas y promover el ahorro y la eficiencia energética (…)"* –artículo 1-. Además, se recogen diversas *definiciones* propias del ámbito de la energía, previstas en la Ley, para su correcta comprensión y aplicación –artículo 2-.Por último, se regulan los *principios generales* inspiradores de la Ley, siendo éstos: impulso y fomento del uso de energías renovables, la potenciación de la cultura energética que haga posible el ahorro, el equilibrio territorial y la diversificación del marco energético regional.

El Título I –*De la ordenación, impulso y desarrollo de las energías renovables*- contiene a su vez dos capítulos. El Capítulo I –*Ordenación y planificación de las energías renovables*-, regula como ámbito de la ordenación de las energías renovables: las fuentes naturales de las mismas, las áreas de captación, los instrumentos técnicos aplicados y las energías obtenidas. En el Capítulo II –*Impulso y desarrollo de las energías renovables*-, se regulan las medidas generales de promoción de las energías renovables, las medidas de promoción de las energías renovables de uso propio, la etiqueta verde de productor de energía eléctrica con fuentes renovables, así como la creación del Observatorio Regional para las Energías Renovables, previsto éste como órgano de carácter consultivo para el seguimiento y el análisis de la implantación y evolución de las energías renovables en la Región.

El Título II –*De la planificación, el ahorro y de la eficiencia energética*- regula la *planificación energética*, previéndose la creación de un *Plan Estratégico para el Desarrollo Energético de Castilla-La Mancha* (artículo 11). Además se recogen: las *obligaciones para el ahorro de energía*, dirigidas tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos; el deber de impulso y fomento del ahorro energético; el uso de energías renovables en edificios públicos de la Junta de Comunidades y la certificación energética, implantada como medida de control de ahorro y eficiencia energética.

El Título III –*Medidas de incentivación*- contiene una serie de medidas adoptadas a modo de estímulo o gratificación por el ahorro y eficiencia energética. Así, se prevén: el premio al ahorro y eficiencia energética, becas de investigación, créditos blandos para proyectos energéticos, promoción de cultivos energéticos en el ámbito rural y subvenciones por la reducción del uso de combustibles fósiles.

El Título IV –*Mecanismos de colaboración interadministrativos y procedimientos*- prevé como mecanismos de colaboración los siguientes: la cooperación administrativa y social, así como la participación de colaboradores autorizados en materia de energías renovables, ahorro y eficiencia energética, disponiendo para estos casos la simplificación de los procedimientos administrativos.

El Título V –*Infracciones y sanciones*- distingue las infracciones en función de su gravedad clasificándolas en: muy graves, graves y leves. La sanción consistirá en multa, directamente proporcional en su cuantía, al tipo de infracción cometida.

Finalmente, la Ley se completa con diversas Disposiciones: dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales. De ellas, es preciso destacar el contenido de la Disposición Transitoria Única, referida al *Plazo de adaptación de energías renovables en edificios públicos*. Mediante ésta, se establece un plazo de siete años, desde la entrada en vigor de la ley, para la adaptación de los edificios propiedad de la Junta de Comunidades, sus organismos autónomos, empresas públicas y demás entidades que integran el sector público regional, se adapten a las directrices marcadas por esta Ley, sobre ahorro y eficiencia energética. Los edificios en construcción o adquiridos con posterioridad, dispondrán de un plazo de cinco años para adaptarse.

2.- Ley 2/2007, de 8 de marzo, del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007).

La Constitución Española protege a la juventud previendo incluso un precepto específico para ella. Así, el artículo 48 CE dispone que: *"Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural"*. La juventud se inserta entre los principios rectores de la política socio-económica, debiéndose entender el citado precepto como la línea de actuación del legislador que, en cumplimiento constitucional, debe garantizar las condiciones para la participación de la juventud en la sociedad. Este precepto se refuerza además con el tan recurrido artículo 9.2 CE: *"Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social"*. En consecuencia, existe una obligación constitucional de los poderes públicos de promover las condiciones de participación de los ciudadanos, especialmente de la juventud, por ser éste un objetivo de los que orientan su política, en los diferentes aspectos de la sociedad.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha hace suyos los principios constitucionales citados anteriormente (artículo 4.4.d), reconociendo la competencia exclusiva de la Junta de Comunidades en materia de promoción y ayuda a los jóvenes (artículo 31.1.20º).

Sin embargo, la realidad de la juventud castellanomanchega presenta serias dificultades. En nuestra Región, los jóvenes se encuentran con graves problemas relacionados con la inestabilidad en el empleo, la falta de experiencia laboral o las dificultades para acceder a una vivienda. Se trata de cuestiones generalizadas al resto de los jóvenes españoles, no siendo por lo tanto un asunto exclusivo de nuestro Gobierno, aunque en definitiva es necesario establecer los mecanismos y acciones oportunos para paliar la situación y hacer efectivos los mandatos constitucionales y estatutarios.

Así pues, el Gobierno castellanomanchego tomó la decisión de adoptar medidas transversales, desde la coordinación de los agentes implicados y con el objetivo de alcanzar la eficacia en la actuación pública así como la participación de los jóvenes. Las primeras medidas supusieron la elaboración del I Plan Joven (1997-1999) y del II Plan

Joven (2003-2007). Este segundo Plan prevé expresamente la creación de un Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha, como instrumento para coordinar y planificar la política integral en materia de juventud (configurada en el II Pan) así como para asegurar la coordinación interdepartamental, para reforzar la transversalidad de las medidas adoptadas.

Mediante la presente Ley se crea dicho Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha, concebido éste como *"organismo autónomo adscrito a la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha"* (artículo 1).

La Ley consta de catorce artículos estructurados en cinco Capítulos: Capítulo I *–Disposiciones generales-*, en donde se recogen: su creación y naturaleza jurídica, sus fines y funciones; Capítulo II *–Organización del Instituto-*, dedicado a la composición, funciones y funcionamiento de los dos órganos que componen el Instituto: el *Consejo de Dirección* y la *Dirección del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha;* Capítulo III *–Órganos de consulta y participación-,* siendo éstos los siguientes: el Consejo de la Juventud de Castilla-La Mancha (permanente), la Comisión Territorial de Juventud, el Consejo de Dirección (para materias específicas); Capítulo IV *–Personal al servicio del Instituto-,* sujeto éste a las normas aplicables al personal de la Administración regional según su régimen específico; Capítulo V *–Régimen económico y financiero del Instituto de la Juventud de Castilla-La Mancha-* incluyéndose en éste: los recursos económicos, el patrimonio y el régimen presupuestario y contable.

Finalmente, la Ley se completa con una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales.

3.- Ley 3/2007, de 8 de marzo, de Participación Social en la Educación en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007).

Mediante la presente Ley queda derogada la anterior Ley 12/1999, de 3 de diciembre, del Consejo Escolar en Castilla-La Mancha.

Tanto la Constitución como el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha regulan la obligación de los poderes públicos de proporcionar las condiciones para la participación efectiva de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (artículo 9.2 CE;

artículo 4.2 EACLM). Así, la participación efectiva de la sociedad en la enseñanza constituye una de las políticas que debe seguir el legislador, siendo en nuestra Comunidad competencia del legislador autonómico el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de enseñanza, en toda su extensión y a cualquier nivel.

Haciendo uso de su competencia y en cumplimiento de lo constitucional y estatutariamente previsto, las Cortes Regionales aprobaron la Ley 12/1999, de 3 de diciembre, del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, como órgano de consulta y, sobre todo, como órgano de participación e implicación de la sociedad en la programación general de la enseñanza en niveles inferiores a la Universidad. El Consejo Escolar aprobó, a su vez, el Decreto 268/2004, de 26 de octubre de regulación de las "asociaciones de madres y padres de alumnos y sus federaciones en los centros docentes".

Sin embargo, tras casi una década de su aprobación, y a tenor de los estudios realizados por el Consejo Escolar sobre la *"Participación de los padres y madres del alumnado en el ámbito municipal y en los centros escolares"*, en los que advierte una participación real en los centros escolares baja, se concluye la necesidad de reformar el modelo de participación educativa aprobado en 1999.

Esta Ley nace, por lo tanto, con el propósito de que la Región garantice la participación efectiva de la sociedad en la programación general de la enseñanza. Para ello, deroga la Ley 12/1999, estableciendo nuevos parámetros y nuevos cauces de participación, tras el fracaso de los previstos por dicha Ley.

La Ley cuenta con 28 preceptos, estructurados de la siguiente manera:

Título Preliminar –*Disposiciones Generales*-, entre las que se regulan los *objetivos* y el *contenido* de la programación general de la enseñanza (artículos 2 y 3). Es preciso destacar la regulación de la *participación* en la programación general de la enseñanza (artículo 1), por constituir éste el objeto principal de la Ley, previéndose que: *"La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha garantizará el derecho a la educación mediante una programación general de la enseñanza que asegure la participación efectiva de todos los sectores afectados".*

Título I –*Órganos de gobierno, de participación y de consulta*-, compuesto a su vez por tres capítulos: Capítulo I –*del Consejo Escolar de*

Castilla-La Mancha-, previsto como órgano de participación y consulta en la programación general de la enseñanza no universitaria*;* Capítulo II *–de los Consejos Escolares de la Localidad-,* junto con el Consejo Escolar, previstos como órganos de participación y consulta en la programación general de la enseñanza no universitaria; Capítulo III *–de los Consejos Escolares de Centro-,* son órganos colegiados de gobierno y participación.

Título II *–De la participación de la Comunidad Educativa-*. Se regula la *participación* activa de los distintos agentes implicados en la enseñanza: el profesorado, a través de sus organizaciones sindicales; el conjunto del alumnado, madres y padres, a través de sus asociaciones, federaciones y confederaciones; así como la obligación del Gobierno Regional de apoyar a los anteriores en su acción (artículo 26). Además, se regulan los fines de las asociaciones de madres y padres de alumnos (artículo 27) y las asociaciones de alumnos y alumnas (artículo 28).

Finalmente, varias Disposiciones completan el contenido de la Ley: Disposición Adicional Primera *–Los Consejos Escolares de Zona Educativa-*, Disposición Adicional Segunda *–Reglamento de funcionamiento-*; tres Disposiciones Transitorias; Disposición Derogatoria Única y dos Disposiciones Finales. De entre todas ellas, destacamos por su importancia práctica las siguientes:

La Disposición Transitoria Primera, referida a la *aplicación de las normas reglamentarias*, mantiene la vigencia del Decreto 123/2000, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha, y del Decreto 268/2004, de 26 de octubre, de regulación de las asociaciones de madres y padres de alumnos y sus federaciones y confederaciones en los centros docentes que imparten enseñanzas no universitarias en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

La Disposición Derogatoria Única, referida a la *derogación normativa*, deroga expresamente la Ley 12/1999, de 3 de diciembre, del Consejo Escolar de Castilla-La Mancha.

4.- Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental en Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007).

Mediante esta Ley se deroga la anterior Ley de Evaluación del Impacto Ambiental, de 8 de abril de 1999. La presente Ley 4/2007 mantiene como objeto la evaluación del impacto ambiental de proyec-

tos públicos y privados en Castilla-La Mancha, con la pretensión de alcanzar un elevado nivel de protección del medio ambiente así como de promoción del desarrollo sostenible, aunque incorporando de manera central el elemento de la transparencia en la información y en la participación pública.

Hasta la fecha, la anterior ley daba cumplimiento al deber de nuestro legislador de desarrollar y completar la legislación estatal en materia de medio ambiente, que incorporada a derecho interno las Directivas Europeas en dicha materia. Sin embargo, en 2001, dos años más tarde de la aprobación de la precitada Ley 5/1999, de 8 de abril, de Evaluación de Impacto Ambiental, se aprobó una nueva Directiva en la materia. Así pues, la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, incorporada mediante ley estatal (Ley 9/2006, de 28 de abril) al ordenamiento interno. A esta Directiva le sucedieron otras dos que continuaron incorporando medidas y actuaciones sobre el impacto medioambiental: Directiva 2003/4/CE sobre el acceso público a la información medioambiental y Directiva 2003/35/CE que establece medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente, que del mismo modo fueron incorporadas mediante ley estatal (Ley 27/2006, de 18 de julio).

Tras estos cambios legislativos procedentes de Europa y adaptados perfectamente por nuestro derecho, y teniendo en cuenta la competencia de desarrollo de legislativo y ejecución en materia de protección del medio ambiente así como de establecer normas adicionales para su protección (artículo 32.7 Estatuto de Autonomía) propia del legislador autonómico, se hacía imprescindible la aprobación de una ley que incorporase las nuevas exigencias sobre evaluación ambiental.

La Ley 4/2007, de 8 de marzo, responde a dichas exigencias, incorporando como uno de los elementos centrales la transparencia en la información y en la participación pública. Además, se introducen otras novedades significativas, tales como: revisión el listado de actividades y proyectos sometidos a Evaluación de Impacto Ambiental; simplificación de la tramitación de expedientes sometidos al procedimiento de Evaluación Ambiental; interpretación negativa del silencio producido por la demora del órgano ambiental en emitir Declaración de Impacto Ambiental; especificación sobre la atribución de competencias para la imposición de sanciones de carác-

ter no pecuniario; previsión sobre el destino de las sanciones pecuniarias, previstas para actuaciones en protección del medio ambiente, entre otras novedades.

La Ley consta de cincuenta y tres artículos estructurados en cuatro títulos, organizados de la siguiente manera:

El Título I, se dedica a las *Disposiciones Generales*, regulando aspectos tales como el objeto de la ley, su ámbito de aplicación y, además, dedica uno de sus preceptos a regular las definiciones específicas de utilidad para el uso y aplicación de la Ley.

El Título II, denominado *De la Evaluación del Impacto Ambiental de Proyectos*, resulta de aplicación a *"los proyectos, públicos o privados, consistentes en la realización de las obras, construcciones, instalaciones o cualquiera otra actividad comprendida en el Anexo I deberán someterse a Evaluación del Impacto Ambiental (…)"* (artículo 5).

El Título III, denominado *De la Evaluación Ambiental de planes y Programas*, consta a su vez de dos capítulos, distinguiéndose entre: *Finalidad, objeto y efectos (*Capítulo I) y *Procedimiento de Evaluación Ambiental de planes y programas* (Capítulo II), siendo todo el título de aplicación a: *"Los planes y programas que pretendan realizarse en Castilla-La Mancha relativos a materias (…)"* (artículo 25).

El Título IV, denominado *De la vigilancia e inspección, y de las infracciones y sanciones*, consta a su vez de los siguientes capítulos: *De la vigilancia e inspección* (Capítulo I), *De las infracciones* (Capítulo II), *De las sanciones* (Capítulo III) y *Del procedimiento y la competencia* (Capítulo IV).

Tras el articulado, se contienen distintas disposiciones: cuatro Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única (mediante la que se deroga expresamente la Ley 5/1999, de 8 de abril) y dos Disposiciones Finales.

Además, la Ley cuenta con diversos anexos que la completan en su contenido: el Anexo I, relativo a *proyectos que deberán someterse a una evaluación del impacto ambiental en la forma prevista en esta ley;* El Anexo II, sobre *proyectos que serán sometidos cuando así lo decida el órgano ambiental en cada caso*; El Anexo III, sobre *criterios de selección contemplados en el artículo 5.1.2*; El Anexo IV, sobre el *contenido del informe de sostenibilidad ambiental;* y el Anexo V dedicado a los *criterios para determinar la posible significación de los efectos sobre el medio ambiente.*

5.- Ley 5/2007, de 8 de marzo, de Declaración del Parque Natural de la Serranía de Cuenca (DOCLM, núm. 60, de 20 de marzo de 2007)

Mediante esta Ley se declara el Parque Natural de la Serranía de Cuenca. Para entender el objeto así como la justificación de dicha declaración es preciso hacer algunas puntualizaciones:

En el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de la Serranía de Cuenca, aprobado por Real Decreto 99/2006, de 1 de agosto, ya se preveía el establecimiento de la figura de protección de Parque Natural para los terrenos definidos en el Anejo I de dicho Plan, en los términos municipales que componen el núcleo de la Serranía de Cuenca, por reunir los requisitos señalados en la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza (artículo 41).

Los objetivos del citado Plan se concretan en asegurar la conservación y restauración de los valores naturales más significativos de estas zonas, fomentar los aprovechamientos tradicionales y el desarrollo sostenible.

Asimismo, las características naturales de las zonas en cuestión así como las especies animales que habitan en ellas han puesto de manifiesto la importancia de su conservación en relación al cumplimiento de normativas europeas tales como: Directiva 92/43/CEE (anexos I y II) y Directiva 79/409/CEE (anexo I), configurándose dichas zonas como un área importante para la conservación de la biodiversidad de la Unión Europea susceptible de formar parte de la Red NATURA 2000.

Además, en la zona de la Serranía de Cuenca ya se había declarado por el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales la *Reserva de Caza de la Serranía de Cuenca*, mediante Ley 2/1973, de 17 de marzo.

En definitiva, y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, se ha decidido mediante la presente Ley aprobar la *Declaración del Parque Natural de la Serranía de Cuenca*.

La Ley se compone de once artículos, seguidos de sus correspondientes disposiciones y, finalmente, se completa con cuatro anejos.

En cuanto a su contenido, a lo largo de su articulado se regulan cuestiones como: el objeto, los usos, aprovechamientos y actividades del Parque, administración, financiación y dirección del Parque, la Junta

Rectora, la determinación del área de influencia socio-económica, el establecimiento de la zona periférica de protección del Parque, la reserva de caza, y las infracciones y sanciones.

En cuanto a las disposiciones, se recogen las siguientes: dos Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única, referida al *régimen transitorio de los cotos de caza* sobre los terrenos desafectados del régimen de reserva de caza, y cuatro Disposiciones Finales.

En cuanto a los anejos, se prevén cuatro: Anejo I, referido a *los límites del Parque Natural de la Serranía de Cuenca*; Anejo II, referido a la *clasificación y regulación general de los usos, los aprovechamientos y las actividades en el Parque Natural de la Serranía de Cuenca;* Anejo III, sobre *los límites y normativa aplicable a los usos, aprovechamientos y actividades de la zona periférica de protección;* y Anejo IV, referido a la *delimitación de la Reserva de Caza "Serranía de Cuenca".*

6.- Ley 6/2007, de 15 de marzo, por la que se modifica la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 72, de 5 de abril de 2007).

Mediante esta Ley se aprueba la creación del *Fondo de Promoción Vitivinícola*, que nace con el objetivo de desarrollar el potencial del mercado de los productos vitivinícolas elaborados en nuestra Región, a nivel regional, nacional e internacional. Además, se regulan expresamente las aportaciones "obligatorias" a dicho Fondo. Estas aportaciones deberán ser realizadas por los titulares de las instalaciones de transformación de uva en mosto, así como por los de las que comercializan productos embotellados del sector vitivinícola en la Castilla-La Mancha.

Se prevé además, que las aportaciones a realizar deberán ser fijadas por ley, siendo los representantes del propio sector vitivinícola quienes deben fijar la cuantía anual, en función de criterios objetivos y contando con el respaldo del Patronato de la Fundación. Se contempla además, la posibilidad de excluir de determinadas ayudas financieras, concedidas por la Junta de Comunidades, a quienes incumplan su obligación de contribuir con sus aportaciones al Fondo.

Así pues, estas medidas se introducen en la Ley 8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha, a través de la modificación de su artículo 26 y con la introducción de un nuevo artículo 26 bis.

La presente Ley consta, por lo tanto, tan sólo de dos preceptos: artículo primero, dedicado a la *modificación del artículo 26 de la Ley 8/2003*, mediante el que se introduce la creación del Fondo de Promoción Vitivinícola; y un artículo segundo, dedicado a la *adicción del artículo 26 bis de la Ley 8/2003*, mediante el que se introducen las aportaciones al Fondo de Promoción Vitivinícola. Por último, la Ley se cierra con una Disposición Final Única, referida a su entrada en vigor.

7.- Ley 7/2007, de 15 de marzo, de Calidad Agroalimentaria de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 72, de 5 de abril de 2007).

El sector agroalimentario es uno de los sectores económicos más importantes en Castilla-La Mancha. En dicho sector, además, influyen diversos factores sociales, medioambientales, desempeñando la calidad una función primordial en el éxito del sector.

En nuestra Región el peso de este sector se debe en gran parte, no sólo a la gran diversidad de productos que se ofertan, sino a su sello de calidad. Además, el hecho de que los productos castellano-manchegos sean conocidos dentro y fuera de nuestras fronteras es una muestra evidente de la calidad, pero a sabiendas de que ésta se debe en parte, a la zona en la que se hace el producto, por tratarse de una tierra de agricultura y artesanos, siendo la producción tradicional y el sello de origen la fama indiscutible de muchos de nuestros productos.

Así pues, esta Ley se aprueba con el objeto de fomentar y garantizar la garantía de los productos agroalimentarios de la Región con una "calidad diferenciada", mediante: *"las figuras de protección de la calidad como las denominaciones de origen o indicaciones geográficas protegidas, especialidades tradicionales garantizadas, los vinos de calidad producidos en regiones determinadas, los vinos de la tierra (…)"*. Para ello, la Consejería de Agricultura fomentará los sistemas de protección de la calidad agroalimentaria.

La Ley consta de setenta y un artículos, estructurados en seis títulos dedicados, respectivamente a los siguientes: d*isposiciones generales, figuras de calidad agroalimentaria, órganos de gestión, entidades de control de la calidad agroalimentaria, aseguramiento de la calidad agroalimentaria* y *régimen sancionador.*

Por último, tras el articulado, la Ley se completa con las siguientes: una Disposición Derogatoria Única, mediante la que se deroga expresamente el artículo 50 y la Disposición Adicional Sexta de la Ley

8/2003, de 20 de marzo, de la Viña y el Vino de Castilla-La Mancha; y cuatro Disposiciones Finales.

8.- Ley 8/2007, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza (DOCLM, núm. 72, de 5 de abril de 2007).

En este caso no nos encontramos ante a un caso de derogación de ley anterior, sino ante la reforma de aquella, por la imperiosa necesidad de adaptarla a la realidad actual y a las exigencias impuestas desde la Comunidad Europea.

Sabido es que la materia de medio ambiente, aunque se reserva al Estado en sus aspectos básicos, se prevé constitucionalmente la facultad de las Comunidades Autónomas de *"establecer normas adicionales de protección"* (artículo 149.1.23 CE). Así pues, el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha, regula, en el marco de la legislación básica del Estado, la competencia: *"en materia de montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias, pastos y espacios naturales protegidos (…) y protección del medio ambiente y de los ecosistemas"* (32.2º. y 7º.).

En ejercicio de su competencia constitucional, el legislador autonómico aprobó la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza, de desarrollo de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y la Fauna Silvestres. Sin embargo, en la década de los noventa, la Comunidad Europea aprobó diversas directivas destinadas a la conservación de los hábitat naturales y a la protección de las especies, que obligan a la adecuación de nuestra Ley 9/1999, de 26 de mayo, a dichas directivas europeas (Directivas 92/43/CEE, del Consejo, de 21 de mayo de 1992, y 79/409/CEE, del Consejo, de 2 de abril de 1979).

No cabe duda que es competencia del legislador autonómico el competente, especialmente tras el pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 2004, acerca de competencias en materia de Parques Nacionales. Así, el Tribunal Constitucional en STC 194/2004, de 10 de noviembre, confirmó la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la gestión de los Parques Nacionales.

Con todo, atendiendo al ejercicio de sus competencias el legislador en nuestra Región ha aprobado la Ley 8/2007, de 15 de marzo, de modificación de la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de conservación de la naturaleza.

Esta Ley consta de Artículo Único, en el que se contienen las modificaciones introducidas a la anterior legislación. De todas ellas ha de destacarse la introducción de nuevas infracciones, encaminadas a una mayor protección de los espacios y las especies protegidas. Finalmente, se completa con una Disposición Transitoria Única, y dos Disposiciones Finales.

9.- Ley 9/2007, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley 4/1990, de 30 de mayo, de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 82, de 19 de abril de 2007).

La presente Ley modifica, mediante artículo único, el artículo 21 de la Ley 4/1990, de 30 de mayo de Patrimonio Histórico de Castilla-La Mancha en los siguientes términos: el antiguo artículo 21 preveía únicamente para los promotores y propietarios de obras que fueren a ejecutarse en zonas, solares o edificaciones donde existieren o se presumiere la existencia de restos arqueológicos, la obligación de aportar estudio arqueológico autorizado y programado por la Consejería competente en materia de patrimonio histórico, denotando dicha obligación un fin estrictamente preventivo.

La nueva redacción dada al precitado artículo 21 tras la entrada en vigor de la presente Ley, amplía la obligación de aportar el estudio arqueológico en cuestión a los supuestos de obras en zonas, solares o edificaciones colindantes (apartado 1º.) y, además, habilita a la Administración de la Región a la ejecución subsidiaria (nuevos apartados 2º. Y 3º.).

Se trata por lo tanto, de una Ley de estructura sencilla compuesta de Artículo Único y una Disposición Final, acerca de su entrada en vigor.

10.- Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios Audiovisuales de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 82, de 19 de abril de 2007).

Constatada la importancia de los medios de comunicación en una sociedad democrática y plural, como la nuestra, inmersa además en una era en la que la tecnología avanza a una velocidad desmesurada, contamos con desmesurada variedad de tipos de comunicación audiovisual.

El legislador, en un plazo relativamente corto de tiempo, ha pasado de regular radio y televisión por cable, a encontrarse frente al

fenómeno de las telecomunicaciones audiovisuales. En consecuencia, existe una dispersión normativa que conviene unificar.

Así pues, la presente Ley unifica los dispersos textos normativos existentes en materia de prestación de servicios de radio y televisión, siendo aplicable a quienes presten dichos servicios en el ámbito de Castilla-La Mancha.

La Ley consta de cincuenta y dos artículos, estructurados en cuatro títulos dedicados a los siguiente, respectivamente: *disposiciones generales, títulos habilitantes para la prestación de los servicios de radio y televisión, Registro de Radio y Televisión de Castilla-La Mancha* y *régimen de infracciones y sanciones.*

Finalmente, la Ley se cierra con las siguientes: una Disposición Transitoria Única, una Disposición Derogatoria Única, y dos Disposiciones Finales.

11.- Ley 11/2007, de 29 de marzo, de Creación del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 82, de 19 de abril de 2007).

Mediante esta Ley se crea el *Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha*. Este organismo nace con el objeto de planificar, gestionar y conservar las áreas protegidas y los recursos naturales previstos por la Ley 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza.

La creación de este organismo está motivada especialmente por tres hechos:

En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de noviembre de 2004 (STC 194/2004), en la que confirmó la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas en la gestión de los Parques Naturales.

Por otro lado, el proceso de definición de la *Red NATURA 2000* que se está desarrollando en nuestra Región y cuyos resultados muestran que el 23% del territorio de Castilla-La Mancha forma parte de la Red NATURA 2000.

Por último, el crecimiento de los demás tipos de zonas sensibles y espacios naturales protegidos de la Comunidad.

Todos estos factores evidencian la necesidad de asegurar una gestión coordinada de todos los componentes de la misma Red Regional de Áreas Protegidas, a través de un organismo autónomo encargado de su gestión global. En consecuencia, se ha tomado la decisión de crear mediante esta ley dicho órgano de coordinación, denominado: *"Organismo Autónomo de Espacios Naturales de Castilla-La Mancha".*

La presente Ley consta de diecisiete artículos, estructurados a lo largo de tres Títulos, de la siguiente manera:

El Título I *–Del Organismo Autónomo Espacios Naturales de Castilla-La Mancha-,* consta a su vez de cuatro capítulos, encargados de los siguientes contenidos, respectivamente: disposiciones generales, organización, régimen jurídico del personal y régimen patrimonial, económico y financiero.

El Título II *–De la gestión de los Parques Nacionales-*, atribuye en primer lugar la gestión de los Parques Naturales al Organismo Autónomo Espacios Naturales (artículo 13); regula las previsiones sobre el la administración y dirección de las actividades del Parque Nacional, atribuyéndola al Director-Conservador (artículo 14); y recoge además la figura del Patronato (artículo 15).

El Título III *–De la gestión del resto de áreas y recursos naturales protegidos-* regula cuestiones de competencia.

Finalmente, se contemplan tres Disposiciones Adicionales, tres Disposiciones Transitorias, y dos Disposiciones Finales.

12.- Ley 12/2007, de 8 de noviembre, por la que se adecúa la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 239, de 16 de noviembre de 2007).

La Ley 12/2007, de 8 de noviembre, nace con el objetivo de adecuar la distribución de escaños por provincias en función del criterio territorio-población. Para ello, el legislador autonómico parte de las cifras mínimas asignadas estatutariamente y toma la decisión de corregirlas en función de la variante poblacional. De esta manera, decide aumentar en un escaño la representación de las poblaciones de Toledo y Guadalajara por el aumento de población experimentado con respecto al resto, especialmente en referencia a las poblaciones que mantenían la misma representación.

En cuanto al texto de la ley, se trata de un texto sencillo que contiene un único artículo dedicado a la reforma de la ley electoral en lo referente a la distribución de escaños. Así y tras una exposición de motivos en la que se explican los motivos por los que se procede de esta manera, se prevé una composición de Cortes de 49 diputados y una asignación expresa del número correspondiente de diputados por provincia exactamente igual que se hacía en la regulación anterior, con las siguientes modificaciones: a Toledo, le corresponderán 12 diputados y a Guadalajara, 8 diputados[1].

En lo demás (listas cerradas y bloqueadas, circunscripción provincial…), el sistema se mantiene conforme a los parámetros previstos anteriormente. La reforma se ciñe exclusivamente al sistema de distribución de escaños, tal y como ha ocurrido en ocasiones anteriores, más concretamente, a la corrección de los escaños asignados.

Tras su Artículo Único, la Ley se cierra con una Disposición Final.

13.- Ley 13/2007, de 8 de noviembre, de modificación de la Ley 5/1993, de 27 de diciembre, de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha (DOCLM, núm. 239, de 16 de noviembre de 2007).

La Ley 5/1993, de 27 de noviembre, de Sindicatura de Cuentas, limitó excesivamente las potestades fiscalizadoras de dicho órgano en el ámbito de las Corporaciones Locales, por temor a motivar conflictos competenciales con el Estado en dicha materia. En otras Comunidades Autónomas, los legisladores fueron más arriesgados y asumieron desde sus Órganos de Control Externo amplias competencias fiscalizadoras, provocando sendos recursos ante el Tribunal Constitucional.

Tras el pronunciamiento del Alto Tribunal, en el que confirmó la plena competencia fiscalizadora de los Órganos de Control Externo Autonómicos, es momento de modificar nuestra Ley 5/1993, de 27 de diciembre, ampliando las competencias de la Sindicatura de Cuentas, como órgano de fiscalización de Castilla-La Mancha.

Esta modificación legislativa se hace necesaria, fundamentalmente, entorno a un pilar: otorgar a la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha la potestad plena para el control externo de la actividad económico-financiera del Sector Público Local en la Región, con el mismo alcance que para el conjunto del Sector Público Regional.

La presente Ley consta de un Artículo Único, en el que se recogen las modificaciones introducidas a la Ley 5/1993, y se cierra con diversas disposiciones: una Disposición Adicional Única, una Disposición Derogatoria Única y una Disposición Final.

[1] Artículo 16, Ley 12/2007: *"1.- Las Cortes de Castilla-La Mancha están formadas por 49 diputados.*

2.- A cada provincia le corresponde el siguiente número de diputados: Albacete, diez diputados; Ciudad Real, once diputados; Cuenca, ocho diputados; Guadalajara, ocho diputados; y Toledo, doce diputados".

COMENTARIOS Y NOTAS DE ACTUALIDAD

BOTÍA TORRALBA, Pascual: *Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa.* Editorial: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad. Barcelona, 2007, 163 páginas.

Como es sabido, la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998 de 13 de julio (en adelante LJCA) supone un punto de inflexión con respecto al anterior sistema previsto en la ley de 1956. Ya desde la exposición de motivos, presta una especial atención a las medidas cautelares, ampliando su tipología, anteriormente limitada únicamente a la suspensión. En efecto, el criterio de adopción se centra en el hecho de que la ejecución del acto pueda hacer perder su finalidad al recurso, pero siempre sobre la base de la ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto. De esta forma, la suspensión ya no puede ser la única medida cautelar posible, por lo que será el Juez o Tribunal quien deba valorar la adopción de las que fueran necesarias, según las circunstancias del caso concreto. Juzgar y ejecutar lo juzgado son funciones que corresponden exclusivamente a los Jueces y Tribunales (artículos 117.3 Constitución Española y 2.1 Ley Orgánica del Poder Judicial), pero en nuestro Derecho no se producen instantáneamente en el tiempo, sino que es preciso realizar una serie de actos con intervención de las partes (alegaciones, prueba, conclusiones) que garanticen el derecho a la tutela judicial efectiva e impidan en todo punto la indefensión. Todo ello configura el llamado trámite procesal cuya duración es susceptible de convertir en estéril e inútil la ejecución de la Sentencia final que ponga término a un proceso donde las medidas cautelares justifican la razón de su existencia, por su instrumentalidad, al carecer "per se" de sustantividad propia.

En este orden de ideas, la finalidad principal de un sistema de medidas cautelares vendría determinada por la búsqueda de un equilibrio, tan importante como necesario, entre la ejecutividad de la actuación administrativa y el respeto a los derechos de los ciudadanos, por lo que siempre serán bienvenidas todas aquellas obras que aborden su estudio.

Es a ello a lo que se dedica el libro objeto de esta recensión, donde a lo largo de cinco Capítulos el autor lleva a cabo un estudio del régimen de este instituto jurídico, partiendo del análisis de la regulación legal de las medidas cautelares y la doctrina jurisprudencial. Finalmente, introduce un formulario, imprimiendo así a la obra de un carácter práctico de gran utilidad.

El primer Capítulo es una introducción, incidiendo en la relevancia de las medidas cautelares en el recurso contencioso-administrativo. Así, su razón de ser radica en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre desde que se inicia un determinado procedimiento judicial y hasta que en el mismo recae un pronunciamiento judicial firme, suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Es, en definitiva, una cuestión de justicia cautelar, en la medida en que la demora que inevitablemente se produce desde que un determinado conflicto se plantea ante los Juzgados y Tribunales y hasta que éstos lo resuelven, es susceptible de producir daños y perjuicios en los derechos e intereses legítimos del interesado.

El segundo Capítulo se centra en las nociones generales sobre el régimen de medidas cautelares establecido en la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Partimos de la base de que una constante doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que la justicia cautelar forma parte esencial del contenido del derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española. Una de las proyecciones fundamentales es el acceso a los tribunales y, en caso de obtener una resolución jurisdiccional favorable, que ésta pueda ejecutarse en sus propios términos. Por tanto, resulta evidente la estrecha relación entre tutela cautelar y derecho a la tutela judicial efectiva, la cual se satisface posibilitando que los Tribunales se pronuncien sobre la ejecutividad del acto administrativo impugnado y adopten, en su caso, las medidas necesarias para salvaguardar los derechos e intereses en juego. Así planteada, la justicia cautelar representa un límite a las prerrogativas exorbitantes de la Administración, con el fin de garantizar una situación de igualdad ante los tribunales, dando cumplimiento al deber de control o fiscalización de la actuación administrativa garantizada por el artículo 106 CE.

El tercer Capítulo constituye el núcleo del trabajo y en él se analizan los requisitos materiales o criterios de adopción de las medidas cautelares. Para ello toma como hilo conductor el artículo 130 LJCA cuyo tenor literal establece lo siguiente: *"Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso".*

Se trata, en primer lugar, de hacer una ponderación entre los perjuicios que se ocasionan al interés público por la no ejecución inme-

diata del acto y los perjuicios que se ocasionarían al recurrente con dicha inmediata ejecución, pero teniendo también en cuenta la posible existencia de intereses de terceros afectados por la medida cautelar. Naturalmente, la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto debe hacerse por el órgano jurisdiccional de manera motivada. Es una cuestión de seguridad jurídica, para que el recurrente pueda conocer los motivos que han llevado a la decisión judicial y posibilitar, en su caso, la revisión o impugnación de dicha decisión.

En esta materia, la preeminencia del interés público es una constante en la doctrina jurisprudencial, que tiene un ámbito de aplicación preferente en materia de suspensión de instrumentos de planeamiento urbanístico, donde se considera prevalente el denominado "interés público urbanístico".

Con todo, el criterio decisor que la Ley Jurisdiccional ha establecido para dirimir las solicitudes de medidas cautelares es que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, de tal forma que si se produjera esta circunstancia, la medida cautelar debería ser denegada. Lo que se persigue es preservar la eficacia de la eventual sentencia estimatoria de las pretensiones del recurrente, pues se trata de evitar que se generen situaciones irreversibles durante la sustanciación del recurso que, en perjuicio del actor, hagan ineficaz la sentencia o impidan la ejecución en sus propios términos. Especial relevancia adquiere el artículo 104 LJCA que establece un criterio finalista y equivalente al tradicional principio del *"periculum in mora"*, toda vez que la medida cautelar sólo va a poder acordarse cuando la misma sea necesaria para garantizar los efectos de una hipotética sentencia estimatoria, evitando así que el proceso judicial pueda convertirse en un instrumento inútil para aquel que, teniendo la razón, precisa de dicho proceso judicial para su reconocimiento.

En este punto es indispensable añadir otro elemento de suma importancia como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares: el *"fumus boni iuris"*. En virtud de la aplicación del *fumus boni iuris* es posible valorar con carácter provisional las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de la pretensión. Este binomio es, bien establecido, el margen interpretativo para la apreciación de la apariencia de buen derecho.

Por otra parte, el artículo 130.2 de la Ley dispone que: "*La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".*

Se plantea el problema de determinar qué se entiende por *"perturbación grave de los intereses generales o de tercero"*. Por una parte podría considerarse que aunque concurra el resto de condiciones previstas en la Ley para la adopción de las medidas cautelares, la misma podría denegarse de existir una "perturbación grave" de los intereses generales o de tercero. Es decir, aunque la ejecución inmediata del acto pueda hacer perder la finalidad legítima del recurso por generar situaciones irreversibles o que imposibiliten la ejecución de una eventual sentencia estimatoria en sus propios términos, la medida cautelar podrá denegarse si existe aquella perturbación grave.

Por otra parte, también podría concebirse este precepto como una aclaración a la previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto que debe realizarse al decidir sobre la adopción de la medida cautelar. Es en este apartado donde el autor hace un inciso, tan importante como conveniente, puesto que como él mismo afirma, *"... la noción "perturbación grave de los intereses generales o de tercero" posibilita un margen de discrecionalidad tan importante que el mismo es claramente provocador de inseguridad jurídica (...)."*. (Pág. 53). Posteriormente continúa exponiendo que *"(...) cabe destacar que la aplicación de esta causa de denegación habrá de realizarse de forma circunstanciada y con un criterio claramente restrictivo, por lo que parece coherente que, respecto al interés de tercero, sólo una perturbación de ésta de mayor intensidad que la que sufra el recurrente, pueda justificar la denegación de la medida cautelar, única interpretación posible a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva."* (Pág. 54).

En el cuarto Capítulo se aborda el estudio de los elementos formales del régimen de medidas cautelares. Aquí hace referencia al procedimiento para su adopción, tomando como base legal los artículos 129 a 136 LJCA, adentrándose en el análisis de algunos aspectos importantes, como las medidas cautelares inaudita parte y las medidas cautelares positivas. El estudio de las primeras se enmarcan dentro de la fase de audiencia de la parte contraria, previsto en el artículo 131 LJCA, configurándose como una excepción a este principio. Efectivamente, el artículo 135 de la LJCA contempla la posibilidad de que, en aquellos supuestos excepcionales en que concurran circunstancias de especial urgencia, el Juez y Tribunal adopte la medida cautelar sin oír a la parte contraria, si bien es cierto que la Jurisprudencia exige para su aplicación, la exigencia de una "acreditada y contrastada urgencia". Su utilización es bastante frecuente en procedimientos sobre expulsión de extranjeros, ejecución inmediata de liquidaciones tributarias de cuantía inasumible para el recurrente, órdenes de demolición de construcciones o de paralización y clausura de actividades, etc. Es éste un mecanismo

procesal que no debe considerarse contrario al artículo 24 de la Constitución, ni vulnera el derecho de defensa, en la medida en que su finalidad es salvaguardar la tutela judicial efectiva del recurrente, haciendo posible la eficacia de la decisión cautelar que se adopte. Además, queda limitada al máximo y sólo durante el tiempo imprescindible, pues inmediatamente después (dentro de los tres días siguientes al Auto que acuerde la medida cautelar) se celebrará una comparecencia en la que, ya sí con audiencia de la parte contraria, se resolverá con carácter definitivo sobre la medida cautelar interesada.

En cuanto a la figura de las medidas cautelares positivas, debemos partir de la base de que en la práctica, la medida cautelar por excelencia en el orden contencioso-administrativo es la consistente en la suspensión de la ejecución del acto. Pero las llamadas medidas cautelares positivas son bastante frecuentes, sobre todo en el ámbito de la vía de hecho e inactividad de la Administración. En estos casos la medida cautelar positiva perseguiría la cesación o paralización cautelar de la actividad administrativa constitutiva de esa vía de hecho, o bien la realización, también con carácter cautelar, de la actuación debida en caso de inactividad de la Administración. También podemos ver casos de medidas cautelares positivas en los supuestos de recursos contra actos administrativos negativos o denegatorios, en cuyo caso lo que pretende es la concesión o disfrute provisional de lo denegado. Es decir, al contrario de lo que ocurría con la anterior Ley de 1956, que sólo contemplaba la suspensión como única medida cautelar a adoptar, a partir de la LJCA de 1998 se acepta la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo, optando así por un sistema de *"numerus apertus"*, en orden a asegurar la efectividad de la sentencia.

Finalmente, el último Capítulo es un análisis de los criterios jurisdiccionales en relación a la adopción de medidas cautelares en las diferentes materias del orden contencioso-administrativo: liquidaciones y sanciones tributarias, expropiación forzosa, clausura de actividades, sanciones administrativas, función pública, Seguridad Social, órdenes de demolición de obras, disposiciones generales y extranjería. Para cada uno de estos ámbitos el autor expone hábilmente ejemplos de Jurisprudencia, para mostrar las soluciones que ofrece el Tribunal Supremo para cada caso.

Así, la obra objeto de esta recensión ofrece una visión clara y sistemática de estos "instrumentos de acción rápida", si bien es cierto que, en mi opinión, hay ciertas carencias. En tal sentido, consideramos que trata de una manera no muy completa la problemática de una even-

tual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto que es constante, como hemos visto, la prevalencia del interés público frente al interés particular del recurrente. Se plantea de esta forma una confrontación entre este derecho fundamental y el principio de eficacia de la actuación administrativa, consagrado en el artículo 103 de nuestra Norma Fundamental. En este punto hubiera sido deseable que el autor completara con otras corrientes doctrinales que permitieran aclarar esta disyuntiva. Como ha puesto de manifiesto García de Enterría (Botía Torralba lo menciona, pero de forma muy sucinta, pág. 53), la obtención de una medida cautelar es fruto de un derecho fundamental, por lo que carecería de sentido la invocación de meros intereses, ni siquiera de los generales que la Administración siempre defenderá como gestor de los mismos, puesto que a un derecho fundamental sólo podrá oponerse otro derecho fundamental, y no ningún interés. En sentido similar el profesor Ramón Parada apoya la tesis de que bastaría con que la demanda estuviere seriamente fundada con posibilidades de prosperar para que el juez concediera la suspensión de efectos del acto recurrido.

En definitiva, el trabajo de Botía Torralba tiene una finalidad eminentemente práctica. Los destinatarios más idóneos son las personas dedicadas al ejercicio de la Abogacía; no en vano este autor es abogado en ejercicio, especializado en Derecho Administrativo y Mercantil. No obstante, es de lectura fácil, ilustrada no sólo con referencias jurisprudenciales, sino también con ejemplos de formularios, que permiten aplicar los conocimientos teóricos al ámbito real. Además, al tratar temas de máxima actualidad consigue mantener la atención del lector en todo momento; razones, todas ellas poderosas para invitarles a descubrir esta publicación.

MARI CRUZ CAMÍNS GARCÍA

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
VII EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 7 al 24 de enero de 2008

PRESENTACION:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la VIII Edición de los

CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBEROAMERICANOS.

La VIII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 7 al 24 de enero de 2008, en la que profesionales del ámbito académico, político y de la administración pública vuelven a darse cita para tratar sobre temas de actualidad jurídica internacional.

Estos Cursos tienen como objetivo lograr una capacitación teórica y práctica para el desarrollo profesional vinculado a las áreas jurídicas y fomentar el intercambio de conocimientos y experiencias de profesionales iberoamericanos. En este sentido, la Universidad de Castilla-La Mancha desarrolla programas de intenso intercambio académico con universidades americanas en los más variados ámbitos de la investigación y la docencia, y estos cursos de postgrado responden a la voluntad de potenciar los vínculos en el campo jurídico, habida cuenta del acervo común y el fluido intercambio de conocimientos jurídicos que históricamente han existido y existen entre Iberoamérica y España.

La experiencia acumulada en las ediciones anteriores, con la participación de excelentes profesores e ilustres conferenciantes de universidades europeas y americanas, hace que estos cursos se hayan convertido en un importante lugar de encuentro entre juristas españoles e iberoamericanos. Los temas seleccionados para esta edición son del máximo interés en el actual contexto jurídico internacional, siendo los siguientes:

- Globalización económica y los nuevos desafíos regulatorios del Estado
- Derecho de Consumo: contratos, responsabilidad y regulación
- Propiedad intelectual
- Derechos Humanos y Garantías Constitucionales
- Gestión tributaria: hacia un nuevo modelo de relaciones entre la Administración y el contribuyente
- Derecho Penal Económico y de la Empresa ante los nuevos retos y paradigmas
- Investigación y prueba en el proceso penal
- Mercado, sociedad y Estado en la era de la Globalización

Más información: http://www.uclm.es/postgrado.derecho

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Tél: 925 256351/ 680 222319

PRÓXIMA EDICIÓN: Toledo, del 12 al 29 de enero de 2009