



Castilla-La Mancha



*Registradores
de Castilla - La Mancha*

REVISTA JURIDICA DE CASTILLA-LA MANCHA

Nº 44 - Junio 2008

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: **docm-internet@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

EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA FISCAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA. Carlos Colomer Ferrándiz	9
LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO EN CASTILLA-LA MANCHA. LA GESTIÓN INDIRECTA: EL URBANIZADOR. Antonio López Abarca	33
CIERRE DE GIMNASIO... Y ¡TODOS A LA CALLE! UN NUEVO CASO OPENING. Manuel Jesús Marín López.	111
LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: PRINCIPALES NOVEDADES Y ASPECTOS PROBLEMÁTICOS. José Antonio Moreno Molina.....	147
LICENCIAS URBANÍSTICAS PARA ACTIVIDADES AGROFORESTALES: UNA VISIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE. J.M. Roncero, M. Andrés, J.E. Pardo	175

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS MATERIALES SUFRIDOS EN UN VEHÍCULO COMO CONSECUENCIA DE LA COLISIÓN CON PIEDRAS CAÍDAS SOBRE LA CALZADA.....	201
DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL COMO CONSECUENCIA DE FALLECIMIENTO POR ACCIDENTE DE TRÁFICO	233

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. Pedro José Carrasco Parrilla, Miguel Ángel Collado Yurrita, Gracia M^aLuchena Mozo, Prado Montoya López, Saturnina Moreno González, Gemma Patón García, Esther Sánchez López, José Alberto Sanz Díaz-Palacios. 265

JURISPRUDENCIA CIVIL ANOTADA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE CASTILLA-LA MANCHA. Susana Casado Díaz 321

RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA. María Martín Sánchez. 329

NOTAS DE ACTUALIDAD

CRÓNICA DE LAS JORNADAS HISPANO-MEXICANAS SOBRE EL DERECHO A LA SALUD Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA Toledo, 28 y 29 de noviembre de 2008. 341

IX EDICIÓN CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO. Toledo, 12 a 29 de enero de 2009. 347

ESTUDIOS

EL EJERCICIO DE COMPETENCIAS NORMATIVAS EN MATERIA FISCAL EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

Carlos Colomer Ferrándiz

Consultor Fiscal del Colegio de Registradores de la Propiedad y de España.

Inspector de Hacienda excedente

ÍNDICE:

I.- Introducción. II.- Capacidad normativa reconocida a las Comunidades Autónomas en la Ley 21/2001. III.- Principales medidas normativas adoptadas por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. A) Impuestos parcialmente cedidos. B) Impuestos totalmente cedidos. C) Impuestos cedidos tradicionales. D). Otros aspectos: Suministro de información por los Registradores. Suministro de información por los Notarios. Fijación de un plazo de presentación para las adquisiciones sujetas al ISD e ITPAJD. Desarrollo de los medios de comprobación del artículo 57.1 de la Ley General Tributaria. IV.- Conclusión

RESUMEN:

El artículo analiza el desarrollo normativo que ha propiciado la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha en el campo fiscal.

A partir de la descripción del principio de corresponsabilidad fiscal se detalla la normativa estatal que fija el marco en que pueden actuar las Comunidades Autónomas para posteriormente centrarse en la normativa autonómica dictada en la materia. Esta última se contempla tanto en la regulación que efectúa de cuestiones sustantivas como de aspectos formales.

Finaliza el artículo con una valoración positiva del ejercicio de la capacidad normativa en materia fiscal efectuada por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, lo que la sitúa en una posición adecuada para el debate sobre el futuro de la financiación autonómica

I.- INTRODUCCIÓN

La financiación de las Comunidades Autónomas constituye una pieza clave en el esquema de funcionamiento del Estado de las Autonomías consagrado por la Constitución de 1978.

Constituye la financiación uno de los aspectos en que se refleja, de mejor manera, la evolución producida en España cara a hacer realidad dicha configuración estatal, apreciándose, en líneas generales, una evolución de menos a más competencia financiera en todas las Comunidades Autónomas.

En el presente artículo vamos a analizar la evolución y situación actual de la Comunidad de Castilla-La Mancha, en relación con el ejercicio por la misma de competencias normativas en materia fiscal ¹.

Dichas competencias, ancladas en la Constitución y el Estatuto de Autonomía, cobran un impulso decisivo tras la aprobación de la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía

Este texto normativo establece, en coordinación con la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas ² (LOFCA) que también se modifica al tiempo, un nuevo sistema de financiación autonómica que desarrolla, amplía y mejora la estructura de recursos de las Comunidades Autónomas, potenciando la corresponsabilidad fiscal que ya había inspirado el modelo de financiación del quinquenio 1997-2001.

Dicha corresponsabilidad fiscal se articula mediante distintas medidas, entre las que se sitúa la asunción de competencias normativas por las Comunidades Autónomas en relación con los tributos cedidos a

las mismas ³.

La modificación – podríamos decir ampliación- que propicia la Ley 21/2001, en este campo, podemos sintetizarla en los siguientes puntos:

En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la tarifa que pueden aplicar las Comunidades Autónomas se condiciona a su carácter progresivo con idéntico número de tramos que la del Estado, garantizando de este modo la consecución del principio de progresividad tributaria consagrado en el artículo 31.1 de la Constitución.

Por otra parte, la deducción estatal por inversión en vivienda habitual se desdobra en dos porcentajes: uno estatal y otro autonómico, en función del nuevo porcentaje del impuesto atribuido a las Comunidades Autónomas (33 por ciento). Este porcentaje autonómico puede ser modificado por las Comunidades Autónomas dentro de ciertos límites.

En el Impuesto sobre el Patrimonio, la principal novedad consiste en que las Comunidades Autónomas pueden regular la tarifa del mismo sin ningún condicionante, y, además, pueden crear deducciones y bonificaciones en aquél.

Por lo que al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se refiere, las Comunidades Autónomas pueden regular, novedosamente, las reducciones aplicables en la base imponible a las transmisiones "inter vivos", mejorar las reducciones estatales, crear deducciones y bonificaciones, y fijar la tarifa del impuesto sin ninguna limitación.

En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las Comunidades Autónomas están facultadas desde el 1 de enero de 2002 para regular el tipo de gravamen aplicable en las transmisiones de bienes muebles y en la constitución y cesión de derechos reales sobre ellos (salvo los de garantía), así como en el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. Además, pueden también regular deducciones y bonificaciones aplicables en aquellas materias sobre las que tienen capacidad normativa en materia de tipos de gravamen.

En el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, las Comunidades Autónomas pueden regular los tipos impositivos.

En el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, las Comunidades Autónomas pueden regular los tipos de gravamen, así como la gestión, liquidación, recaudación e inspección.

II.- CAPACIDAD NORMATIVA RECONOCIDA A LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA LEY 21/2001

El texto normativo de la Ley recoge en detalle las competencias normativas básicas que pueden ejercer las Comunidades Autónomas en los preceptos que, a continuación, reproducimos:

Artículo 38: Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) La escala autonómica aplicable a la base liquidable general.

La estructura de esta escala deberá ser progresiva con idéntico número de tramos que la del Estado.

Si una Comunidad Autónoma no aprobara para un periodo impositivo la escala autonómica, se aplicará la escala complementaria prevista en el artículo 61 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Deducciones por circunstancias personales y familiares, por inversiones no empresariales y por aplicación de renta, siempre que no supongan, directa o indirectamente, una minoración del gravamen efectivo de alguna o algunas categorías de renta. En relación a estas deducciones, las competencias normativas de las Comunidades Autónomas abarcarán también la determinación de:

La justificación exigible para poder practicarlas.

Los límites de deducción.

Su sometimiento o no al requisito de comprobación de la situación patrimonial.

Las reglas especiales que, en su caso, deban tenerse en cuenta en los supuestos de tributación conjunta, período impositivo inferior al año natural y determinación de la situación familiar. Si la Comunidad Autónoma no regulara alguna de estas materias se aplicarán las normas previstas a estos efectos en la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

c) Aumentos o disminuciones en los porcentajes de deducción por inversión en vivienda habitual, a que se refiere el apartado 2 del artículo 64 bis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con el límite máximo de hasta un 50 por 100.

2. Las Comunidades Autónomas no podrán regular:

a) Los tipos de gravamen autonómicos de la base liquidable especial y los aplicables a determinadas categorías de renta, que serán los que a estos efectos se determinen por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

b) Las deducciones de la cuota establecidas y reguladas por la normativa del Estado.

c) Los límites previstos en el artículo 56 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

d) Los pagos a cuenta del Impuesto.

e) En general, todas las materias no contempladas en el punto 1 anterior.

3. La liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se ajustará a lo dispuesto por la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del tributo.

4. La parte autonómica de la cuota líquida no podrá ser negativa.

5. El Estado y las Comunidades Autónomas procurarán que la aplicación de este sistema tenga el menor impacto posible en las obligaciones formales que deban cumplimentar los sujetos pasivos.

A estos efectos, los modelos de declaración por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas serán únicos, si bien en ellos deberán figurar debidamente diferenciados los aspectos autonómicos.

Artículo 39. Impuesto sobre el Patrimonio.

1. En el Impuesto sobre el Patrimonio, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

- a) Mínimo exento.*
- b) Tipo de gravamen.*
- c) Deducciones y bonificaciones de la cuota.*

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

Artículo 40. Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

- a) Reducciones de la base imponible.*

Las Comunidades Autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones "ínter vivos", como para las " mortis causa", las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma ola disminución de los requisitos para poder aplicarla.

Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, éstas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la nor-

mativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado.

b) Tarifa del impuesto.

c) Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente.

d) Deducciones y bonificaciones de la cuota.

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

2. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes Comunidades Autónomas, implantando éste conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto.

Artículo 41. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

1. En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) Tipos de gravamen:

En relación con la modalidad "Transmisiones Patrimoniales Onerosas", las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen en:

Concesiones administrativas.

Transmisión de bienes muebles e inmuebles.

Constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre muebles e inmuebles, excepto los derechos reales de garantía.

Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. Los modelos de contrato para el arrendamiento de inmuebles podrán ser elaborados por la propia Comunidad Autónoma.

En relación con la modalidad "Actos Jurídicos Documentados", las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales.

b) Deducciones y bonificaciones de la cuota.

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas sólo podrán afectar a los actos y documentos sobre los que las Comunidades Autónomas pueden ejercer capacidad normativa en materia de tipos de gravamen con arreglo a lo dispuesto en la letra anterior.

En todo caso, resultarán compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto sin que puedan suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

c. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación.

Artículo 42. Tributos sobre el Juego.

1. En los Tributos sobre el Juego las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

- a) Exenciones.*
- b) Base imponible.*
- c) Tipos de gravamen y cuotas fijas.*
- d) Bonificaciones.*
- e) Devengo.*

2. Las Comunidades Autónomas también podrán regular los aspectos de gestión, liquidación, recaudación e inspección.

Artículo 43. Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte ⁴.

1. En el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre el tipo de gravamen dentro de la siguiente banda:

a) Comunidades Autónomas Peninsulares y Comunidad Autónoma de Illes Balears:

Vehículos automóviles de turismo de cilindrada inferior a 1.600 centímetros cúbicos si están equipados con motor de gasolina o de cilindrada inferior a 2.000 centímetros cúbicos si están equipados con motor diesel: entre el 7,00 y el 8,05 por 100.

Resto de medios de transporte: entre el 12,00 y el 13,80 por 100.

b) Canarias:

Vehículos automóviles de turismo de cilindrada inferior a 1.600 centímetros cúbicos si están equipados con motor de gasolina o de cilindrada inferior a 2.000 centímetros cúbicos si están equipados con motor diesel: entre el 6,00 y el 6,90 por 100.

Resto de medios de transporte: entre el 11,00 y el 12,65 por 100.

2. Cuando el medio de transporte cuya primera matriculación definitiva haya tenido lugar en Ceuta y Melilla sea objeto de importación definitiva en la Península e Islas Baleares dentro del segundo año siguiente a la primera matriculación definitiva, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre el tipo de gravamen dentro de la siguiente banda:

Vehículos automóviles de turismo de cilindrada inferior a 1.600 centímetros cúbicos si están equipados con motor de gasolina o de cilindrada inferior a 2.000 centímetros cúbicos si están equipados con motor diesel: entre el 5,00 y el 5,75 por 100.

Resto de medios de transporte: entre el 8,00 y el 9,20 por 100.

Cuando la importación definitiva tenga lugar en Canarias dentro del segundo año siguiente a la primera matriculación definitiva, la Comunidad Autónoma de Canarias podrá asumir competencias normativas sobre el tipo de gravamen dentro de la siguiente banda:

Vehículos automóviles de turismo de cilindrada inferior a 1.600 centímetros cúbicos si están equipados con motor de gasolina o de cilindrada inferior a 2.000 centímetros cúbicos si están equipados con motor diésel: entre el 4,00 y el 4,60 por 100.

Resto de medios de transporte: entre el 7,50 y el 8,63 por 100.

Cuando la importación definitiva tenga lugar en la Península e Islas Baleares o en Canarias dentro del tercer y cuarto año siguientes a la primera matriculación definitiva, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre el tipo de gravamen dentro de la siguiente banda:

Vehículos automóviles de turismo de cilindrada inferior a 1.600 centímetros cúbicos si están equipados con motor de gasolina o de cilindrada inferior a 2.000 centímetros cúbicos si están equipados con motor diésel: entre el 3,00 y el 3,45 por 100.

Resto de medios de transporte: entre el 5,00 y el 5,75 por 100.

Artículo 44. Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos.

1. En el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre el tipo de gravamen autonómico dentro de la siguiente banda:

- a) Gasolinas: desde 0 hasta 10 euros por 1.000 litros.*
- b) Gasóleo de uso general: desde 0 hasta 10 euros por 1.000 litros.*
- c) Gasóleo de usos especiales y de calefacción: desde 0 hasta 2,50 euros por 1.000 litros.*
- d) Fuelóleo: desde 0 hasta 0,40 euros por tonelada.*

e) *Queroseno de uso general: desde 0 hasta 10 euros por 1.000 litros.*

f) *Queroseno de calefacción: desde 0 hasta 2,5 euros por 1.000 litros.*

2. *La competencia normativa podrá ejercerse bien en todos los productos gravados, bien sólo en algunos de ellos.*

Cuando se trate de gasóleo de uso general, las Comunidades Autónomas podrán no ejercer, en todo o en parte, la competencia normativa en relación con el gasóleo al que resulte aplicable la devolución del Impuesto sobre Hidrocarburos establecida en el artículo 52 bis de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales. En tal caso, la no aplicación total o parcial del tipo de gravamen autonómico revestirá la forma de devolución parcial del impuesto previamente satisfecho respecto del referido gasóleo, en los términos que establezca la normativa reguladora del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos. En el supuesto indicado la Comunidad Autónoma fijará el tipo de devolución, cuyo importe no podrá exceder del importe del tipo de gravamen autonómico al que hubiera tributado el indicado gasóleo ⁵.

En relación con las competencias normativas, hasta aquí reproducidas, debe recordarse que su ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas es opcional, lo que lleva al artículo 45 de la Ley a prever el supuesto de no uso de las competencias normativas por las Comunidades Autónomas, disonando:

Si una Comunidad Autónoma no hiciera uso de las competencias normativas que le confieren los artículos 35 a 44, se aplicará, en su defecto, la normativa del Estado.

Antes de analizar el caso de Castilla-La Mancha, cabe señalar que la tendencia general de las Comunidades Autónomas a la hora de ejercer las competencias normativas que comentamos, ha sido la de ejercer sus competencias a la baja en el terreno de los impuestos directos (Impuesto sobre la renta de las personas físicas ⁶, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁷ e Impuesto sobre el Patrimonio⁸) mientras que, al contrario, en el terreno de los impuestos indirectos, el ejercicio de las competencias normativas, de ordinario, ha sido al alza⁹.

III.- PRINCIPALES MEDIDAS NORMATIVAS ADOPTADAS POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA-LA MANCHA

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha hecho uso de su capacidad normativa en múltiples aspectos.

Antes de ver las medidas concretas en vigor debe señalarse que, con un afán clarificador y de sistematización encomiable, las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaron la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, ley que¹⁰ regula y sistematiza las medidas en materia de tributos cedidos por el Estado que son directamente aplicables por los contribuyentes en las declaraciones o autoliquidaciones que deben presentar ante la Administración tributaria, adoptadas en ejercicio de la capacidad normativa reconocida a la Comunidad Autónoma por la Ley 26/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, en el marco fijado por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Para analizar las principales medidas tomadas por Castilla-La Mancha vamos a distinguir según las mismas se refieran a los llamados tributos cedidos tradicionales, a los impuestos totalmente cedidos o a los impuestos compartidos¹¹, pareciendo interesante recordar que, de acuerdo con el sistema de financiación vigente en 2008, los recursos tributarios sobre los que se proyectan las Comunidades Autónomas de régimen común, son:

Impuestos parcialmente cedidos –compartidos.

- * IVA
- * Impuestos especiales
 - Hidrocarburos
 - Tabaco
 - Alcohol
- * Impuesto sobre la renta de las personas físicas

Impuestos totalmente cedidos

- * Impuesto sobre la Electricidad
- * Impuesto de matriculación
- * Impuesto sobre Ventas Minoristas de Hidrocarburos

Impuestos cedidos tradicionales

- * Impuesto sobre el Patrimonio
- * Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones
- * Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
- * Tributos sobre el Juego
- * Tasas afectas

A) IMPUESTOS PARCIALMENTE CEDIDOS

Con respecto a estos impuestos, como antes apuntamos, las Comunidades Autónomas sólo pueden ejercer competencia normativa en relación con el Impuesto sobre la renta de las personas físicas.

La Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha ha ejercido las competencias normativas en relación con el IRPF principalmente en relación con la posibilidad de introducir deducciones autonómicas que responden a circunstancias personales y familiares y a determinadas aplicaciones de renta que se estiman beneficiosas socialmente.

En concreto para el año 2008 se encuentran vigentes las siguientes normas:

IRPF

Deducciones

- Por nacimiento o adopción de hijos100€
- Por contribuyente discapacitado300€
- Por ascendiente / descendiente discapacitado200€
- Para personas mayores de 75 años100€
- Por donación al Fondo Castellano-Manchego de Cooperación15%

B) IMPUESTOS TOTALMENTE CEDIDOS

Con respecto a estos impuestos las decisiones autonómicas de Castilla-La Mancha han incidido en el Impuesto sobre ventas minoristas de hidrocarburos¹².

Al respecto los tipos de gravamen autonómicos han quedado fijados en los siguientes importes:

IVMH

Tipos de gravamen autonómicos

- Gasolinas24 €/1.000 litros
- Gasóleos uso general.....24 €/1.000 litros
- Gasóleo usos especiales y de calefacción2 €/1.000 litros
- Fuelóleo1 €/tonelada
- Queroseno de uso general.....24 €/1.000 litros

C) IMPUESTOS CEDIDOS TRADICIONALES

Reciben la denominación de tributos cedidos “tradicionales” los que, desde el primer momento, acompañan a la gestión financiera de las Comunidades Autónomas.

Son estas figuras las que, en mayor medida, han motivado la acción normativa de las Comunidades Autónomas que, en algún caso, ha llevado a la práctica supresión de los mismos.

En Castilla-La Mancha, la normativa autonómica se ha volcado principalmente sobre tres figuras, que vemos por separado: el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y el Impuesto sobre el Patrimonio.

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

En este impuesto la competencia normativa se proyecta sobre dos de sus modalidades: las transmisiones patrimoniales onerosas y los

actos jurídicos documentados

En relación con las transmisiones patrimoniales onerosas las medidas adoptadas han afectado a los tipos de gravamen y a determinadas deducciones y el mismo criterio se ha seguido para los actos jurídicos documentados.

ITP Y AJD

Modalidad de “Transmisiones Patrimoniales Onerosas”

- Tipo de gravamen general en operaciones inmobiliarias y en concesiones administrativas sobre inmuebles7%
- Tipo de gravamen en adquisiciones de primera vivienda habitual cuyo valor real no exceda de 140.100 euros6%

Modalidad de “Actos Jurídicos Documentados”

- Tipo de gravamen general para documentos notariales1%
- Tipo de gravamen para escrituras y actas que documenten adquisiciones o prestamos hipotecarios sobre la primera vivienda habitual siempre que su valor real no exceda de 140.100 euros0,5%

Deducciones

- Adquisiciones sujetas a TPO-AJD establecidas en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias.....100%
- Adquisiciones sujetas a TPO de explotaciones agrarias de carácter singular50%
- Adquisiciones sujetas a TPO de explotaciones agrarias preferentes10%

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es, posiblemente, el que ha quedado en mayor medida afectado por el ejercicio de competencias normativas en todas las Comunidades Autónomas¹³.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha no ha sido ajena a este proceso, como refleja el siguiente cuadro, con importantes reducciones, del 95% para adquisiciones lucrativas entre familiares directos y para personas con discapacidad.

ISD

Reducciones propias

- Por adquisiciones mortis causa de empresa individual, negocio profesional o participaciones en entidades.....99%
(95%+4% del valor neto de la transmisión)
- Reducciones en las adquisiciones lucrativas establecidas en la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias y en adquisiciones lucrativas de explotaciones agrarias de carácter singular100%

Deducciones “mortis causa”

- Adquisiciones por sujetos pasivos del grupo I y II95%
- Adquisiciones por discapacitados $\geq 65\%$ 95%
- Aportaciones al patrimonio protegido de personas con discapacidad de la Ley 41/2003.95%

Deducciones “inter vivos”

- Adquisiciones por sujetos pasivos del grupo I y II95%
- Adquisiciones por discapacitados $\geq 65\%$ 95%
- Aportaciones al patrimonio protegido de personas con discapacidad de la Ley 41/2003.95%

Tasa fiscal sobre el Juego

La Tasa fiscal sobre el juego constituye una figura de importante rendimiento recaudatorio sobre la que también ha normado la Comunidad de Castilla-La Mancha, en el siguiente sentido:

TRIBUTOS SOBRE EL JUEGO

Tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar

- Tipo tributario general26%
- Cuotas fijas para máquinasTipo “B”: 3.700 €
Tipo “C”: 5.300 €
- Devengo e ingreso
- Tarifa aplicable a
casinosTipos de Escala (%) 20 -35- 45- 55
- Tipo único para casinos de nueva creación10%

D) OTROS ASPECTOS

La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas no se agota con la modificación de aspectos sustantivos de los tributos, sino que se proyecta también sobre aspectos formales relevantes, entre los que desatacamos los siguientes:

Suministro de información por los Registradores

El artículo 19.1 de la Ley 17/2005 de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, estableció, bajo la denominación de “Colaboración social de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y de los notarios en la aplicación de los tributos” la siguiente disposición:

En la forma y condiciones que determine la Consejería de Economía y Hacienda, los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, con destino en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, vendrán obligados a remitir trimestralmente a los órganos de la Administración tributaria regional una relación de los documentos que contengan actos o contratos sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que se presenten a inscripción en sus registros, cuando el pago de dichos tributos o la presentación de las declaraciones tributarias se hayan realizado en otra comunidad autónoma

La finalidad de esta disposición es relevante y trae causa del conflicto creado entre las Comunidades Autónomas en relación con la percepción de ingresos en Comunidades Autónomas distintas de aquéllas con derecho a la obtención del rendimiento¹⁴.

Hasta el momento nada ha determinado la Consejería de Economía y Hacienda acerca de la puesta en marcha de esta obligación de suministro de información, no obstante lo cual los Registradores, de ordinario, efectúan una escrupulosa observancia de las reglas de competencia y puntos de conexión existentes entre las Oficinas Tributarias y las Comunidades Autónomas.

Suministro de información por los Notarios

Es también la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, la que reguló la “Colaboración social de los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles y de los

notarios en la aplicación de los tributos”, en su artículo 19, apartados 2 y 3:

2. El cumplimiento de las obligaciones formales de los notarios establecidas en los artículos 32.3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y 52 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se realizará en la forma y condiciones que establezca la Consejería de Economía y Hacienda, pudiendo disponer la remisión de la información en soporte legible por ordenador o mediante transmisión por vía telemática.

3. Igualmente y con el fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de los contribuyentes, los notarios remitirán por vía telemática a la Consejería de Economía y Hacienda, con la colaboración del Consejo General del Notariado, una declaración informativa notarial de los elementos básicos de las escrituras por ellos autorizadas así como la copia electrónica de las mismas de conformidad con lo dispuesto en la legislación notarial, respecto de los hechos imposables que determine dicha Consejería, quien, además, establecerá los procedimientos, estructura y plazos en los que debe de ser remitida esta información.

En esta materia la Consejería ha desarrollado la previsión normativa mediante la Orden de 13 de febrero de 2004, por la que se aprueba el modelo de declaración informativa de los Notarios a efectos tributarios y se dictan instrucciones para su gestión y presentación.

Fijación de un plazo de presentación para las adquisiciones sujetas al ISD e ITPAJD

El Artículo 16 de la Ley 17/2005 establece una norma relativa al plazo de presentación de documentos por ITPAJD e ISD, bajo el epígrafe “Plazo de presentación de autoliquidaciones y documentos en adquisiciones por título de donación y en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”, disponiendo que:

Para los hechos imposables sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, por las adquisiciones a título de donación o equiparables, y al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados realizados a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el plazo de presentación de las declaraciones y de las autoliquidaciones será de un mes, contado a partir de la fecha de devengo del correspondiente impuesto. A estos efectos, cuando el último día del citado plazo coincidie-

se con sábado, domingo o festivo, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente.

Con esta dicción, al igual que otras Comunidades Autónomas, pretende acabar con la confusión que propicia el cómputo de los treinta días hábiles, que es el plazo tradicional de presentación establecido en la normativa estatal y que conlleva no pocas dificultades para su cómputo¹⁵.

Desarrollo de los medios de comprobación del artículo 57.1 de la Ley General Tributaria

La Ley autonómica 17/2005 desarrolla, también, algunos de los medios de comprobación previstos en el artículo 57 de la Ley General Tributaria, fijando, en su artículo 17, unas “Normas comunes sobre el procedimiento de comprobación de valores de bienes inmuebles en los Impuestos sobre Sucesiones y Donaciones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados”.

En concreto, la Ley prevé la posible utilización indistinta de tres de los procedimientos que fija el artículo 57: estimación por referencia a los valores que figuren en el Catastro Inmobiliario, valor de tasación hipotecaria, precios medios de mercado y dictamen de peritos de la Administración.

Veamos su tratamiento por separado:

Estimación por valor de referencia

Dispone la Ley, en su apartado 1, la posibilidad de utilizar como referencia

... a los valores que figuren en los registros oficiales del catastro inmobiliario, en los propios de los impuestos citados o en cualesquiera otros registros de carácter fiscal.

El valor real de los bienes inmuebles de naturaleza urbana se podrá estimar por referencia a los valores catastrales de los bienes vigentes a la fecha de devengo del impuesto. A tal efecto, al valor catastral actualizado le será de aplicación un coeficiente multiplicador que tendrá en cuenta el coeficiente de referencia al mercado previsto en el artículo 23.2 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, y la evolución del mercado inmobiliario desde el año de aprobación de la ponencia de valo-

res.

La Consejería de Economía y Hacienda aprobará los coeficientes aplicables al valor catastral y la metodología utilizada para su obtención.

La estimación del valor real de los bienes inmuebles por los valores que figuran en los registros de los referidos impuestos o en cualesquiera otros registros de carácter fiscal, se realizará por el valor comprobado y firme que conste para el propio bien u otros análogos por sus características y situación en otros expedientes tributarios.

Estimación por valor de tasación hipotecaria

El apartado 2 del artículo 17 desarrolla la posible utilización del medio consistente en el valor de tasación hipotecaria disponiendo, al respecto:

... , siempre que dicho valor se haya determinado en la forma prevista en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario,

Estimación por precios medios de mercado

Añade el párrafo 2º del artículo 17 la posible valoración

... por precios medios de mercado determinados por estudios realizados por la Administración.

La Consejería de Economía y Hacienda aprobará y publicará la metodología o sistema de cálculo utilizado para determinar los precios medios de mercado en función del tipo de bienes.

Comprobación mediante dictamen de peritos de la Administración

Concluye el artículo 17 no el nº 3º, relativo al dictamen de peritos de la Administración, disponiendo:

Los dictámenes de los peritos deberán expresar de forma concreta los hechos y elementos que motivan el aumento de la base imponible, así como su cuantificación. Los hechos y elementos a considerar en los dictámenes serán los consignados por el contribuyente en su declaración o los que consten en los registros oficiales de carácter fiscal, o en otras fuentes o

sistemas de información de la Administración, siempre que estén relacionados con los bienes objeto de transmisión, no siendo necesaria en estos casos la visita al inmueble por los peritos de la Administración para la emisión del dictamen.

La Consejería de Economía y Hacienda aprobará las normas a las que tendrán que ajustarse los dictámenes de los peritos, de acuerdo con lo establecido en este apartado.

Presentación telemática de declaraciones o declaraciones liquidaciones

El artículo 20 de la Ley 17/2005 contiene, también, un precepto que abre la puerta a la “Promoción y utilización de medios telemáticos” al decir que

La Consejería de Economía y Hacienda desarrollará los instrumentos jurídicos y tecnológicos necesarios para facilitar la presentación telemática de autoliquidaciones, declaraciones, escrituras públicas, comunicaciones u otros documentos tributarios directamente por los sujetos pasivos o a través de profesionales, entidades, instituciones y organismos representativos de sectores o intereses sociales, laborales, empresariales o profesionales.

IV.- CONCLUSIÓN

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha efectuado un ejercicio creciente y prudente de las competencias normativas que le atribuye la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Dicho ejercicio se enmarca en la tendencia general de las Comunidades Autónomas de régimen común, por cuanto ha ido minorando la fiscalidad que recae sobre los impuestos directos (Impuesto sobre la renta de las personas físicas, Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones e Impuesto sobre el Patrimonio) e incrementando la recaudación sobre los indirectos (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales

y Actos Jurídicos Documentados, principalmente)

La colaboración social en la gestión de los tributos ha sido contemplada mediante el establecimiento de obligaciones de suministro de información a cargo de notarios y registradores, si bien esta última está pendiente de desarrollo normativo.

Del mismo modo la promoción y utilización de medios telemáticos en relación con la presentación de declaraciones y documentación está pendiente de desarrollo ulterior.

La aplicación de los medios de comprobación de la Ley General Tributaria, en su ordenación autonómica, se ajusta plenamente a las disposiciones del Reglamento de aplicación de los tributos¹⁶.

Es de elogiar, especialmente, la aprobación de la Ley 17/2005, de 29 de diciembre, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de medidas en materia de tributos cedidos, por la enorme utilidad práctica que supone contar con una norma que recoge y sistematiza la variada normativa existente al respecto.

La periódica modificación de la misma mediante las sucesivas leyes anuales¹⁷ parece, en este sentido, una técnica legislativa correcta y, como antes dijimos, muy útil para la aplicación adecuada de las normas tributarias

En resumen la Comunidad de Castilla-La Mancha mediante el ejercicio de sus competencias normativas en materia fiscal y la puesta en práctica de medidas diversas se sitúa en una posición idónea para el debate acerca del nuevo sistema de financiación de Comunidades, previsto para el año 2009.

NOTAS:

1 Para situar el tema en su contexto debemos recordar que el sistema de financiación de las Comunidades de régimen común se basa en la atribución a las Comunidades Autónomas del rendimiento de ciertos tributos y en la transferencia por el Estado de una cantidad (fondo de suficiencia) que completa las necesidades de gasto establecidas.

2 Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre.

3 La anterior Ley de Financiación, Ley 14/1996, ya introdujo la novedad de permitir a las Comunidades Autónomas modificar algunos elementos de los tributos cedidos mediante la atribución de competencias normativas a las mismas.

4 Artículo 43. modificado por Ley 25/2006, de 17 de julio.

5 Apartado 2. modificado por Ley 36/2006, de 29 de noviembre.

6 Estableciendo múltiples deducciones, de escasa cuantía, por lo general.

7 Llegando a la práctica supresión del gravamen en las transmisiones entre ascendientes y descendientes.

8 Elevando el mínimo exento y tendiendo a su práctica supresión.

9 En las dos modalidades del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en las que tienen competencia, han elevado los tipos de gravamen.

10 Dice la Exposición de Motivos de la propia Ley

11 No debe inducir a confusión el carácter de los impuestos y la capacidad normativa a ejercer sobre los mismos, pues, por ejemplo, dados los condicionantes de la normativa de la Unión Europea, no se ceden a las Comunidades Autónomas competencias normativas en relación al Impuesto sobre el Valor Añadido y a los Impuestos Especiales sobre el Alcohol y las Bebidas Alcohólicas, sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco.

12 En el Impuesto sobre la Electricidad las CCAA carecen de competencias normativas, aunque, a raíz de la II Conferencia de Presidentes se han mantenido contactos con la Comisión Europea para lograr una flexibilización de la normativa comunitaria que permita la atribución de competencias a las CCAA en este impuesto.

En cuanto al Impuesto sobre determinados medios de transporte (de Matriculación) ha sufrido una importante reforma en la la Ley de Presupuestos Generales de Estado para 2008, Disposición adicional sexagésima segunda.

13 Incluso algunas Comunidades Autónomas como la de Galicia han anunciado importantes reformas para después del verano.

14 No es este el lugar para detallar la situación al respecto, si bien cabe apuntar que el pago del débito fiscal efectuado ante órganos incompetentes es una cuestión que precisa de una armonización normativa entre las disposiciones estatales y de las Comunidades Autónomas que clarifique la procedencia o no de la remisión de fondos entre Comunidades Autónomas y la operativa, en su caso, del cierre registral, precisando el concepto “competencia” como la compleja relación entre reglas de competencia y puntos de conexión

15 Debido a la proliferación de días festivos de diverso ámbito: autonómico, local, estatal, unido a cierta jurisprudencia que enturbia la teórica claridad normativa.

16 Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos.

17 Así lo ha hecho, por ejemplo la Ley 14/2007, de 29 de diciembre, por la que se amplían las bonificaciones tributarias del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

LA EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO EN CASTILLA-LA MANCHA. LA GESTIÓN INDIRECTA: EL URBANIZADOR.

Antonio López Abarca.

Secretario General del Excmo. Ayuntamiento de Talavera de la Reina.

INDICE

I. Concepto. II. Requisitos. 2.1 Subjetivos. 2.2 Objetivos. III. Iniciativa de la actividad de ejecución. 3.1 Sujetos legitimados. IV. El PAU por gestión indirecta. 4.1 Concepto. 4.2 Naturaleza. 4.3 Objetivos. 4.4 Requisitos. 4.5 Documentos. A) Alternativa Técnica. B) Propuesta de Convenio. C) Proposición Jurídico-económica. V. Análisis del contenido del clausulado del Convenio. 5.1 Cláusulas del Art. 110.4.2. A) Compromisos. B) Plazos. C) Garantías. D) Penalizaciones. 5.2 Cláusulas del Art. 110.4.3. A) Desarrollo de las relaciones. VI. Elaboración, tramitación. 6.1 Elaboración. 6.2 Tramitación. A) Procedimiento Ordinario. B) Procedimiento Simplificado. VII. Aprobación y Adjudicación del PAU. 7.1 Aprobación. A) Resolución de alegaciones. B) Aprobación de la Alternativa Técnica. C) Selección de una Proposición Jurídico-Económica y Propuesta de Convenio. D) Posibilidades. 7.2 Adjudicación del PAU y formalización. A) Plazo y Silencio administrativo. B) Subrogación. C) Remisión a la Consejería. D) Depósito de la garantía. E) Formalización. F) Derecho a la ejecución. VIII. Sistema de Adjudicación Preferente. 8.1 Objeto. 8.2 Procedimiento. 8.3 Supuestos excluidos. 8.4 Requisitos. 8.5 Adjudicación. 8.6 Excepción a la adjudicación preferente. 8.7 Condiciones

RESUMEN

La gestión indirecta de la actividad urbanizadora a través de la figura del urbanizador no propietario ha causado un gran impacto en el

urbanismo español, ya desde la perspectiva jurídico formal como de la material de la ejecución del planeamiento, teniendo su planteamiento más acabado en la Ley urbanística de Castilla-La Mancha. La figura del urbanizador ha venido a resolver un problema tradicional en nuestro urbanismo: la dificultad para producir suelo urbanizado. Sin embargo, ha dejado una serie de problemas en su trayectoria como son su relación con la contratación pública y el control de su utilización abusiva fuera del marco del planeamiento general. A esta última cuestión se la ha dado respuesta en la Ley de Suelo estatal a través del impacto de las actuaciones urbanizadoras en el modelo del Plan; su relación con la contratación pública aparece sin embargo como un tema problemático a pesar del soporte jurídico que la citada Ley estatal le aporta.

I. CONCEPTO:

Establece el art. 117.1 TRLOTAUC-M que el urbanizador es el agente responsable de ejecutar la correspondiente actuación urbanizadora por cuenta de la Administración actuante.

Es decir, si conforme al art. 96.1.a) TRLOTAUC-M corresponde a las Administraciones dentro de sus ámbitos de competencias la actividad de ejecución del planeamiento, esta actividad ha de reputarse de administrativa, y así se reconoce expresamente por la propia Ley en el artículo 96.2 TRLOTAUC-M: “La actividad administrativa de ejecución podrá gestionarse de forma directa e indirecta, mediante concesión a un urbanizador”.

Luego si esto es así, si la actividad de ejecución corresponde a las Administraciones Públicas, si ésta actividad de ejecución del planeamiento es una actividad administrativa y si ésta actividad puede gestionarse directamente por la propia Administración o indirectamente a través de un concesionario, hemos de concluir que el urbanizador es un concesionario de un servicio público que es la ejecución del planeamiento urbanístico. Art. 97.1.a) TRLOTAUC-M.

II. REQUISITOS:

En cuanto concesionario de un servicio público, el urbanizador es un contratista de la Administración actuante, y, en consecuencia, estará sujeto a unos requisitos para poder contratar con ella.

Estos requisitos son subjetivos y objetivos:

2.1 Subjetivos:

A) Prohibiciones para contratar. En cuanto contratista de la Administración Pública, el concesionario estará sujeto al cumplimiento de lo establecido en el art. 49 de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

Esto es así por la propia naturaleza de contrato administrativo que tiene la concesión. Art. 96.2 y 97.1 TRLOTAUC-M, además de por así preverlo expresamente el art. 125 pfo. 1º Inciso 1º de dicho texto, que declara la supletoriedad de las normas del contrato de gestión de servicios públicos regulados en la LCSP.

En cuanto tal, entendemos que esta es una condición implícita al contrato de concesión del servicio de la obra urbanizadora, y debe cumplirse mediante su justificación por los firmantes de las proposiciones jurídico económicas, mediante aportación de la documentación exigida por el artículo 49 LCSP.

Sin embargo, parece que hubiera que hacer distinciones, ya que la aplicación sin más de estos requisitos pudiera ser problemática. Ejemplo, no parece que sean de aplicación a la Agrupación de Interés Urbanístico constituida por los propietarios de los terrenos a semejanza de las antiguas Juntas de Compensación, en cuanto entidades colaboradoras de carácter administrativo.

Ahora bien, respecto de las Empresas y personas físicas no propietarios, parecería adecuado su exigencia y justificación, en cuanto concesionarios de un Servicio Público.

A.2) El tratamiento de la cuestión en la Doctrina y Jurisprudencia:

En éste punto se plantea la problemática suscitada, en primer

lugar con la aplicación de la Ley valenciana (6/94 de 15 de Noviembre LAUCV) y en la que prestigiosos autores analizaron la posibilidad de aplicación de la normativa sobre contratación pública a la figura del urbanizador contemplada ex novo en la Ley.

Las conclusiones se decantaron por entender que era la Ley urbanística la competente para su regulación, sin perjuicio de que algún autor concluyó que era de aplicación el régimen de los contratos especiales de la derogada LCAP.

La cuestión se ha complicado con posterioridad tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de Julio de 2001, en el caso denominado Scala de Milán, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo Regional de Lombardía al amparo del Art. 137 (hoy 23) del Tratado, que en lo fundamental declara: “ La Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de Junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, se opone a una legislación nacional en materia de urbanismo que permite, apartándose de los procedimientos previstos por esta Directiva, la realización directa por el titular de una licencia urbanística o de un plan de urbanización aprobado de una obra de urbanización, con imputación de la totalidad o parte de la obra a cuenta de la contribución adeudada por la concesión de la licencia, cuando el valor de dicha obra sea igual o superior al umbral fijado por la Directiva”.

Los comentarios a ésta sentencia han sido tan numerosos que aquí nos limitamos a dar cuenta de los mismos.

Recientemente una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 18 de Enero de 2007, Centro de Ocio de la ciudad de Roanne, muestra la tendencia al encuadramiento de las obras de ejecución del planeamiento como obras públicas y, en consecuencia, a la aplicación de la Directiva sobre procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, actual Directiva 2004/18.

También damos cuenta de las sentencias recaídas sobre este mismo tema al hilo del enjuiciamiento por el Tribunal Superior de la Comunidad de Valencia (01.10.01, 05.02.03, y 13.10.03) de diversas cuestiones planteadas sobre la LAUCV, en las que se mantienen las siguientes conclusiones:

1ª. El urbanizador en cuanto gestiona indirectamente una fun-

ción pública y desarrolla una actividad de servicio público participa de la condición de concesionario de un servicio público.

2ª. El Urbanizador asume la realización de una obra pública de urbanización por lo que el objeto de su cometido será el de un contrato de obra pública.

3ª. Son de aplicación los preceptos del contrato de concesión de obra pública.

4ª. El vínculo entre la Administración y el urbanizador es de naturaleza contractual de carácter concesional.

5ª. La competencia que la Comunidad Autónoma ostenta por razones de urbanismo no justifica la regulación de la figura del urbanizador al margen de la legislación básica en materia de contratación pública.

A.3) El tratamiento en la Ley 8/2007, de 28 de Mayo, de Suelo (LS-07): El Estatuto del Urbanizador:

El legislador parte de una premisa básica a la hora de configurar el estatuto del urbanizador (Arts. 6 y 16 LS-07): 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 serán 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 para la ejecución del servicio público de la obra urbanizadora:

- 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.

2.2 Objetivos:

Entendemos que en cuanto requisitos objetivos a cumplir por el urbanizador están:

- Conforme al art. 110.5 TRLOTAUC-M, solo podrán formular y promover Programas de Actuación Urbanizadora, y, en consecuencia ser urbanizador en régimen de concesión: e) los propietarios de terrenos afectados por una iniciativa urbanizadora constituyéndose en Agrupación de Interés urbanístico, cumpliendo los requisitos establecidos.

- Además la condición de urbanizador se adquiere previo cumpli-

miento de los requisitos exigidos en el TRLOTAUC-M: Presentación de una proposición jurídico-económica que haya resultado adjudicataria. Art. 117.1 TRLOTAUC-M, en relación con el 110.4.2 y 4.3 y 122.2 de dicho texto legal.

La presentación de Alternativa Técnica no es un requisito necesario para ser urbanizador.

- Presentación de la propuesta de convenio urbanístico con la Administración y los propietarios afectados. Art. 110.4.2 TRLOTAUC-M.

- Garantía después de la adjudicación del Programa, en forma análoga a la exigida en la contratación pública por el Art.83 LCSP.

- Firma del convenio urbanístico (contrato de concesión) con la Administración actuante, que formalizará la adjudicación del contrato. Art. 122.9 TRLOTAUC-M.

III. INICIATIVA DE LA ACTIVIDAD DE EJECUCIÓN:

3.1 Sujetos legitimados:

Los Art. 110.5 y 112.1 TRLOTAUC-M dentro de la Actividad de Ejecución de la obra urbanizadora en régimen de Gestión Indirecta regulan los sujetos legitimados, para significar a aquellas personas o entidades que pueden tomar la iniciativa, al margen de que puedan llegar a ser o no urbanizador.

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:

- a) Los Municipios o cualquiera de los organismos o entidades de ellos dependientes o de los que formen parte, para la ejecución del planeamiento municipal.
- b) 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.
- c) Las restantes Administraciones públicas, para el ejercicio de sus competencias mediante la realización de actuaciones urbanizadoras.
- d) Los particulares, sean o no propietarios de los terrenos.
- e) Los propietarios de terrenos afectados constituyéndose en Agrupación de Interés Urbanístico.

IV. EL PROGRAMA DE ACTUACIÓN URBANIZADORA POR GESTIÓN INDIRECTA.

4.1 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.

4.2 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...”.

4.3 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.

4.4 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.

4.5 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:

A) Una alternativa técnica conformada por:

a) 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

a) Las determinaciones sobre la ordenación detallada previstas en el Art. 24.2.

b) Las determinaciones sobre la ordenación estructural previstas en el Art. 24.1.

c) Expresamente el Art. 110.4.1.a) Último 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.

B) Propuesta de Convenio Urbanístico.

Establece el art. 110.4.2 TRLOTAUC-M: “En el caso de gestión indirecta se formulará una propuesta de convenio urbanístico a suscribir entre el adjudicatario, la Administración actuante y los propietarios afectados que voluntariamente quieran ser parte en él, donde se harán constar los compromisos, plazos, garantías y penalizaciones que regularán la adjudicación”.

C) Proposición jurídico-económica.

Su regulación se contiene en el Art. 110.4.3 TRLOTAUC-M que dispone: “Una proposición jurídico-económica comprensiva de los siguientes aspectos:

a) Desarrollo de las relaciones entre el urbanizador y los propietarios justificando en su caso la disponibilidad de aquél sobre los terrenos de éstos, los acuerdos ya alcanzados y las disposiciones relativas al modo de retribución del urbanizador.

b) Estimación de la totalidad de los gastos de urbanización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 115.

c) 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.

d) Incidencia económica, estimada tanto en términos de valoración de los terrenos que hayan de adjudicársele como en su cuantificación y modo de adquisición, de los compromisos que interese adquirir el urbanizador, ya sean con la finalidad de efectuar aportaciones al patrimonio municipal de suelo, de realizar obras adicionales a las mínimas establecidas legalmente o de afectar dichos terrenos a la edificación con criterios de eficiencia ecológica que reglamentariamente se determinen o con fines de interés social.

En la gestión indirecta la proposición jurídico-económica habrá de contener un desarrollo de las relaciones entre el urbanizador (si se llega a ser adjudicatario del programa) y los propietarios con arreglo a las bases que con el carácter de mínimos se contienen en el art. 118.1 TRLOTAUC-M. Este precepto dispone: “1. - Cuando se refiera a actuaciones urbanizadoras a realizar en régimen de gestión indirecta, el programa de actuación urbanizadora, además de lo previsto en el art. 110, deberá 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:

1ª Abonando en metálico y como retribución a 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.

2ª 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”.

Las bases atienden exclusivamente a la forma de pago al urbanizador de los costes de la urbanización, incluidos también, el beneficio empresarial y los gastos de gestión, aunque estas sean propuestas que se contienen en la proposición jurídico-económica (Art. 110.4.3 TRLOTAUC-M), y a la cooperación entre el urbanizador y los propietarios.

Entendemos también ampliable el contenido de la propuesta de convenio a la regulación de las prerrogativas, facultades, deberes y responsabilidades que al urbanizador y a los propietarios corresponden conforme a la regulación contenida en los nos 3, 4, 5, 6, 7 y 10 del art. 118, ello en base a que los derechos y deberes de las partes configuran el estatuto básico de todo contrato, con fuerza de obligar, y a que de conformidad con lo dispuesto en el nº 10: “En lo no dispuesto por esta Ley, las relaciones entre el urbanizador y los propietarios se regirán por

lo que libremente convengan, con sujeción a la ordenación territorial y urbanística y a la programación aprobada”.

Asimismo, es adecuado y conveniente, la previsión del desarrollo de los pagos al urbanizador (cuando se haya elegido esta forma), mediante cuotas de urbanización, cuya regulación se contiene en el art. 119 TRLOTAUC-M.

V. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LAS POSIBLES CLÁUSULAS DE LA PROPUESTA DE CONVENIO.

5.1 Cláusulas que emanan del art. 110.4.2 TRLOTAUC-M.

A) Compromisos: Atinentes a los compromisos que el proponente asume para el caso de llegar a ser adjudicatario.

Estos compromisos pueden ser tan amplios y varios como se propongan, debiendo estar garantizados u ofrecer garantía de cumplimiento, y estar dentro de la ley y el derecho. (Art. 119.10 TRLOTAUC-M)

B) Plazos: Estos plazos serán básicamente de ejecución de la urbanización y entrega, pudiendo desarrollarse en un calendario por fases o etapas definidas por relación al proyecto de urbanización (Art. 110.3.b)c) TRLOTAUC-M).

Conforme a la letra b), los plazos deberán estar dentro de los límites establecidos: Inicio de la obra dentro del primer año y su conclusión antes de los cinco desde el inicio.

Aunque en forma excepcional y previo informe de la Comisión Regional de Urbanismo, pueden establecerse otros más amplios o prórrogas a los establecidos. En éste sentido el Art. 110.3.b) TRLOTAUC-M dispone: “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 más amplios o prórogas de éstos”.

En éste punto hay que tener presente el régimen restringido a la interpretación de la excepcionalidad conforme a reiterada jurisprudencia. En este caso, además, el incumplimiento del plazo afecta al desarrollo de la ejecución del Plan conforme al orden básico de prioridades establecido (Art. 24.1.c) TRLOTAUC-M) y a los derechos de los propietarios.

El plazo de entrega a la Administración de la urbanización, esta en relación con la exigencia, desde ese momento, de los gastos de conservación a la Administración, que hasta ese momento serán de cuenta del urbanizador y los propietarios. Art. 135.2 TRLOTAUC-M. A falta de regulación expresa deberá realizarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la finalización de las obras conforme al Art. 180 RGU. Puede, asimismo, pactarse la entrega por fases Art. 180.2 RGU, en relación con el Art. 110.3.c) TRLOTAUC-M. Si bien en éste último caso, la condición es que la fase tenga autonomía propia al modo de lo exigido para las obras públicas por los Arts 205 y 218 LCSP “...que puedan ser entregadas al uso público”.

La Administración tiene un plazo máximo para resolver sobre la recepción que será de tres meses, plazo que por razones debidamente justificadas puede ampliarse a la mitad del mismo. Art. 136.4 TRLOTAUC-M. El transcurso de éste plazo sin resolución de la Administración autorizará al urbanizador para entender producida la recepción (Art. 136.4 Inciso Último TRLOTAUC-M). En éste caso entendemos que juega la forma de acreditar el silencio administrativo positivo establecida en el Art. 43.5 LRJ-PAC. Ésta cuestión está pendiente de desarrollo reglamentario Art. 136.4 TRLOTAUC-M.

La recepción se documentará mediante acta que debe suscribir la Administración y el Urbanizador. En ésta materia puede aplicarse con carácter supletorio lo dispuesto para la obra pública en el Art. 16.4 RGCAP.

C) Garantías: Estas garantías tendrán por objeto asegurar la ejecución de la urbanización conforme al Programa aprobado.

El mínimo establecido es el 7% (hasta su desarrollo reglamentario) sobre el costo previsto de las obras de urbanización. Art. 110.3.d) TRLOTAUC-M. Al depositarse la garantía una vez adjudicado y apro-

bado el PAU, el 7% girará sobre el importe de la adjudicación.

En cuanto a la forma, el art. 110.3.d) TRLOTAUC-M establece que la garantía será financiera o real, dando cabida a cualquiera de los supuestos admitidos en derecho, debiendo tenerse como normativa de referencia a estos efectos y en lo no previsto, los artículos 83 y ss. LCSP. Además la Ley dice que prestada y mantenida, lo que viene a suponer que, conforme a la LCSP, art. 87, debe mantenerse, (incrementarse y también disminuirse proporcional a las obras garantizadas en cada momento).

D) Penalizaciones: Al igual que respecto de los compromisos el proponente puede someterse a las penalizaciones que estime por conveniente, que deberán estar en relación con el cumplimiento de los plazos comprometidos para la ejecución y entrega de las obras.

Puede tomarse como referencia a la hora de establecerlos los establecidos en los arts. 235 LCSP y 98 y 99 RGLCAP para el contrato de obra pública.

El contenido de estas cláusulas, unido a las restantes que conforman la proposición jurídico-económica, constituirá, en el caso de resultar adjudicatario del Programa, el convenio urbanístico que formalizará la concesión. A éste respecto el Art. 122.9 TRLOTAUC-M dispone: “La adjudicación de La ejecución del Programa de Actuación Urbanizadora se formalizará mediante convenio urbanístico a suscribir, de una parte, por el urbanizador y, de otra, tanto por la Administración actuante como, en su caso, por aquellas otras que hubieran asumido compromisos en dicha ejecución. En él se harán constar las condiciones, los compromisos y los plazos para la ejecución del Programa, las garantías que el urbanizador presta para asegurar su cumplimiento y las penalizaciones a que se somete por incumplimiento”

5.2 Cláusulas que emanan del art. 110.4.3 TRLOTAUC-M.

A) Desarrollo de las relaciones entre el urbanizador y los propietarios.

Estas cláusulas en base a lo dispuesto en el art. 118.1 TRLOTAUC-M pueden versar:

a) Disponibilidad de los terrenos.

En el caso de que el proponente haya llegado a acuerdos con los propietarios de los terrenos por los que estos aporten los terrenos a aquél, se hará constar, así en las cláusulas, y entendemos, que en la proposición jurídico-económica se debe incorporar como anexo el documento o documentos que formalicen esa aportación, bastando a éstos efectos la declaración ante Notario.

b) Cuantía y forma de retribución del urbanizador.

El urbanizador deberá soportar la totalidad de los gastos originados por la ejecución del PAU conforme al art. 115 TRLOTAUC-M, y para resarcirse de ello, deberá prever cuál será su retribución y la forma de recibirla. Art. 110.4.3.a) y 118.1.a) TRLOTAUC-M.

Por ello, creemos que en ésta cláusula se debe prever:

b.1. Cuantía de la retribución:

Se contemplará en función de la totalidad de los gastos de urbanización, más los gastos generales, y el beneficio industrial o empresarial por la gestión, que el proponente quiera asumir. Art. 115.1.f) y 110.4.3.c) TRLOTAUC-M.

Hay que tener en cuenta que conforme al art. 122.2 pfo. 2º TRLOTAUC-M será preferible la proposición: "...la que prevea justificadamente, para unas mismas obras, un menor precio máximo para efectuarlas sin mengua de su calidad", o, "...comprometa su realización asumiendo, expresa y razonadamente, un beneficio empresarial más proporcionado por la promoción y gestión de la actuación...".

A estos efectos, a la hora de determinar el porcentaje máximo de aplicación a los gastos generales (13 a 17%) y al beneficio industrial (6%) hay que acudir a lo establecido para la obra pública en el Art. 131.1 a) y b) RGCAP.

b.2. Forma de la retribución:

La regla general será que el urbanizador reciba la retribución en metálico conforme al proyecto de cuotas de urbanización que ha de presentar a la Administración para su aprobación. Art. 119.2.a) TRLOTAUC-M; ello salvo el supuesto de que se haya pactado con los propietarios la retribución en terrenos edificables. Art. 118.1.a) TRLOTAUC-M.

A tal efecto, el Art. 119.1 TRLOTAUC-M dispone: “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”.

Hay que tener en cuenta que constituye un derecho del urbanizador decidir en su proposición la forma de percibir su retribución por los gastos derivados de la urbanización, en este sentido, el art. 118.3.c) TRLOTAUC-M es claro al establecer que el urbanizador podrá ejercer las siguientes prerrogativas y facultades: “Exigir que los propietarios le retribuyan pagándole cuotas de urbanización o cediendo en su favor terrenos edificables de los que han de ser urbanizados en desarrollo de la actuación”. Ahora bien, la facultad de exigir la retribución en parcelas lleva consigo en forma inseparable, la obligación de edificar viviendas sujetas a un régimen de protección pública o uso de interés social, conforme a lo dispuesto en el Art. 119.1 TRLOTAUC-M.

Sin embargo, todo dependerá del previo acuerdo con los propietarios, pudiéndose plantear a nuestro juicio las siguientes opciones:

b.2.1. Acuerdo de cooperación con los propietarios:

En este supuesto conforme al art. 118.1.b) TRLOTAUC-M: “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 urbanización.

2^a) Contribuyendo proporcionalmente a los gastos de urbanización mediante cesión de terrenos edificables.

Es decir, estaríamos en el supuesto de reparcelación voluntaria, donde previamente se ha pactado con los propietarios la solución final del reparto de beneficios y cargas y la retribución del urbanizador. Art. 93.a y 95.2 TRLOTAUC-M.

Esta solución no impide que a falta de unanimidad entre los propietarios, se contemple unas cláusulas relativas a los derechos a la expropiación de aquellos propietarios que expresamente declinen cooperar, conforme al art. 118.2 TRLOTAUC-M.

A la hora de pactar las condiciones habrá de tenerse presente

conforme a lo dispuesto en el Art. 93.a) Pfo. 2º TRLOTAUC-M, que: “Los criterios voluntariamente establecidos no podrán ser ni contrarios a la Ley o a la ordenación territorial y urbanista aplicable, ni lesivos de terceros o del interés público”.

En este supuesto de acuerdo con los propietarios, el proyecto de Reparcelación debería presentarse simultáneamente para su aprobación con el PAU, con los requisitos exigidos por el art. 95.2 TRLOTAUC-M y 115 RGU.

b.2.2. No cooperación de los propietarios:

En este supuesto el urbanizador podrá optar por la retribución en metálico o en parcelas edificables en función de que se den las circunstancias exigidas por los artículos 118.3.c pfo. 2º y 119.1 TRLOTAUC-M, conforme a los cuales respectivamente: “El urbanizador podrá optar por la retribución mediante la cesión de terrenos edificables cuando asuma el compromiso de promover, sobre los terrenos que reciba en pago de su retribución viviendas sujetas a un régimen de protección pública u otros usos de interés social...” y, “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...”.

Es decir, el urbanizador en su proposición jurídico-económica (Arts. 110.4.3.a) y c) TRLOTAUC-M) puede optar conforme al art. 118.3.c de dicho texto, por:

1º.-Retribución en metálico:

Esta opción es un derecho del urbanizador, desarrollada conforme a lo dicho al comienzo de 2).

Entendemos que en los casos de retribución en metálico, deben ponerse cláusulas relativas a:

- Proyecto de cuotas y forma de liquidación. Art. 119.2.a) TRLOTAUC-M
- Tramitación. Art. 119.2. a) pfo. 2º TRLOTAUC-M.
- Modificaciones en el proyecto. Art. 119.1.c), 119.2.a pfo.1º, inciso 2º TRLOTAUC-M.

- Oposición a la previsión de gastos. Art. 119.1.c) pfo. 3º TRLOTAUC-M.

- Liquidación provisional y liquidación definitiva. Art. 119.2. a) y 3 TRLOTAUC-M.

- Impago de cuotas interés legal y reclamación de las mismas. Art. 119.2.d) TRLOTAUC-M.

- Afeción de parcelas al pago de las cuotas. Art. 119.2. b) nº 2 TRLOTAUC-M.

- Pago anticipado de las inversiones previstas para los seis meses siguientes. Art. 119.2.c) TRLOTAUC-M.

- Aplazamiento en el pago de cuotas. Art. 119.2.e) TRLOTAUC-M.

- Indemnizaciones sustitutorias. Art. 119.2.b).1º TRLOTAUC-M.

2º.-Retribución en parcelas:

Ello se dará en aquellos supuestos en los que el proponente se comprometa a la promoción, en las parcelas que perciba en pago, de viviendas sujetas a un régimen de protección pública o a otros fines o usos de interés social.

En este caso hay que aclarar que por otros usos de interés social hay que entender todos aquellos destinos para equipamientos públicos o de instalaciones de utilidad pública o interés social, aunque no sean de dominio público. Ej. Hospital, colegio, residencias 3ª edad, etc... (Art. 79.2.c) TRLOTAUC-M.

Tras la modificación operada por la Ley 12/2005, de 27 de Diciembre, los usos de interés social se han ampliado tan generosamente (Art. 79-2 TRLOTAUC-M), hasta el punto que hoy, con la venta del Patrimonio Público del Suelo puede financiarse cualquier clase de operación del presupuesto que no sea de gasto de personal. Ahora bien, la pregunta es ¿son éstos usos de interés social a los efectos de los compromisos del urbanizador en su proposición? Aquí entendemos que donde la Ley no distingue no cabe distinguir, y no sería lógico ni razonable que para unas cosas fuesen usos de interés social, y para otras no.

- Ha de preverse en estos supuestos, conforme al art. 118.3.c) pfo. 2º TRLOTAUC-M, que estos usos o destinos atribuyan a los terrenos un valor máximo legal que permita determinar con objetividad su equivalencia con la retribución del urbanizador.

En definitiva se trata de que a esos terrenos se les asigne un valor en función de su destino para así poder determinar su equivalencia con la retribución en metálico que en otro caso correspondería.

- Conforme al art. 119.1.b)TRLOTAUC-M, ha de preverse la posibilidad de que haya propietarios disconformes con la proporción de terrenos que les corresponda ceder, y la posibilidad de retribución en metálico solicitada por conducto notarial al urbanizador dentro de los 10 días siguientes a la aprobación del PAU.

Es posible que la aprobación del PAU determine un urbanizador que luego no sea el definitivo por las posibilidades que da el juego de la asociación de proposiciones (Art. 120.6 Último inciso) y de la subrogación (Art. 122.5 Pfo. 2º), ambos del TRLOTAUC-M; no obstante, servirá la notificación, y los que se asocian o subrogan deberán asumirlo.

- En este último supuesto, garantía real o financiera (en cualquiera de las formas admitidas en derecho), proporcional a la prestada por el urbanizador en relación con los terrenos afectados. Art. 119.1.b) Pfo. 2º TRLOTAUC-M.

- Diferencias por variaciones en los gastos de urbanización que se retribuirán siempre en metálico, cuando no sean imputables al urbanizador. Art. 119.1.c) Pfo. 2º TRLOTAUC-M.

- Oposición a la previsión de gastos. Art. 119.1.c) pfo. 3º TRLOTAUC-M.

- Incidencia económica de los compromisos adquiridos por el proponente para edificar con fines de interés social los terrenos que se le den en pago. Art. 110.4.3.d) TRLOTAUC-M.

c) Garantías a prestar por el urbanizador para el cobro de las cuotas de urbanización.

Establece el art. 118.4 TRLOTAUC-M: El urbanizador, para percibir de los propietarios 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...”.

c.1 deberán preverse cláusulas que atiendan a la cuantía, forma de prestación, tiempo y cancelación de las garantías, conforme a lo previsto en las letras a), b), c) y d) del Art. 118.4 TRLOTAUC-M.

Estas cláusulas no serán necesarias cuando se justifique documentalmente que el proponente ha llegado a un acuerdo en este sentido con los propietarios. A este fin el Art. 118.6 TRLOTAUC-M dispone “Lo dispuesto en los dos números anteriores no será de aplicación en los casos de gestión directa a cargo de la propia Administración Pública y en los de gestión indirecta en los que el urbanizador y el propietario así lo hubieran convenido...”.

c.2 Previsión para los casos de incumplimiento de estas garantías, en los casos de resolución de la concesión del programa, y por mora en la obligación de urbanizar. Art. 118.5. a) y b) TRLOTAUC-M.

Hay que tener en cuenta que en los supuestos de no cooperación, el proponente se verá forzado a plantear el clausulado a la vista de un expediente de reparcelación que con el carácter de forzoso deberá solicitar de la Administración.

Este expediente de reparcelación forzosa puede ser simultáneo al PAU, o presentado a posteriori, aunque lo normal será, dado la complejidad del mismo, que sea presentado una vez adjudicado el PAU. Art. 118.3.a) TRLOTAUC-M.

d) Cláusulas relativas a la parcelación y edificación:

Establece el art. 118.3 TRLOTAUC-M que el urbanizador podrá ejercer las siguientes prerrogativas y facultades:

“b) Oponerse a la parcelación y a la edificación en el ámbito de la actuación, hasta el pleno cumplimiento de las previsiones del programa. El otorgamiento de las licencias precisas para tales actos requerirá la previa audiencia del urbanizador”.

En este sentido habrán de preverse las cláusulas relativas al otorgamiento de las licencias de parcelación y edificación, exigiendo para ello el cumplimiento de las condiciones legales previstas en la Ley, en el PAU aprobado, y que el titular de la parcela para la que se solicita licencia haya contribuido a las cargas de la actuación, así como que quede garantizada la urbanización simultánea de la parcela, en su caso. Art. 118.3. b), Pfo. 2º TRLOTAUC-M.

e) Cláusulas relativas a la ocupación directa de los terrenos sujetos a reparcelación.

Establece el art. 118.3 TRLOTAUC-M: El urbanizador podrá:

d) “Solicitar la ocupación directa de los terrenos sujetos a reparcelación y necesarios para desarrollar las infraestructuras de urbanización, en los términos previstos por la legislación general”.

Se entiende que esta cláusula procede en aquellos supuestos de reparcelación forzosa, siendo adecuada su previsión en el convenio urbanístico que formalice la concesión del PAU y por lo tanto, con carácter previo, en la proposición jurídico-económica.

La remisión a la legislación general para la ocupación directa en este momento no tiene sentido, al haber sido derogado el art. 203 TR-92 y no contener norma expresa al respecto la Ley 6/98 LRSV. Entendido como norma que regula la ocupación directa es de aplicación la regulación contenida en los arts. 126 a 128 LOTAUC-M, de aplicación a la obtención de los Sistemas Generales. La Ley 8/2007, da solución a esta cuestión al establecer en su Art. 9.3, como carga real del derecho de propiedad “... permitir ocupar los bienes necesarios para la realización de las obras al responsable de ejecutar la actuación.”

f) Cláusulas relativas a los derechos de los propietarios.

Establece el art. 118.8 TRLOTAUC-M:

“Los propietarios tendrán derecho a recibir, en todo momento, información debidamente documentada sobre los gastos de urbanización que hayan de asumir y a cooperar en la actuación en los términos establecidos por la Ley y el Programa, siempre que asuman las cargas y los riesgos de su desarrollo. Podrán, asimismo y para la mejor ejecución de dicho Programa, someter a consideración de la Administración actuante sugerencias y enmiendas para la elaboración, corrección o modificación de los proyectos y presupuestos expresados en la letra a) del número 3, siempre que las pongan también en conocimiento del urbanizador.

El propietario que contribuya a los gastos de la urbanización podrá exigir que el urbanizador la ejecute con la diligencia de un buen empresario y que la Administración actuante supervise la ejecución de la actuación en los términos previstos por la Ley.

El derecho de los propietarios afectados por la actuación se determinará en función de su aprovechamiento privativo”.

El contenido de este artículo tiene su precedente en las funciones que a las Asociaciones Administrativas de Cooperación otorgaba el art. 193 RGU, las dudas surgen aquí, respecto a si estos derechos son de ejercicio individual o requieren de algún tipo de Asociación o Agrupación formalmente constituida.

Entendemos que, sin perjuicio de que a nivel individual todo propietario tiene el derecho a obtener información y documentos que, en cuanto interesado, le concede la legislación general, el ejercicio de los derechos contenidos en el art. 118.8 TRLOTAUC-M, requiere de la previa constitución en Agrupación de Interés Urbanístico conforme a lo previsto en el art. 110.5.e) TRLOTAUC-M, dado que entre los objetos de estas Agrupaciones está el de : “... colaborar con su Urbanizador legal de forma convenida con él”.

Esto es lo que cabe deducir, cuando se dice: “Los propietarios tendrán derecho (...) y a cooperar en la actuación en los términos establecidos por la Ley y el Programa...”.

Ahora bien, en los casos en que se haya llegado a un acuerdo previo de cooperación con el proponente (Art. 118.1.b TRLOTAUC-M) y luego urbanizador, tramitándose la reparcelación voluntaria conjunta y simultáneamente con el PAU, parece que no habría ningún obstáculo para que fuera este el que contemplase la forma de ejercer estos derechos.

En cualquier caso, con base en este artículo será conveniente la previsión de cláusulas que regulen la forma de ejercicio y el contenido de estos derechos, que, respetando el mínimo de “ius cogens” establecido en la Ley, puede ser tan amplio como en derecho sea admisible a un pacto de voluntades; no en vano el art. 122.2.pfo. 2º Inciso último, establece como un criterio complementario preferente en la adjudicación del programa, la proposición que oferte más incentivos, garantías, “... o posibilidades de colaboración de los propietarios afectados por la actuación...”.

El contenido indisponible por el urbanizador y los propietarios vendrá determinado por aquellas normas que regulan con el carácter de derecho necesario el contenido de la actuación urbanizadora, que afecten al derecho de terceros, y al interés público presente en la actuación.

Sin embargo, entendemos que los derechos que emanan del art. 118.8.pfo 2º, son de ejercicio individual por cada propietario "...que contribuya a los gastos de urbanización...", por cuanto es un derecho que se corresponde con un deber de la Administración, y que, como tal, todo ciudadano estaría legitimado para su exigencia a la vista del interés público implícito en toda actuación urbanizadora, y más ahora que expresamente se constituye en un servicio público de carácter administrativo (arts. 96 y 97), cuyo soporte filosófico se encuentra en la exposición de motivos, Exp. II, Pfo. 3º, 4º, 5º y 6º, básicamente. Poder solicitar o exigir que el urbanizador (un concesionario de un servicio público), ejecute este servicio con la diligencia de un buen empresario y que la Administración supervise la ejecución, parece que es algo que está en el derecho de todo ciudadano.

Finalmente, la cláusula conforme a la cual, el derecho de los propietarios afectados por la actuación se determinará en función de su aprovechamiento privativo. Art. 118.8. Pfo. Último.

Este derecho está en consonancia con lo dispuesto en los artículos 53.2, 92.1 y 119.3 TRLOTAUC-M. Hay que resaltar, no obstante, que no es muy propio incluir el derecho al aprovechamiento privativo en un precepto destinado a garantizar la cooperación y colaboración de los propietarios afectados con el urbanizador.

g) Cláusulas de cesión del contrato de concesión:

Establece el art. 117.2 TRLOTAUC-M:

"El urbanizador podrá en cualquier momento y en escritura pública y previa autorización, ceder su condición a favor de tercero que se subrogue en todas sus obligaciones ante la Administración actuante. Esta podrá denegar la autorización por razón de menoscabo del interés general o defraudación de la pública competencia en la adjudicación, debiendo en tal caso acordar simultáneamente la prosecución de la actuación por gestión directa o proceder a nueva licitación. La cesión parcial, para tramo o porción minoritaria de la actuación, requerirá que entre cedente y adquirente asuman, solidaria o mancomunadamente, una programación debidamente coordinada y un conjunto de compromisos que satisfagan las exigencias de la programación originaria".

Parece que es elemental en base al principio de autonomía de la voluntad de las partes, y así está recogido en nuestro derecho (art. 1112 y 1255 C. Civil, y art. 209 LCSP), que los derechos y obligaciones de

un contrato son susceptibles de cesión por su titular, en el caso de los públicos la Ley de Contratos de Administraciones Públicas lo sujeta a una serie de requisitos.

En este caso, hay que distinguir:

g.1 Cesión total:

En este caso el art. 117.2 inciso 1º TRLOTAUC-M exige:

- Que previamente sea autorizado por la Administración.
- Que se formalice en escritura pública.
- Que el tercero adquirente (cesionario) se subrogue en todas las obligaciones del concesionario (cedente) para con la Administración.
- Puede realizarse la cesión en cualquier momento.

Pues bien, parece sumamente conveniente que en las cláusulas del convenio se hagan figurar condiciones complementarias para la cesión, ya que la Ley no regula bien esta materia.

Tales cláusulas deberían versar sobre:

- Que el (cesionario) debe cumplir todas y cada una de las condiciones exigidas al concesionario (cedente). Ej. Solvencia técnica, económica, etc... no incapacitado para contratar con la Administración. Etc...
- Dejar bien claro, que la subrogación no lo es solo ante la Administración actuante, sino en todas las obligaciones que emanan del programa y de la Ley, respecto de la Administración y de los propietarios afectados.
- Al igual que en la LCSP, debiera exigirse la condición previa de haber transcurrido una quinta parte del periodo de tiempo o llevar ejecutado un 20% del contrato (PAU), ello con la finalidad de evitar la pura especulación con el título de adjudicatario de un Programa.

Difícilmente va a poder la Administración motivar una denegación de la cesión por "...menoscabo del interés general o defraudación de la pública competencia en la adjudicación...", si no se exige previa-

mente unas condiciones mínimas que dificulten la especulación con la concesión.

- Depósito previo de las mismas garantías que tenía el cedente, o vinculación de estas a las responsabilidades del nuevo concesionario.

g.2 Cesión parcial:

En este caso el art. 117.2 Inciso último TRLOTAUC-M, exige:

1º Que sea para tramo o porción minoritaria de la actuación.

2º Compromiso solidario o mancomunado de programación debidamente coordinado (de la porción o tramo cedido y del resto de la actuación).

3º Compromiso sobre otras exigencias que demande la programación originaria.

Otra vez el legislador deja intuir lo que quiere decir, pero lo dice dejándolo en la más absoluta oscuridad, porque:

- ¿Es exigible el otorgamiento de escritura pública que formalice la cesión?

- La programación a la que se refiere, ¿Qué tipo de documento exige? ¿Hay que aprobarlo? ¿Por quién?

- ¿Cuál es el conjunto de compromisos que satisfacen las exigencias de la programación originaria?

- Ha de ser autorizada la cesión por la Administración actuante, o basta con la toma de conocimiento?

- El tramo o porción minoritaria ¿Qué es? ¿Cuáles son sus límites? ¿Físicos, económicos, etc...?

- ¿Pueden realizarse varias cesiones parciales?

Parece que no es exagerado, ni desproporcionado, hacerse estas preguntas, por ello habrá de regularse convenientemente las condiciones y requisitos que den certeza a lo que la Ley establece.

A pesar de estar situado el Inciso en el nº 2 como una modalidad de la cesión total del contrato, creemos que no es exigible la escritura

pública dado que los requisitos exigidos tiene autonomía propia y no exigen esta formalidad que está pensada para la cesión total.

En cuanto a la programación debidamente coordinada, entendemos que sobre la base de que lo que se ejecuta es el PAU, lo único que hay que prever es que el cesionario parcial coordine su actuación con el concesionario o urbanizador con respecto al PAU. La asunción por el concesionario siempre deberá ser solidaria, supuesto que debe responder de la ejecución total del PAU. En el caso de que se opte por una cesión mancomunada entendemos que debiera ser exigible el otorgamiento de escritura pública y la subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones del urbanizador respecto del tramo o parte cedido.

El tramo o parte objeto de cesión, entendemos que debiera constituir una unidad funcionalmente autónoma o con entidad propia para entrar en funcionamiento, al modo del requisito exigido a la ejecución de los contratos de obra pública por fases. Art. 218.5 LCSP y entrega de la urbanización por fases Art. 180.2 RG.

La cesión parcial entendemos que siempre ha de ser autorizada por la Administración que debe pronunciarse respecto de la autonomía funcional del tramo o unidad que se cede, programación de actuaciones, compromisos y garantías mancomunadas o solidarias, etc... Pudiendo establecer en el acuerdo de autorización, que debe otorgarse por el órgano que aprobó el PAU, cuantas condiciones se consideren adecuadas al cumplimiento del PAU.

Respecto de la posibilidad de otras cesiones parciales, no queda prohibido por la Ley, pero entendemos que debiera establecerse un límite bien por relación a un % de la superficie de la UA, o del coste de la urbanización, que nunca debiera ser superior al 49% en ambos casos, dado que, en otro caso, el urbanizador originario desaparecería prácticamente y sería difícil la coordinación de tantas cesiones perdiendo el sentido de unidad la actuación.

h) Contrato de prestaciones accesorias:

Dispone el Art. 117.3 TRLOTAUC-M:

“Para que el urbanizador particular pueda contratar prestaciones accesorias de su gestión con tercero, sin transmitirle sus responsabilidades ante la Administración actuante, bastará que de cuenta de ello a ésta.”

Por prestaciones accesorias hay que entender la contratación de la ejecución material de pequeñas obras, e incluso de gestión gerencial de la obra urbanizadora, bastando la puesta en conocimiento de la Administración.

En este caso, hay que entender que estas prestaciones accesorias han de tener entidad propia, dado que, si se considera con rigor esta acepción llegaría al absurdo de tener que poner en conocimiento de la Administración actuante todo contrato por mínimo que sea que otorgue el urbanizador en orden a la ejecución del PAU.

i) Cláusula de compromisos que interese adquirir al Urbanizador.

Conforme a lo dispuesto en el Art. 110.4.3.d) (redacción dada por la Ley 1/2003, de 17 de Enero), el proponente puede adquirir compromisos relativos a: aportaciones al Patrimonio Público del Suelo, realización de obras adicionales a las mínimas establecidas legalmente, afectar los terrenos a la edificación con criterios de edificación ecológica o con fines de interés social.

En este caso, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 118.3.c) Pfo.2º, con estos compromisos debe establecerse una valoración máxima que permita determinar con objetividad el coste de estas edificaciones y su repercusión en el coste a los propietarios afectados.

j) Cláusula de responsabilidad del urbanizador.

Establece el artículo 118.7 TRLOTAUC-M:

“El urbanizador será responsable de los daños causados a los propietarios o a otras personas como consecuencia de su actividad o por falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, salvo cuando aquéllos tuvieran su origen en una orden directa de la Administración actuante o en el cumplimiento de una condición impuesta por ella”.

Esta responsabilidad es extracontractual por aquellos actos u omisiones que en el ejercicio de la actividad urbanizadora puedan producir daños a terceras personas.

Lo normal es que este tipo de responsabilidades las tengan cubiertas las empresas por medio de seguros de responsabilidad civil, seguro que, en todo caso, entendemos debe exigirse a la entidad o persona que resulte concesionaria respecto de la actuación urbanizadora,

dado que de no responder esta sería responsable subsidiaria la propia Administración actuante con arreglo a la cláusula general del Art. 139.1 LRJ-PAC.

Solo se exime de responsabilidad al urbanizador, cuando el daño causado sea consecuencia de órdenes directas de la Administración o de condiciones impuestas por esta, aunque entendemos que si estas órdenes y condiciones son en ejecución del PAU, no eximirían de responsabilidad al urbanizador.

k) Cláusula de derecho aplicable y supletorio:

Establece el art. 118.10 TRLOTAUC-M:

En lo no dispuesto por esta Ley, las relaciones entre el urbanizador y los propietarios se regirán por lo que libremente convengan, con sujeción a la ordenación territorial y urbanística y la programación aprobada.

Entendemos que la cláusula de derecho aplicable debe incluir no solo la TRLOTAUC-M, sino el derecho estatal de carácter básico y las disposiciones reglamentarias estatales hasta que se desarrolle reglamentariamente la Ley que, en todo caso, y junto con las disposiciones reguladoras del contrato de gestión de servicios públicos en el TRLCAP, además de aquellas que resulten aplicables a la gestión de servicios públicos en la LBRL y TRRL, así como del RSCL, constituirían el derecho supletorio.

VI. ELABORACION, TRAMITACION, APROBACION Y ADJUDICACION

6.1. Elaboración:

Dada la complejidad del posible contenido de un Programa de Actuación Urbanizadora, parece que aquellas personas legitimadas para su promoción han de contar con la colaboración de la Administración respecto de aquellos documentos, información o datos necesarios para su elaboración.

En este sentido el artículo 110.5.d) TRLOTAUC-M dispone que: “Los particulares, sean o no propietarios de los terrenos, podrán entablar consultas con cualquier Administración pública, sobre el contenido de los Programas de Actuación Urbanizadora a elaborar, así como solicitar y obtener de las Administraciones completa información sobre las resoluciones y previsiones oficiales que condicionen el desarrollo de cada actuación”.

Continuando el Pfo. 2º: “Cualquier persona que pretenda elaborar una propuesta de Programa de Actuación Urbanizadora podrá ser autorizada por el Municipio para ocupar temporalmente terrenos a fin de obtener información precisa en los términos expuestos en la legislación expropiatoria. Asimismo tendrá acceso a la información y documentación que obre en los registros y archivos de las Administraciones Públicas conforme a la legislación general de régimen jurídico de éstas”

Desde sus orígenes en forma sistematizada, los textos legales que han regulado el suelo y la ordenación urbana han incorporado preceptos en orden a la legitimación pública en esta materia con fundamento en tratarse de una función pública, es decir que atañe a todos; y por estar determinadas como dice la E.M nº II párrafo IV a “... por relación tanto a los bienes de rango constitucional, cuya tutela efectiva debe procurar cuando a los fines que de tales bienes cabe derivar, desde el punto de vista de la calidad de vida y la racional utilización del territorio, en particular del suelo”; sin embargo esta iniciativa se reconocía solamente reservada a la Administración o a los propietarios de los terrenos a través de los tradicionales sistemas de cooperación, expropiación o compensación, respectivamente.

El cambio fundamental que opera la Ley de Castilla-La Mancha, con precedente en la Ley Valenciana es, precisamente, extender al ámbito de la gestión y ejecución del planeamiento esta legitimación pública: cualquier particular sin ser propietario puede tomar la iniciativa y ser promotor y adjudicatario de la gestión y ejecución del planeamiento a través de un PAU. Artículo 110.5 TRLOTAUC-M.

Así se reconoce en la Exposición de Motivos nº II. Párrafo último: “La participación es nota esencial de esa actividad pública...”

Un examen del artículo 110.5.d) TRLOTAUC-M, nos lleva a las siguientes conclusiones:

1ª.- Las peticiones pueden ser formuladas por cualquiera sea o no

propietario de los terrenos.

2ª.- Dependiendo del contenido de la información a obtener la petición puede formularse a cualquier Administración Pública interesada, ya sea la actuante, ya sea la Municipal, ya la sectorial, ya cualquier otra que la posea.

3ª.- El contenido de la información a obtener puede ser tan amplio como sea necesario al fin para el que se solicita; así por Ej: Relacionadas con el Planeamiento a ejecutar, con la situación jurídica de las fincas incluidas en la UA, con las Administraciones sectoriales afectadas por: carreteras, vías pecuarias, ferrocarriles, etc.; redes de servicios previstas a la actuación: gas, agua, electricidad, etc., construcciones, instalaciones y plantaciones existentes que sean incompatibles con la actuación, etc., y así hasta tener un conocimiento acabado que la permita la redacción del PAU completo.

4ª.- La forma de obtener la información se ajustará a la normativa general reguladora en cada Administración, en desarrollo del artículo 105. C.E. y 35 y ss. LRJ-PAC.

En los casos de autorización de la ocupación temporal ésta se desarrollará conforme a las previsiones de la vigente Ley de Expropiación Forzosa de 16 de Diciembre de 1.964.

Respecto a la posibilidad de obtención de los datos de los titulares catastrales por parte de aquél que quiera ser urbanizador, aunque no figure esta posibilidad en los Arts. 51 y 53 del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (TRLCI), aprobado por R. D. Legislativo 1/2004, de 5 de Marzo, tal consulta ha de entenderse autorizada por el TRLOTAUC-M, además de ser estos datos públicos al estar incluidos en el Padrón del Impuesto de Bienes Inmuebles (IBI) que ha de someterse a información pública¹.

6.2. Tramitación

Dentro de la tramitación de los PAUS conforme a la regulación contenida en los artículos 120 y 121 TRLOTAU-CM podemos distinguir los siguientes procedimientos:

A).- Ordinario.

B).- Simplificado.

A).- Procedimiento Ordinario:

Constituye el procedimiento tipo regulado en la Ley, respecto del cual los otros son especialidades. Su regulación se contiene en el artículo 120 TRLOTAUC-M, dentro de la cual podemos distinguir:

a) Objeto:

Conforme establece el título del artículo 120 TRLOTAUC-M, es su objeto la tramitación de PAUS de iniciativa particular o a desarrollar en régimen de gestión indirecta.

Es decir, quedan incluidos de una parte los promovidos por los particulares, y entendemos, todos, sean promovidos por particulares, Administraciones o Entes o Sociedades de ellos dependientes o de los que formen parte, siempre que sean gestionados en forma indirecta.

Sin embargo, del examen de la normativa reguladora pueden deducirse algunas cuestiones que plantean cuando poco dudas:

1ª.-Supuestos de iniciativa o promoción que no se ajusta al orden establecido para el desarrollo de la U.A.

En atención a que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 97.2.b y 103 TRLOTAUC-M, es requisito previo a toda ejecución de la obra urbanizadora, la organización temporal de su ejecución, parece claro que, toda iniciativa deba atenerse al orden básico de prioridades establecido. En el caso de

Municipios con PGOU, o POM, parece que así debe ser supuesto que son determinaciones que estos deben contener Art. 24.1.c) TRLOTAUC-M. Pero es posible que la iniciativa o promoción que se propone no se ajuste al orden establecido en el Plan de Etapas del PGOU; o a la secuencia lógica de desarrollo de los sectores de planeamiento parcial o de reforma interior del POM. Art. 24.1.c) TRLOTAUC-M... ¿Qué ocurre en estos casos?

Entendemos que el órgano competente de la Administración actuante, a propuesta de la Alcaldía, puede optar, en el mismo acto de solicitud del trámite de información pública, por desestimar la propuesta de iniciativa con este único fundamento, Art. 120.2.a) TRLOTAUC-M, o, admitirla modificando expresamente y en forma motivada el Plan

de Etapas (PGOU) o la Secuencia lógica de desarrollo establecida en el POM.(Art. 24.1.c) TRLOTAUC-M., para lo cual, de oficio, se exigirá la incorporación de la pertinente modificación del PGOU o POM. Aunque quizás lo pertinente sería, conceder al proponente un plazo de subsanación, para que presentase la documentación exigida a la modificación correspondiente, que dada la materia sería bien el PP o el PERI integrantes, en su caso, de la alternativa técnica del PAU por cuanto serían modificaciones al planeamiento general factibles a estos instrumentos. Art. 39.1 Inciso 2º, en relación con los artículos 17.B. b) y c) y Art. 39.7.b) TRLOTAUC-M.

2ª.- ¿Cabe la decisión de Gestión Directa de la Actuación propuesta?.

Parece que un buen entendimiento de lo que la Ley dice en los artículos 96.2 y 97.1.a) TRLOTAUC-M, respecto de la forma de gestión de la actividad de ejecución del planeamiento, en relación con la naturaleza de servicio público de esta actividad (Art. 96.1.a) y 96.2 TRLOTAUC-M), nos debe llevar a interpretar que, con carácter previo, la Administración actuante, en cada caso, debe adoptar acuerdos respecto a la forma de gestión, de las distintas UA previstas en el planeamiento, y que esta decisión ha de ser motivada. Art. 122.4.Pfo. 2º TRLOTAUC-M.

Esto parece concluirse también de lo dispuesto por el Art. 122.3 In Fine TRLOTAUC-M al disponer: "...serán los criterios en los que habrá de fundarse toda decisión pública sobre la programación, tanto la relativa a la modalidad de gestión directa o indirecta...". Ahora bien en aquellos supuestos en los que la actividad se promueva o inicie por los particulares ¿cabe la denegación sin más de la iniciativa, o adoptar el acuerdo de Gestión Indirecta? En primer lugar, supuesto que no haya un acuerdo previo determinando la forma de gestión directa de una U.A. y, aunque lo hubiera, se entiende que es lícita toda iniciativa de los particulares y, en segundo lugar, la Administración actuante debe adoptar acuerdo estimatorio o desestimatorio de dicha iniciativa y siempre en forma motivada. Así, el Art. 120.2.a) TRLOTAUC-M establece: "El Alcalde podrá: A) Elevar al Pleno del Ayuntamiento propuesta motivada de desestimación de la solicitud. El Pleno podrá desestimarla...".

El acuerdo respecto a la adopción de la Gestión Directa procede adoptarlo igualmente, en forma motivada, aun habiéndose iniciado y tramitado la actuación por la vía de la Gestión Indirecta; este acuerdo puede ser adoptado en el primer trámite (párrafo anterior), o a poste-

riori en el momento de la adjudicación. Art. 122.4 Pfo.1º TRLOTAUC-M.: “El Ayuntamiento-Pleno podrá rechazar razonablemente todas las iniciativas para ejecutar la actuación urbanizadora por considerar que ninguna de ellas ofrece base adecuada para ello, resolviendo la no programación del terreno, convocar concurso sobre la base de unas condiciones urbanísticas definidas o proceder a la ejecución mediante gestión directa cuando ésta sea viable y preferible para los intereses públicos municipales”

Además, es exigencia de la Ley que los acuerdos adoptados sean congruentes con los antecedentes existentes y con la información aportada a los licitadores, en éste sentido el Párrafo 2º del Art. 122.4 dispone: “Los acuerdos municipales en materia de programación deberán ser siempre expresamente motivados y concretarán, razonadamente, las prioridades públicas expresadas en los números anteriores, atemperándolas a las circunstancias propias de cada Actuación. En todo caso, dichos acuerdos habrán de ser congruentes con las previsiones y actuaciones que se hubieran comunicado previamente a los proponentes, según la letra c) del número 5 del artículo 110 y la letra b) del nº 2 del Art. 120, cuando las mismas hubieran suscitado la presentación de iniciativas particulares o hubieran servido de bases orientativas con vistas a la selección entre iniciativas en competencia “.

3ª.- ¿Quién determina la forma de gestión y cual es el procedimiento y el órgano competente para la aprobación en el caso de promoción del PAU por otras Administraciones Públicas distintas al Municipio?

Establece el Art. 110.5.b TRLOTAUC-M:

“Podrán formular y promover Programas de Actuación Urbanizadoras:

b) 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.

En este caso, su tramitación y aprobación se sujetará a las reglas establecidas para los Planes Especiales, y su aprobación corresponderá

a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística. En la ejecución de los Programas de Actuación Urbanizadora así aprobados se tendrá como Administración actuante a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

c) Las restantes Administraciones Públicas, para el ejercicio de sus competencias mediante la realización de actuaciones urbanizadoras”.

Un análisis de este precepto nos lleva a las siguientes conclusiones:

1ª.- La Junta de Comunidades o cualquiera de sus organismos o entidades, adscritos o de los que forme parte, públicos o privados, pueden formular o promover PAUS.

2ª.- Estos PAUS tendrán por objeto actuaciones:

- Para el desarrollo de competencias de la Junta con relevancia territorial.

- La promoción de suelo con destino a dotaciones públicas.

- La promoción de actuaciones urbanizadoras que fomenten la industrialización o la vivienda social de promoción pública o sujeta a cualquier régimen de protección pública.

3ª.- La forma de gestión en cada caso será determinada por el órgano competente de la Administración actuante que será la Junta de Comunidades. Art. 110.5.b) Pfo.3º Inciso 2º TRLOTAUC-M: “En la ejecución de los Programas de Actuación Urbanizadora así aprobados se tendrá por Administración actuante a la de la Junta de Comunidades...”

En el caso de otras Administraciones públicas el resultado es el mismo y la determinación de la forma de gestión corresponderá al órgano competente dentro de la misma.

4ª.- El procedimiento de aprobación será el establecido para los Planes Especiales. Art. 110.5.b) Pfo. 2º TRLOTAUC-M: “En este caso, su tramitación y aprobación se sujetará a las reglas establecidas para los Planes Especiales”.

Estos Planes Especiales son los del Art. 38 de la Ley y 77.2 RPC-

M, por ser estos los Planes de desarrollo del planeamiento, de ordenación previa o simultánea al PAU.

En éste caso, específico de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de sus organismos o entidades, éste es sin más el procedimiento, lo que en el caso de que quiera promoverlo por gestión indirecta es muy poco y habría que acudir a la regulación del Art. 120 para cubrir las lagunas existentes. Parece como si el legislador, en éste caso, sólo hubiera previsto la forma de gestión directa.

Sin embargo, esta forma y procedimiento de actuar, que para el caso de Gestión directa parece no plantear problemas, entendemos que no es de aplicación para el supuesto de gestión indirecta que debe seguir el establecido por el Art. 120, en cuyo título, entendemos quedan incluidos todos los supuestos de gestión indirecta: "La tramitación de Programas de Actuación Urbanizadora de gestión indirecta". No obstante, parece ir en contra de esta interpretación el Art. 124.2 inciso 2º al decir: "Si el Programa de Actuación Urbanizadora es de aprobación municipal..." con lo cual parece que se prevé que pueda ser aprobado por otra Administración, aunque entendemos que este artículo hace referencia tanto a la Gestión Directa como a la Indirecta.

Es una pena que la Ley no haya regulado con mayor claridad estos supuestos y sólo haya dejado incógnitas en sus parcas previsiones. Así, en la Exposición de Motivos para nada se alude en el Epígrafe 6º dedicado a la gestión de la obra urbanizadora, por lo demás, la modificación por Ley 1/2003, de 17 de Enero, no aclara nada al respecto.

Al contrario, sorprende la regulación detallada de los Proyectos de Singular Interés en los Arts. 19 a 22 de la Ley, en cuyos objetivos (Art. 19.2 TRLOTAUC-M) se contemplan todos los previstos para los PAUS de promoción pública en el Art. 110.5.b) TRLOTAUC-M, infraestructuras de cualquier tipo, política de vivienda pública, dotaciones públicas, suelo para actividades industriales, etc...., y entre cuyas determinaciones se incluyen la decisión sobre la forma de gestión, la administración actuante, la aprobación del Proyecto y la participación del Municipio en la tramitación, que dicho sea de paso, es mínima (Art. 22.3 Pfo. 2º TRLOTAUC-M). En el mismo sentido los Arts. 14, 15 y 126 a 129 del Reglamento de Planeamiento de Castilla-La Mancha (RPC-M).

Parece que algo así debió preverse para la actuación de otras

Administraciones. Públicas mediante la promoción de Programas de Actuación Urbanizadora.

La aprobación de los PAUS por estas Administraciones, con el planeamiento integrante, en su caso, de la Alternativa Técnica, supone un menoscabo a la competencia de las Entidades Locales respecto de un interés estrictamente municipal (planeamiento de desarrollo), lo que equivale a un deterioro de la autonomía municipal.

En cualquier caso, si el PAU incorpora planeamiento o modificaciones al mismo, en uno y otro caso, creemos que han de someterse al procedimiento de aprobación establecido en la Ley y en el Reglamento de Planeamiento, correspondiendo la aprobación al Ayuntamiento. En este caso la aprobación del PAU, debe quedar suspendida hasta esta aprobación.

Lo dicho para la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha es válido para el caso de promoción por otras Administraciones Públicas (Art. 110.5.c) TRLOTAUC-M, siendo en cada caso competente el órgano correspondiente de la Administración que se tenga por actuante en cada caso.

Si bien, en este caso, la Ley deja la puerta abierta para que se pueda optar por el procedimiento ordinario, así el Art. 110.5.c) Pfo. 2º TRLOTAUC-M., dispone: "... la Administración que promueva el Programa podrá optar por que se tramite, apruebe y ejecute conforme a lo dispuesto en la letra b) anterior", lo que a "sensu contrario" viene a suponer que de no optar por éste procedimiento deberá sujetarse al ordinario.

5ª.- Órgano competente para la aprobación.

Será órgano competente para la aprobación del PAU, el de la Administración actuante, en estos casos de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. El Art. 105.b) Pfo. 2º TRLOTAUC-M(redacción dada por la Ley 1/2003, de 17 de Enero) atribuye la competencia a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística.

Lo dicho para la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha es válido para el caso de promoción por otras Administraciones Públicas (Art. 110.5.c) TRLOTAUC-M), siendo en cada caso competente el órgano correspondiente de la Administración que se tenga por actuante en cada caso.

Para la gestión directa de PAUS promovidos por los Ayuntamientos y demás Administraciones Públicas nos remitimos al comentario de la Gestión Directa.

b) Órgano al que se dirige:

Naturalmente, la presentación se ha de realizar en el Registro General del Ayuntamiento en cuyo término municipal ha de desarrollarse la actuación urbanizadora.

La Documentación a presentar será la Alternativa Técnica regulada en el Artículo 110.4.1 TRLOTAUC-M y de forma abierta a la vista. Artículo 120.3 TRLOTAUC-M.

Nada dice la Ley respecto de los ejemplares de Alternativa Técnica a presentar, solo en forma indirecta y al hablar del procedimiento simplificado se hace alusión al depósito de una copia en el municipio (Art. 121.1.a) TRLOTAUC-M, pero esto no puede ser así por la propia exigencia del trámite y la seguridad jurídica, necesaria a tal documentación. Ha de tenerse presente que la documentación a la vista estará expuesta al público y a su disposición para consulta y estudio, de otra parte será conveniente para seguridad jurídica, a semejanza de los Planes, que un ejemplar quede custodiado y diligenciado por la Secretaría. Finalmente del PAU aprobado hay que remitir un ejemplar antes de la publicación del acuerdo de aprobación al Registro de PAUS. Artículo 124 TRLOTAUC-M.

Todo ello nos lleva a entender que es exigible la presentación de al menos dos ejemplares, siendo prudente el diligenciado del original (exigencia ésta para el PP/PERI de la Alternativa Técnica conforme al Art. 138.2.1º RPC-M) y su custodia en la Secretaria General, en tanto que se utilizará una copia para su examen y consulta por los interesados.

El órgano al que se dirige la documentación es al Alcalde con solicitud de sometimiento a información pública. Artículo 120.1 TRLOTAUC-M.

Se plantea la cuestión de ante quien se plantea en las Entidades Locales Menores, habiendo de concluir que en el Ayuntamiento del Municipio y dirigido al Alcalde, dado que las Entidades Locales Menores no tienen competencias atribuidas por la Ley Urbanística a este respecto, a salvo que las Leyes de las CC.AA. respectivas se las otorguen conforme a lo dispuesto en el Art. 4.2 LBRL.

c) Sometimiento a información pública:

Establece el artículo 120.2 TRLOTAUC-M: “El Alcalde podrá: a) “Eleva al Pleno del Ayuntamiento Propuesta motivada de desestimación de la solicitud.”

b).- “Someter la alternativa a información pública, junto con las observaciones o alternativas que, en su caso, estime convenientes”.

Del examen de este precepto se extraen las siguientes conclusiones:

1ª).- Corresponde al Alcalde la facultad de dictar el acto administrativo (entendemos que un Decreto de apertura del procedimiento y sometimiento a información pública) por virtud del cual, previos los informes técnicos y jurídicos pertinentes, se decide:

- Elevar al Pleno del Ayuntamiento propuesta motivada de desestimación de la solicitud.

- Someter la alternativa a información pública, junto con las observaciones o alternativas que, en su caso, estime convenientes.

En este punto hay que observar que los informes técnicos y jurídicos deben versar sobre los aspectos esenciales de la Alternativa Técnica garantes de un mínimo legal, sin incidir en un examen detallado de la misma, dado que lo que importa detectar, en este momento, son incumplimientos que hagan inviable el procedimiento. Ej. Legitimación de quién la promueve, Plan que la integra, etc. Hay que entender que aquellos incumplimientos o vicios que sean subsanables no deben afectar a la admisión a trámite.

2ª).- A su vez, en el caso de propuesta de desestimación el Pleno del Ayuntamiento puede resolver:

- Ratificar la Propuesta de la Alcaldía y desestimar la Alternativa.

- Establecer unas bases orientativas para la selección del urbanizador y someter la alternativa a información pública junto con las observaciones o alternativas que, en su caso, estime convenientes.

- Estimarla sin más rechazando la Propuesta de desestimación de la Alcaldía y someterla a información pública.

Varias son las cuestiones que plantea el nº 2 del Artículo 120 TRLOTAUC-M:

1ª.- Es el Alcalde el órgano competente para aceptar la Alternativa Técnica, no entendemos por que ha de elevar al Pleno propuesta motivada en caso de desestimación.

Estamos en el campo de la ejecución del planeamiento, en el ámbito de la concesión de un servicio público la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, en sus últimas modificaciones (R.D. Ley 5/96, y Ley 7/85) ha alterado la distribución de competencias entre el Alcalde y el Pleno, reforzando las de aquél, hasta el punto de que salvo que las Leyes sectoriales digan otra cosa, es al Alcalde al que corresponden las aprobaciones en materia de planeamiento, que no concluyan el trámite ante el Ayuntamiento, y también los instrumentos de gestión. (Art.21.1.j) y 22.2.c) LBRL) y, asimismo, respecto de las concesiones (Art.21.1.ñ) y 22.2.n) LBRL).

En un acto que implica la iniciación del procedimiento de selección del urbanizador, no entendemos que la propuesta de denegación del trámite haya de esperar al Pleno. En todo caso, aquí se defiende que el Alcalde puede desestimarla en forma motivada (no existe una atribución expresa de la competencia al Pleno tan sólo es una opción o facultad del Alcalde, y en base al principio del “contrarius actus”: si puede estimar, puede desestimar), pero en todo caso, cabe la delegación del Pleno en la Junta de Gobierno Local lo que representará eficacia y agilidad.

En el régimen de los Municipios de gran población incorporado al Título X de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, se suprime toda competencia ejecutiva del Alcalde, pasando a la Junta de Gobierno Local, no obstante la cláusula residual del Art. 124.4.ñ) LBRL, cuando la competencia, como es este el caso, se atribuye al Alcalde, deja sin efecto lo dispuesto para la Junta de Gobierno Local en el Art. 127.1.c) y d) LBRL. Sin embargo, aquí la cuestión a determinar es, en esta contradicción entre Leyes, cual de ellas prevalece como atribuidora de la competencia: Aquí entendemos que debe prevalecer la LBRL y, en consecuencia: a) El trámite de iniciación del procedimiento lo sigue decretando el Alcalde, pero en el caso de propuesta de desestimación corresponde la decisión a la Junta de Gobierno Local al imponerse la atribución del Art. 127.1.d) en relación con el Art. 123.1.i) LBRL, sobre la del Art. 120.2.a) TRLOTAUC-M.

b) La aprobación definitiva del PAU y su adjudicación sigue correspondiendo al Pleno. Art. 123.1.i) LBRL.

2ª.- Que duda cabe que el acto ha de ser expreso y motivado en ambos casos: estimación y desestimación, y previos los informes técnico y jurídico adecuados.

No ofrece duda la desestimación en base a la propia literalidad de la Ley "... propuesta motivada de desestimación..." y en aplicación de la normativa básica en materia de procedimiento administrativo (Art. 89.3 LRJ-PAC) y entendemos que también la estimación por cuanto habrá de controlarse un mínimo de legalidad en la Alternativa Técnica: Adecuación al planeamiento, legitimidad del promotor, no prohibición para contratar etc.

La propia exigencia de motivación del acto determina la necesidad de los informes técnico y jurídico, dada la complejidad de la materia y por aplicación de la Disposición Adicional 2ª núms. 7 y 8 LCSP en cuanto iniciación del procedimiento de contratación y aprobación de unas Bases Técnicas primeras u orientativas del contrato de concesión.

3ª.- Trámite de Informe y consulta:

En el caso de resolver el sometimiento a información pública, además, debe proveerse sobre el periodo de concertación interadministrativa y la solicitud de informes con las Administraciones u organismos que corresponda. Este trámite se encuentra informado, a nuestro juicio, por tres principios generales:

1º El principio de concertación no se da en aquellos Planes que constituyan desarrollo o ejecución de las determinaciones de otros previos en cuyo procedimiento de aprobación se hubiera cumplido dicho trámite, salvo que impliquen afectaciones relevantes adicionales sobre él.

A tal efecto el Art. 10.2 Pfo.2º TRLOTAUC-M dispone: "se exceptúan de la regla anterior los procedimientos que tengan por objeto instrumentos o proyectos que constituyan desarrollo o ejecución de las determinaciones de otros previos en cuyo procedimiento de aprobación se hubiera cumplido dicho trámite, siempre que no impliquen afectaciones relevantes adicionales a las resultantes del instrumento o proyectos desarrollado o ejecutado. En esta excepción se entienden incluidos Los Planes Parciales, Planes Especiales De Reforma Interior Y Planes Especiales, que afecten a la ordenación detallada..."

Esto quiere decir que lo normal en la tramitación de los PAUS será que su alternativa técnica este integrada por Planes de desarrollo, en cuyo caso no será precisa la concertación al ser mero desarrollo o ejecución de un planeamiento general ya en vigor. Solo en aquellos Planes de desarrollo que introduzcan modificaciones relevantes que afecten a las Administraciones Públicas deberá tramitarse la consulta. La relevancia no estará tanto en la entidad de la modificación como en la afección a los intereses de la Administración afectada. Ej. La modificación estructural del Plan General en la modificación del ámbito de un sector, de un sistema general, etc. No requerirán “per se” de la concertación, sin embargo si están contiguos a un Municipio colindante o a una carretera de otra Administración pueden requerirla por afectar a los intereses de éstas Administraciones.

La finalidad de la concertación interadministrativa es que no resulten lesionados los intereses de las demás Administraciones Públicas cuyas competencias puedan resultar afectadas. Art. 9.2.b) TRLOTAUC-M

2º Todo el proceso de concertación y de solicitud de informes queda embutido en el periodo de información pública, con una duración de un mes o, la del plazo que tenga establecido para la intervención o emisión de informe de las Administraciones Públicas en ese procedimiento.

A tal efecto el Art. 10.2 Pfo. 1º TRLOTAUC-M, dispone: “En todos los procedimientos administrativos que tengan por objeto la aprobación, modificación o revisión de alguno de los instrumentos o proyectos (...) en el estado de su instrucción mas temprano posibles, el tramite de consulta a las administraciones publicas territoriales afectadas, sin que pueda prolongarse mas allá del de información pública...”.

En el mismo sentido el Art. 138.2.3º RPC-M al disponer para los Planes de desarrollo: “Durante el periodo de información pública se habrán de requerir y evacuar informes de los órganos y entidades administrativos gestores de intereses públicos afectados, previstos legalmente como preceptivos a los efectos de dar cumplimiento al tramite de concertación interadministrativa establecido en el artículo 10 de la Ley 2/1998, de 4 de Junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística”.

Igualmente el Art. 138.2.2º RPC-M, respecto del trámite Evaluación de Impacto Ambiental, al disponer: “En el caso de un Plan

Parcial de Mejora que comporte reclasificación de suelo en los términos previstos en el artículo 57 de este Reglamento, se someterá a información pública junto con el Plan Parcial, el estudio de impacto ambiental”.

El plazo mínimo de un mes establecido para la información pública ha de entenderse referido al planeamiento general, dado que el plazo establecido específicamente para la misma en los PAUS (Art. 120 TRLOTAUC-M) y en los Planes de desarrollo (Art. 38.1.b) TRLOTAUC-M) será de 20 días.

En el caso de solicitud de informes preceptivos a otras Administraciones la concertación se realiza en forma simultánea durante el plazo de emisión de los informes con una duración máxima de un mes a contar desde la fecha de la solicitud, así el Art. 10.3.b) TRLOTAUC-M dispone: “Este trámite deberá practicarse como mínimo por el mismo tiempo y, a ser posible, de forma coordinada y simultánea con él o los que prevean alguna intervención o informe de la Administración de que se trate, conforme a la legislación que regule el procedimiento de aprobación del instrumento o proyecto en cuestión. En otro caso, tendrá una duración de un mes”.

En todo caso, la regla general sobre la duración de los trámites previos en el procedimiento de aprobación del planeamiento de desarrollo es, que no puedan durar más de un mes. Art. 39.5 Pfo.2º TRLOTAUC-M

Existe una posible contradicción con la regulación del Art. 10.2 Pfo.1º TRLOTAUC-M, al decir que su duración “no podrá prolongarse más allá del de información pública”, dado que puede ser difícil coordinar ambos plazos: de información pública con el de concertación y emisión de informes.

Lo seguro en estos casos, es atender a la finalidad de la institución de tal forma que ésta quede garantizada, para lo que habrá de actuar:

- 1.-Simultáneamente a la remisión del aviso a los titulares catastrales se requiere la concertación y emisión de los informes.
- 2.-Se remiten los anuncios del PAU al DOCM y periódico de los de mayor difusión en la localidad.
- 3.-Transcurrido un mes desde el requerimiento de concertación y de informes, se presume la conformidad de las Administraciones requere-

ridas y puede continuar el procedimiento de aprobación.

No obstante lo anterior, en los supuestos en los que la tramitación requiere de la previa Evaluación Ambiental Preliminar (EAP), Art. 29 y ss. Del Decreto 178/2002, de 17 de Diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 5/1999, de 8 de Abril, de Evaluación de Impacto Ambiental, el plazo para la emisión por el órgano competente de la Consejería de Medio Ambiente será de tres meses a contar desde que, concluido el periodo de información pública del PAU se remita a dicha Consejería la documentación junto con el resultado de la información pública y los propios informes o propuestas municipales. Art. 32.1 y 34.1 Reglamento de Desarrollo. En éste caso el procedimiento para la aprobación del PAU quedará en suspenso hasta la emisión de la Evaluación².

En la misma forma se actuará en el caso de requerir de Evaluación de Impacto Ambiental, donde el procedimiento es básicamente el mismo reseñado para la EAP y el plazo para la emisión del Informe por el órgano competente de la Consejería de Medio Ambiente será de 30 días hábiles a contar desde la recepción del expediente en la Consejería, Arts. 17 y 24 Reglamento de Desarrollo. El plazo será de dos meses cuando el PAU afecte a zonas sensibles conforme a la definición de éstas en el Art. 4 Reglamento de Desarrollo.

La primera cuestión que sorprende es que los Planes de desarrollo (PP/PERI) no están incluidos ni en la Ley ni en el Reglamento de desarrollo para la Evaluación de Impacto Ambiental, supuesto que dichos textos sólo se habla de Proyectos de obras, servicios o actividades, y cuando se refieren al planeamiento solo incluye los de Ordenación del Territorio (Art. 24.2.f) 29.1 f), de la Ley 5/1999, de 8 de Abril, de Evaluación de Impacto Ambiental y Reglamento de Desarrollo, respectivamente, lo que en el mejor de los casos, aunque en rigor tampoco, sólo incluiría a los Planes de Ordenación Municipal³.

Ahora bien, la sujeción de los PAUS a este trámite viene exigida por la incorporación del Proyecto de Urbanización a la Alternativa Técnica, dado que este sí está incluido en el Anexo I, Grupo 10. También estarán incluidos aquellos Planes de desarrollo que impliquen transformación del uso del suelo y eliminación de la cubierta vegetal, cuando afecten a más de 10 Hectáreas de terreno, o se desarrollen total o parcialmente en áreas sensibles. Anexo I, Grupo 1, letra d) Reglamento de Desarrollo. Además aquellos que clasifiquen el suelo rústico en urbano o urbanizable por exigencia del Art. 39.8.c) TRLO-

TAUC-M y 36.4.c) y 138.2.2º RSR.

Finalmente, la sujeción al procedimiento concreto de Evaluación de Impacto Ambiental o Evaluación Ambiental Preliminar, y dentro de cada uno al ordinario o simplificado, dependerá de la inclusión del Proyecto de Urbanización o Plan, en su caso, en los supuestos del Art. 3 Reglamento de Desarrollo.

3º Transcurrido el plazo establecido sin respuesta o emisión de informe se presumirá la conformidad con el Plan.

Con independencia de que en trámites concretos la legislación específica establezca el silencio negativo en la no emisión de informes dentro del plazo establecido, la regla general en la legislación urbanística de Castilla-La Mancha, es la continuación del procedimiento y su sentido positivo, esta es la respuesta para el trámite de la concertación interadministrativa y para la emisión de informes. Arts. 10.4 Inciso 1º TRLOTAUC-M y 138.2 Pfo. Último RPC-M. También lo es en el caso de la Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Preliminar previa Art. 12.3 Ley 5/1999, de 8 de Abril. Además, con carácter básico, es la regla en el procedimiento administrativo general por disposición del Art. 83.3 y 4 LRJ-PAC.

Ahora bien, en el caso de la concertación interadministrativa, la no respuesta en el plazo implica que el Plan no puede contener previsiones que comprometan la realización de acciones por aquellas Administraciones que expresamente no han prestado su conformidad. Art. 10.4 Inciso 2º TRLOTAUC-M.

d) Aviso a los titulares catastrales:

No es necesaria la notificación formal e individual a los propietarios afectados, lo que no impide que, además, pueda hacerse lo que sucederá cuando el PAU se acompañe de la Reparcelación. Art. 98.3.b) Pfo. Último TR-76 y 101.3 RGU.

Establece el Art. 120.4 Inciso 2º TRLOTAUC-M: “Antes de la publicación del edicto, habrá de remitirse aviso, con su contenido, al domicilio fiscal de quienes consten en el catastro como titulares de derechos afectados por la actuación urbanizadora propuesta”.

Respecto a la obtención de la información catastral nos remitimos a lo dicho para la elaboración del PAU.

e) Periodo de información pública:

Dentro del periodo de información pública hay que examinar:

e.1 Anuncios:

Establece el artículo 120.4 Inciso 1º TRLOTAUC-M: “La información pública se anunciará mediante edicto publicado en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha y , posterior o simultáneamente, en uno de los periódicos de mayor difusión en la localidad, advirtiendo de la posibilidad de presentar alegaciones, proposiciones jurídico-económicas en competencia y alternativas técnicas”.

En ésta redacción sorprende que se advierta de la presentación de proposiciones jurídico-económicas en competencia, dado que no es el momento conforme a lo previsto en el Art. 120.5.Inciso 3º y Último TRLOTAUC-M. Ésta previsión es válida en la medida en que no se interprete que las proposiciones puedan presentarse en éste periodo de información pública.

Conforme a lo dispuesto en el Art. 138. 2 RPC-M: “La exposición al público del Plan Parcial se habrá de atener a las siguientes reglas: 1º. El proyecto diligenciado del Plan Parcial, deberá encontrarse depositado, para su consulta pública, en la sede de la Administración actuante.”

e.2 Consulta de la documentación por los interesados:

Establece el Artículo 120.5 Inciso 1º TRLOTAUC-M: “Durante todo el procedimiento podrán ser objeto de pública consulta en el municipio, las alegaciones y alternativas técnicas que se vayan presentando ante este”.

Aún no dicho expresamente, aquí es válida la exigencia que con carácter general para el planeamiento realiza el Art. 138.2.1º RPC-M, y 128.5, 131.5 y 133.4 RP, de la necesidad de que el Proyecto este diligenciado para su consulta pública.

Nada se dice de donde se podrá consultar la documentación presentada, pero por la participación que se otorga al Secretario, por estar ante un procedimiento licitado de un contrato, parece que:

1º).- Será el Negociado o Departamento de urbanismo correspondiente, dependiente de la Secretaría General.

2º).- Al igual que sucede en materia de contratación deberá llevarse un registro de Alternativas Técnicas presentadas y de proposiciones jurídicas, como garantía y seguridad jurídica en el procedimiento.

e.3 Toma de conocimiento por el órgano competente:

Establece el artículo 120.5 Inciso 2º TRLOTAUC-M: “El Alcalde y el Secretario de la Corporación o funcionario a quien corresponda, deberán dar inmediato conocimiento de dichas alternativas al órgano municipal correspondiente a medida que las mismas sean presentadas.

Superfluo, además de complicado nos parece este inciso. Superfluo porque nada aporta al procedimiento, y complicado, porque:

1º.- ¿Cual es el órgano municipal correspondiente? Si éste fuera el Pleno, vaya barbaridad convocar al órgano supremo de la Corporación para dar cuenta de las Alternativas Técnicas que se vayan presentando, en forma inmediata y tantas veces como alternativas se presenten.

2º.- De otra parte no puede ser el Alcalde, puesto que es a él y al Secretario a los que se encomienda este deber.

3º.- Sólo quedaría la Junta de Gobierno Local, donde la haya, pero ésta sólo podría actuar por delegación del Pleno o del Alcalde, por lo que por definición parece que el precepto no está pensando en ella.

4º.- Hay que descartar por absurdo que sea una Mesa de contratación o una comisión informativa.

Parece que este órgano competente ha de ser aquél al que corresponda resolver las alegaciones primero y después, en su caso, la aprobación del PAU y su adjudicación, por lo que este órgano sería el Pleno de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 122.1 TRLOTAUC-M, con lo que la barbaridad es mayúscula, salvo que esta actuación sea delegada en la Junta de Gobierno Local.

Otro comentario merece, en quien se está pensando, cuando se dice: “... el Secretario o funcionario a quien corresponda...”. Entendemos que puesto en relación con la finalidad que se pretende, que es dar cuenta al Pleno u órgano delegado, parece que lo dicho sobra dado que sólo puede controlar y tutelar esa toma de conocimiento el Secretario de la Corporación o funcionario que legalmente ejerza sus funciones.

e.4 Plazo de presentación:

Dentro del plazo de presentación hay que distinguir:

1º.- De alegaciones y Alternativas Técnicas.

2º.- De Propositiones Jurídico-Económicas y Propuestas de Convenio.

3º.- Prórrogas y suplementos del plazo.

4º.- Requisitos.

1º.- Para Alegaciones y Alternativas Técnicas

Establece el artículo 120.5 Penúltimo Inciso TRLOTAUC-M: “Se podrán presentar alternativas técnicas y alegaciones durante veinte días contados desde la última publicación del edicto”.

Este artículo ha de ponerse en relación con el artículo 120.4 Inciso 1º TRLOTAUC-M, que regula la publicación del edicto a efectos del cómputo del inicio del plazo. A estos efectos, las publicaciones se realizan en un Diario Oficial de Castilla-La Mancha (provincia respectiva o el DOCM) y en un periódico de los de más difusión en la localidad. Entendemos que para ganar certeza del comienzo del plazo, ante la dificultad de hacer coincidir las publicaciones, o bien se hace constar expresamente en el edicto: El plazo de presentación de (...) comienza el día siguiente hábil al de publicación de este edicto en el Diario Oficial de....., dado que los interesados pueden no tener certeza de cual es el último edicto publicado. Sorprende que se diga que la publicación es en “un” Diario oficial de Castilla-La Mancha, lo que, considerando que el PP/PERI que conforman la Alternativa Técnica requieren de la publicación en el DOCM (Art. 38.1.b) LOTAUC-M y 138.1 RPC-M, no parece sino un error del legislador, debiendo interpretarse que cuando incorporan planeamiento la publicación debe publicarse en el DOCM, y cuando no lo incorporan en el BOP de la provincia respectiva. Lo que es acorde con la remisión al trámite de los Planes Especiales cuando el promotor es una Administración Pública. Art. 110.5. b) Pfo 2º TRLOTAUC-M. Esta cuestión ha quedado resuelta al decir la refundición que se publicará en el DOCM.

Naturalmente los días al no especificarse otra cosa se entienden hábiles (Art. 48.1 LRJ-PAC).

Esta documentación se presentará a la vista, esto es de forma abierta sin secreto alguno, así lo establece el artículo 120.3 Inciso 1º TRLOTAUC-M: “Las alternativas técnicas se presentarán a la vista, con la documentación expresada en el apartado 4.1 del artículo 110.

Respecto de quienes pueden presentar alegaciones y sugerencias en el urbanismo se reconoce desde antiguo una legitimación universal, de que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1978, ponente García Manzano que califica éste trámite de “audiencia indiscriminada, dirigida no solo a que los propietarios afectados por el planeamiento puedan defender sus intereses, sino también a que cualquier persona, sin cualificación especial, aporte sugerencias u observaciones al Plan en elaboración”. El orden urbanístico es de general interés y se haya amparado por la existencia de una acción pública reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 1970.

2º.- Para presentación de Propuestas de convenio y proposiciones Jurídico-Económicas

No se dice claramente pero hay que deducir que la Propuesta de Convenio se ha de presentar en el mismo momento o plazo que la Proposición Jurídica-Económica.

Así, el Artículo 120.5 Inciso último TRLOTAUC-M establece: “Las proposiciones jurídico-económicas se presentarán durante los diez días siguientes al vencimiento del plazo anterior”.

Naturalmente, ese plazo anterior al que se refiere el Art. 120.5.Último Inciso TRLOTAUC-M, solo puede ser el de finalización del periodo de presentación de alternativas, cuando no haya otras alternativas en concurrencia, dado que si las hay, se desencadena el plazo de prórroga (en su caso) y el suplemento de igualación de la información pública para estudio de las alternativas presentadas (Art. 120.5.Pfo.4º TRLOTAUC-M), en cuyo caso, el comienzo del plazo de presentación de propuestas de convenio y proposiciones jurídico-económicas será a contar desde el último día de la información pública.

Este artículo ha de ponerse en relación con el 120.3 Inciso 2º TRLOTAUC-M que dispone: “Las proposiciones jurídico-económicas y la propuesta de convenio se presentarán en plica cerrada con la documentación prevista en los apartados 4.2 y 4.3 del artículo 110”.

Es decir, ambas: proposición y propuesta de convenio son plicas cerradas, con la significación que la propia Ley les atribuye en el Párrafo

4º del Artículo 120.5 y en el 120.6 y la propia Ley de Contratos del Sector Público en cuanto documentos jurídico-económicos que integran la proposición u oferta del licitador.

Naturalmente los días son hábiles conforme se ha dicho respecto del plazo anterior y, no vendría mal, para evitar errores de cómputo, que este plazo concreto de presentación de propuestas de convenio y proposiciones jurídico-económicas, una vez cierto, se notificase a los presentadores de Alternativas y se anunciase en el Tablón de Edictos Municipal (Esta interpretación puede deducirse del Artículo 120.5 Párrafo último TRLOTAUC-M).

La redacción de la Ley en orden a la presentación de Propositiones Jurídico-Económicas y propuestas de convenio puede prestarse a la confusión, así frente a una redacción inequívoca del Art. 120.5 Pfo. 1º Inciso último TRLOTAUC-M: “Las proposiciones jurídico-económicas se presentarán durante los diez días siguientes al vencimiento del plazo anterior”, complementada por lo dispuesto en el Art. 120.2 Pfo 2º TRLOTAUC-M: “...tras la conclusión de la información pública, quienes tengan interés por competir y ser seleccionados como adjudicatarios del correspondiente Programa de Actuación Urbanizadora podrán presentar proposiciones jurídico-económicas”, en algunos lugares la Ley deja entrever que pueden presentarse con la Alternativa Técnica en forma conjunta. Ej. Art. 110.4 TRLOTAUC-M: “La información pública se anunciará mediante edicto (...), advirtiéndole de la posibilidad de formular alegaciones, proposiciones jurídico económicas en competencia y alternativas técnicas”. Art. 120.5 Pfo. Último TRLOTAUC-M: “La prórroga se hará constar en el expediente, se anunciará en el tablón de anuncios del Municipio y se comunicará a quienes por desconocerla, presenten plicas prematuramente”. Asimismo, el juego del Art. 123.2 para la solicitud de la adjudicación preferente implica de suyo la presentación conjunta, así a) “La proposición que se acompañe de alternativa técnica con proyecto de reparcelación...”, y b) “La proposición acompañada de Proyecto de Urbanización...”

Es posible que una interpretación integradora pueda ser, que aquellos que inician el procedimiento con la alternativa técnica puedan ya incluir en sobre cerrado la proposición jurídico-económica y la propuesta de convenio, quedando estas registradas y pendientes hasta su apertura con el resto de las presentadas en el plazo específico para ello.

3º.- Prórrogas y suplemento a los plazos anteriores

- Prórroga a solicitud de parte:

Para el supuesto de que, dentro de los diez primeros días hábiles del plazo establecido para la presentación de Alternativas Técnicas, alguien (persona física o jurídica) asuma ante el Ayuntamiento el compromiso de presentar una alternativa técnica distinta, con depósito de garantía para ello, entonces la Ley, con la finalidad de promover la competencia sobre alternativas, propone una ampliación (prórroga) del plazo de los 20 días primeros, en otros veinte.

Así, el artículo 120.5 párrafo 2º TRLOTAUC-M establece: “Si durante los primeros diez días de información pública, alguna persona se comprometiera a presentar una alternativa técnica sustancialmente distinta a la inicial y prestara caución de ello (...) los plazos anteriores quedarán prorrogados por veinte días adicionales con el exclusivo e improrrogable objeto de la presentación de alternativas en competencia”.

Entendemos que esto sucede a petición del interesado y se produce “ex lege”, aunque parece que el Alcalde debiera mediante Resolución tomar conocimiento del escrito, reconocer que se dan los requisitos exigidos por la Ley y, en consecuencia, otorgar la prórroga estableciendo el día de finalización del nuevo plazo.

Ahora bien, creemos que esta prórroga no puede confundirse con la posibilidad existente para que en el primer plazo de los 20 días puedan presentarse cuantas Alternativas Técnicas estimen los interesados sin que den derecho a prórroga. Es decir, la prórroga se da cuando así se solicita por un interesado y cumpla los requisitos exigidos.

Además, entendemos que dentro del plazo prorrogado pueden presentarse mas alternativas técnicas, aunque no hay mas prórrogas (Artículo 120.5 párrafo último TRLOTAUC-M). Por lo demás: a) Por Alternativa Técnica sustancialmente distinta hay que entender aquella que no es una mera adaptación, corrección o innovación de la que inicia el procedimiento, y b) La caución será la misma exigida al promotor del PAU y en cualquiera de las formas exigidas por el Art. 110.3.d) TRLOTAUC-M, y Arts. 55 a 61 RGLCAP.

Sin embargo, en forma innecesaria (el tema no planteaba problemas en su aplicación) y regulado en forma confusa y enrevesada, ahora se añade un Pfo 3º en la refundición, encaminado a fijar la cantidad a tomar en consideración para aplicar el 7% y determinar el

importe de la garantía a depositar. No encontramos la razón para hacer complejo lo que era sencillo: el importe a tomar como parámetro no puede ser otro que el fijado en el Proyecto o Anteproyecto de Urbanización que integra la Alternativa Técnica expuesta al público. No se diga que la razón es que así se sabe el importe de la Proposición Jurídico-Económica, porque ésta no tiene por que corresponderse con el precio reflejado en el Anteproyecto o Proyecto de Urbanización que integra la Alternativa Técnica.

- Suplemento del período de información pública

Distinto del período de prórroga de la letra anterior y con la única finalidad de que, a contar desde la última Alternativa Técnica presentada, todos los interesados en presentar Proposiciones Jurídico-Económicas tengan un plazo igual de 20 días para su estudio, la Ley establece un suplemento adicional al período de información pública.

Así, el artículo 120.5 párrafo 4º TRLOTAUC-M, establece: “Con la estricta finalidad de igualar la duración del plazo de información pública para cada una de las eventuales alternativas concurrentes y con ese exclusivo objeto...”.

Hay que tener presente que este no es un nuevo plazo de prórroga sino un suplemento de información pública para el examen de las Alternativas presentadas, y se produce siempre, se haya dado la prórroga descrita en la letra anterior o no. Su finalidad es la de igualar el plazo (20 días) para el examen de todas las Alternativas presentadas.

Su proceso es el siguiente: Ej.

- Dentro del primer plazo de 20 días:

a).- Período de presentación de Alternativas:

Del día 1/08 al 24/08 (20 días hábiles).

b).- Alternativa presentada el día 10/08.

c).- El período de información se amplía en 20 días hábiles a partir del día 10/08.

d).- Concluido el plazo de ampliación comienza el cómputo de los 10 días hábiles para la presentación de proposiciones Jurídico-Económicas

- Supuesto de plazo prorrogado:

a).- Período de presentación de Alternativas

Del día 1/08 al día 16/09 (40 días hábiles).

b).- Alternativa presentada al día 16/09 (último día del plazo prorrogado).

c).- El período de información pública se amplía en 20 días hábiles a partir del día 16/09.

d).- Concluido el plazo de ampliación comienza el cómputo de los 10 días hábiles para la presentación de Propositiones Jurídico-Económicas.

4º.- Requisitos:

Establece el artículo 120.5 Párrafo último TRLOTAUC-M: “La prórroga se hará constar en el expediente, se anunciará en el tablón de anuncios del Municipio se comunicará a quienes, por desconocerla, presenten plicas prematuramente”. También se les comunicará la presentación de las eventuales alternativas en competencia que se presenten durante la prórroga establecida.

Parece evidente que tanto la prórroga, si se produce, como las posibles ampliaciones del plazo a efectos de información pública, son algo importante que afecta a todos los interesados por lo que entendemos (como se ha dicho anteriormente), que por una parte deben plasmarse (para certeza jurídica) en el expediente mediante Providencia, y por otra deben publicarse y notificarse a todos los interesados.

Esto es lo que quiere decirse en ese último párrafo del nº 5, aunque literalmente sólo se requiera respecto de la prórroga, y parece una confusión que se diga, a los que hayan presentado plicas prematuramente, cuando el período de presentación de plicas aun no se ha iniciado, dado que comienza precisamente cuando concluyen los periodos de prórroga, en su caso, y de información pública.

El cómputo de plazos a efectos de licitación (presentación de Propositiones y Propuestas de Convenio), salvo que en los propios edictos se establezcan sus límites, es problemático, por lo que parece aconsejable que, a) mediante Providencia se reflejen en el expediente. b) Se ordene su publicación en el Tablón de Edictos Municipal. c) Se orde-

ne su notificación a todos los interesados que hayan comparecido en el expediente.

e.5 Apertura de Plicas:

Como en todo acto licitatorio en materia de contratación la Ley prevé un acto de apertura de plicas y por éstas han de entenderse: las propuestas de convenio y las proposiciones jurídica-económicas (Art. 120.3 Inciso 2º TRLOTAUC-M).

Así, el artículo 120.6 Inciso 1º y 2º TRLOTAUC-M, establece: “El acto de apertura de plicas se celebrará en la siguiente fecha hábil a la conclusión del último plazo de información pública”.

“De su desarrollo y resultado se levantará acta, bajo fe publica y ante dos testigos.”

Aquí, la Ley puede inducir a confusión cuando dice que el acto se celebrará: “... en la siguiente fecha hábil a la conclusión del último plazo de información pública”. Este plazo no puede ser otro que el de presentación de Proposiciones Jurídico-Económicas y Propuestas de convenio (Artículo 120.5 Párrafo 1º Inciso último TRLOTAUC-M), esto es, transcurridos 10 días hábiles desde el último día del período de información pública, el día siguiente hábil se produce el acto de apertura de plicas.

Plantea dudas la interpretación de este precepto al cruzarse la previsión de la Ley para este acto, con otra normativa de ineludible cumplimiento por las Entidades Locales. Nos estamos refiriendo a la previsión legal (LBRL, TRRL y TRLCAP) en materia de contratación, de la existencia de las Mesas de contratación y ante un contrato de concesión estamos.

Parece absurda la previsión de la Ley de que: “De su desarrollo y resultado se levantará acta bajo fe pública y ante dos testigos”. Ante ello cabe preguntarse:

1º La fe pública en las Entidades Locales la tienen atribuida por Ley (Art. 92.3.a) LBRL) los Secretarios de las mismas o funcionarios que legalmente les sustituyan.

En el caso de las Mesas de Contratación el Secretario de las mismas es un funcionario al tener el Secretario de la Entidad Local el estatus de vocal.

2º Al prever la Ley de Contratos del Sector Público, para las Entidades Locales (Disposición Adicional 2ª núm. 10), las Mesas de contratación como órganos competentes para proceder a la apertura de Plicas, ¿que significa que debe darse fe pública ante dos testigos?

3º ¿Es que acaso el redactor estaba pensando en propuestas fuera de los Ayuntamientos, donde la fe pública la diese otro funcionario necesitado de esta comparecencia de testigos?

Nosotros entendemos que es de aplicación la regulación establecida a las Mesas de Contratación y que, en consecuencia, son estas las competentes para la celebración de este acto, y su Secretario el de levantar acta del mismo con los requisitos exigidos a la contratación. Ahora bien, la Mesa si no existe en el Ayuntamiento con carácter general, ha de crearse para cada supuesto concreto como ocurre en materia de contratación. Esta interpretación además de otorgar más garantías y seguridad jurídica, no se opone a lo dispuesto en la Ley.

e.6 Consulta y Alegaciones por los interesados

Establece el artículo 120.6 Inciso 3º TRLOTAUC-M: “Todas las actuaciones podrán ser objeto de consulta y alegación por los interesados durante los diez días siguientes al de apertura de plicas”.

Al igual que sucede en la contratación pública, una vez producido el acto de apertura de plicas se abre un plazo para que por los interesados se consulten las actuaciones y documentos, y puedan formularse alegaciones.

Este plazo es de 10 días hábiles a contar desde el siguiente a la apertura de plicas.

Una cuestión que se plantea es quienes tienen la condición de interesados a estos efectos, cabiendo varias interpretaciones:

1ª Una amplia, con fundamento en la legitimidad universal que desde siempre ha existido en el urbanismo (Artículos 235 TR-76 y art. 8.2.a) TRLOTAU-CM) y que habilitaría a cualquier ciudadano para la consulta y alegación.

2ª Una intermedia, que propugnaría la condición de interesados a todas aquellas personas que hubieran comparecido en el expediente desde su inicio.

3ª Una restringida, con base en el procedimiento de contratación, que limitaría este trámite en función del objeto del mismo (Apertura de plicas) o aquellas personas que hubieran presentado Alternativas Técnicas y Plicas.

Nosotros entendemos que es a esta última interpretación a la que hay que estar con fundamento en que la finalidad del trámite de Alegaciones, en ese momento preciso, es el de solventar cualquier duda o defecto que se haya podido dar en las Propositiones Jurídico-Económicas y Propuestas de convenio por lo tanto restringido a aquellos que las hubieran presentado, siendo en este caso un trámite análogo al del procedimiento de contratación. Art. 81 a 83 RGLCAP).

e.7 Asociación de competidores

La Ley, finalmente, prevé un plazo para que los licitadores en competencia puedan asociarse, estableciendo en el Inciso último del Artículo 120.6 TRLOTAUC-M: “Los competidores durante este período (el de consulta y alegación), podrán asociarse uniendo sus proposiciones.

La Ley no dice más y lo que dice es muy poco, planteándose numerosas dudas: ¿Cómo se asocian “uniendo sus proposiciones”?, ¿Qué clase de proposición resulta al final?, ¿También respecto de la propuesta de convenio?, ¿A que persona se adjudica al final?, ¿Qué requisitos se exigen a la asociación? Son muchos los interrogantes que planean sobre esta asociación.

Nosotros pensamos que a falta de regulación hay que acudir a la normativa en materia de contratación para las Entidades Locales (Art. 125 párrafo 1º TRLOTAUC-M) constituida por la Ley de Contratos del Sector Público y, en consecuencia, habrá que estar a las exigencias establecidas para las Uniones Temporales de Empresarios (UTE): Formalización en escritura pública de la UTE cuando se haya adjudicado el PAU, solidaridad ante la Administración actuante, designación de representante o apoderado único con facultades para la ejecución del PAU, y duración de la UTE hasta la ejecución completa y entrega de la urbanización (Art. 48 LCSP).

En cuanto a la propuesta de Convenio y a la Proposición Jurídico-Económica, entendemos que la resultante lo será por unión de sus respectivos componentes, en los términos de las matemáticas de conjuntos.

Proposición A (1, 2, 3, 4, 5).

Proposición B (1, 2, 5, 6, 7).

Proposición A + B (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7).

En el plazo de los diez días deberán constituirse en UTE y plantear los términos de la asociación de Proposiciones y Propuestas de Convenio.

e.8 Informes técnicos y jurídicos:

Nada dice la Ley al respecto, pero otra vez por estar formalmente inmersos en un procedimiento de contratación (Adjudicación de la concesión) y también urbanístico (Aprobación del PAU: planeamiento, ejecución), es requisito previo al trámite de aprobación del PAU, y en su caso, su adjudicación, la emisión de los informes técnicos y jurídicos necesarios para que los órganos que han de proponer y resolver puedan adoptar propuestas y resoluciones motivadas. Tal exigencia deviene de la propia TRLOTAUC-M, al exigir que los acuerdos sean motivados (Art. 122.4 y 122.1 pfo. 2º en general, respecto del planeamiento 36.2.B, 37.1.a), 38.1.b) Pfo. 2º, en la legislación estatal Art. 41.2 TR-76, 125.2, 130 RP, 109.1 RG, 4.2 RDU., respecto de la contratación Disp. Ad. 2ª LCSP, en relación con el Art. 73.2 y 138.3 RGLCAP).

Con carácter general en los expedientes, los artículos 172 a 175 ROF.

El contenido de los informes deriva del propio contenido del acto (aprobación del PAU, adjudicación), por lo que deberán extenderse a todas aquellas cuestiones que suscite la acomodación del PAU a la ordenación territorial y urbanística y a la legislación urbanística, y desde el punto de vista de la adjudicación, su adecuación al procedimiento, requisitos y exigencias requeridas por el artículo 122.2, 3 y 4 TRLOTAUC-M.

El informe o informes deberán adecuarse en su forma a las previsiones del artículo 175 ROF.

En cuanto a qué técnicos son competentes para la emisión de estos informes, se estará a los requisitos exigidos en materia de licencias: Secretarios (sean o no titulados en derecho) Técnicos de Administración General (sean o no titulados en derecho) y Técnicos de Administración Especial (sean o no superiores) (Art. 172 y 173 ROF y

4.2. RDU).

Además, en los casos de Municipios de menos de 10.000 habitantes de derecho (excepto en los autorizados), previo a la aprobación definitiva es preceptivo solicitar informe técnico a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanismo. Artículo 122.1 Pfo. 2º TRLOTAUC-M.

En este punto hay que destacar la innovación producida en la refundición de la Ley con la siguiente modificación al Art. 122.1. Pfo.2º, requiriendo de la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanismo: "...informe técnico-jurídico sobre la alternativa técnica y la proposición jurídico-económica elegidas...". Cabe preguntarse: ¿Puede el refundidor incluir esta regulación innovadora?, admitido que sea así: ¿Quién y en que forma hace la elección sobre la alternativa técnica y la proposición jurídico-económica?, o, ¿acaso se ha instaurado vía refundición una especie de aprobación inicial del PAU en los pequeños municipios? Parece que, sin perjuicio de reconocer la extralimitación del "refundidor", la interpretación correcta podría ser que la "elección" venga representada por la Propuesta de acuerdo adoptada por la Mesa de Contratación previos los informes técnicos y jurídicos de los servicios municipales, sin necesidad de acuerdo del Pleno.

La emisión de los informes corresponde a los siguientes órganos:

- Régimen normal: La CPU para los pequeños Municipios y sus propios servicios técnicos en los demás Municipios. Art. 38.1.b) y 122.1 Pfo.2º TRLOTAUC-M y 139.1 RPC-M

- Modificación estructural del POM: La CPU hasta 50.000 habitantes que no sean capitales de provincia, y la CRU para el resto de Municipios. Arts. 38.3 TRLOTAUC-M y 139.2 RPC-M

e.9 Mesa de Contratación y Comisión Informativa

Nada dice la Ley al respecto, pero por exigencias del procedimiento, en general (Art. 81 TRLCAP, Art. 123.1 ROF), una vez emitidos los informes respectivos será la Mesa de contratación la que formulará al órgano competente (Pleno) propuesta de adjudicación (Art. 83 TRLCAP).

Ésta es la propuesta que sobre el PAU debe remitirse a la Consejería en los pequeños municipios, por exigencias del Art. 122.1.Pfo.2º TRLOTAUC-M.

Con carácter general y por exigencia del Art. 123.1 ROF los asuntos de la competencia del Pleno (esté o no delegada la competencia) han de ser informados o dictaminados por la comisión informativa correspondiente.

B) Procedimiento Simplificado

Su regulación se contiene en el Artículo 121 TRLOTAUC-M bajo el título de: La simplificación del procedimiento de aprobación de Programas de Actuación Urbanizadora de iniciativa particular.

La verdad es que en su regulación no se contiene ninguna simplificación que le haga merecer ese título al artículo, y más bien lo que puede constituir es una fuente de errores para los que los promueven por esta vía.

En primer lugar hay que aclarar que cuando el n^o 1 pfo. 1^o dice: “Los particulares que formulen...”, lo que está queriendo decir es que los particulares que pretendan formular y ser adjudicatarios de un programa de Actuación Urbanizadora.

Como regla general es de aplicación todo lo dicho respecto del procedimiento ordinario, conteniendo éste procedimiento simplificado las siguientes reglas específicas:

1^a En el Ayuntamiento (que no municipio) depositarán una copia de los documentos que la integran. (Aquí es válida la prevención de exigir una copia más) Art. 121.1.a) TRLOTAUC-M.

Naturalmente debe pasar por registro general y en el escrito de presentación deberá exigirse la mención de la finalidad del depósito: procedimiento simplificado del Art. 121 TRLOTAUC-M.

El Ayuntamiento queda liberado de la instrucción del expediente en lo concerniente al aviso a los titulares catastrales y a los anuncios en el Diario Oficial y en el periódico de la localidad, obligación que concierne al promotor y que deberá acreditar en su momento.

2^a El promotor debe protocolizar la Alternativa Técnica con los documentos que la integren en un Notario de la localidad (lo de la competencia territorial en el Municipio ha de entenderse así). Art. 121.1.b) TRLOTAUC-M.

Esta protocolización es previa al depósito de una copia en el

Ayuntamiento.

3ª La información pública y aviso a los propietarios catastrales con los mismos requisitos que en el procedimiento ordinario, más los propios del procedimiento simplificado es obligación de los promotores. Art. 121.1.c) TRLOTAUC-M.

4ª La presentación de alegaciones y alternativas, en su caso, se produce en el Ayuntamiento siendo válido todo lo dicho para el procedimiento ordinario, respecto de prórrogas y plazos de información pública, más un añadido: que el trámite de apertura de proposiciones no se produce hasta que por el promotor no se acredite ante el Ayuntamiento (habrá que extender diligencia de ello por el Secretario) el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la letra c) del Art. 121.1 TRLOTAUC-M, más en su caso, los relativos a la prórroga y ampliación del plazo de información pública. Art. 121.2 TRLOTAUC-M.

Ahora bien, si dentro del plazo de exposición (que el Ayuntamiento puede no conocer ya que el no hace las publicaciones) alguien inicia otra exposición por este mismo procedimiento, procede la prórroga establecida en el procedimiento ordinario: Así lo dice el Art. 121.3 TRLOTAUC-M: “Si durante la exposición al público de una primera iniciativa de PAU, alguien hubiera iniciado una segunda exposición de otra en competencia con aquella, procederá la prórroga de los plazos regulada en el nº 5 del artículo anterior”.

Pero esta regulación es harto defectuosa porque:

- ¿Sólo procede en caso de iniciarse otra exposición por el procedimiento simplificado? ¿y si se solicita en el Ayuntamiento ya que es en éste donde se presentan las Alternativas?

Creemos que el supuesto solo se da en el caso de iniciarse otra exposición por el mismo procedimiento y así habrá de indicarse al interesado que lo solicite en el Ayuntamiento.

Es el único supuesto previsto en la Ley: Art. 121.3 TRLOTAUC-M “Si durante la exposición al público” alguien hubiera iniciado una segunda exposición...”, no se prevé su solicitud en el Ayuntamiento. Por otra parte ello es lógico, ya que todo se suscita dentro de un procedimiento, el simplificado, que requiere de una tramitación específica y uno de cuyos trámites es este de la iniciación mediante protocolización ante Notario. Cosa distinta es que durante el periodo de información

pública puedan presentarse otras alternativas técnicas y, naturalmente, proposiciones jurídico-económicas y propuestas de convenio en su plazo, dado que ello es el fundamento de toda iniciativa de PAU.

- ¿El plazo de la exposición de la 2ª alternativa o de presentación en el Ayuntamiento, para que dé derecho a la prórroga es el de 20 días, o en los 10 primeros como en el procedimiento ordinario?

El plazo es el total de los 20 días que ha de entenderse específico de este procedimiento simplificado.

Así se dice: “Si durante la exposición al público de una primera iniciativa...” Es decir, se está hablando del plazo total de la exposición.

- ¿Es el Ayuntamiento el que tiene que estar al tanto de si esto se produce y ser quien resuelva la ampliación de plazos, su publicación y notificación?

Esta es la cuestión más dudosa, pero entendemos que el Ayuntamiento con el depósito de la 2ª alternativa dentro del plazo de exposición de la primera, debe disponer la prórroga, publicación y notificaciones de oficio.

Sin embargo, la redacción del Art. 121.3 TRLOTAUC-M es defectuosa, ya que requiere, no que se haya iniciado el procedimiento simplificado mediante la protocolización y depósito en el Ayuntamiento de la alternativa técnica, sino que se haya iniciado una segunda exposición al público que el Ayuntamiento puede desconocer, por ello, llegado el caso, el promotor deberá justificar en el Ayuntamiento esta exposición.

- ¿Son todos los promotores los que han de acreditar el cumplimiento de los requisitos de la letra c) para que puedan aperturarse las plicas? ¿Que ocurre si alguien no lo justifica? Cada uno de los promotores que hayan iniciado exposiciones de alternativas en competencia deben de justificarlo.

Como se ve muchas incógnitas que, naturalmente, con mucho sentido común (que habrán de poner los Secretarios y más en los pequeños Municipios, donde están solos) se resolverán y saldrán adelante los procedimientos, pero parece una provocación de la Ley titular el procedimiento de simplificado, cuando más bien debería titularse: procedimiento complejizado.

La apertura de plicas y los trámites subsiguientes se desarrollaran conforme a lo dicho en el procedimiento ordinario.

VII. APROBACIÓN Y ADJUDICACIÓN

7.1 Aprobación del PAU:

Establece el Art. 122.1 TRLOTAUC-M: “Concluidas las anteriores actuaciones, el Ayuntamiento Pleno podrá aprobar un PAU definiendo sus contenidos por elección de una alternativa técnica y una proposición jurídico-económica entre las presentadas, con las modificaciones parciales que estime oportunas”.

En los municipios de menos de 10.000 habitantes (excepto los autorizados conforme al Art. 122.1.Pfo.2º TRLOTAUC-M), previamente se requiere informe preceptivo de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo sobre la alternativa técnica y la proposición jurídico-económica elegidas.

Estamos dentro de un acuerdo complejo donde por una parte se ha de adoptar decisión sobre una Alternativa Técnica y por otro sobre una propuesta de Convenio y Proposición Jurídico-Económica, documentos todos que integran el PAU; y entendemos que el acuerdo debe versar sobre los siguientes puntos:

- A).- Resolución de alegaciones, en su caso.
- B).- Aprobación de la Alternativa Técnica, con los documentos que la integren.
- C).- Aprobación de una Proposición Jurídico-Económica y su propuesta de Convenio urbanístico.
- D).- Posibilidades en el acuerdo de aprobación del Programa.

Sin embargo creemos que el abanico de posibilidades de decisión se amplía, dependiendo de lo que ocurra en cada uno de estos apartados.

A).- Resolución de alegaciones:

En primer lugar el acuerdo debe resolver expresamente sobre las alegaciones presentadas. El contenido de las alegaciones será el que con carácter general ha sido admitido cuando se trata de la aprobación de planeamiento: No está delimitado en la Ley por lo que las alegaciones pueden tener un contenido tan amplio como se quiera.

La resolución puede:

a).- Aprobar la Alternativa Técnica sin más, con lo cual se entienden desestimadas las alegaciones.

b).- Estimar total o parcialmente las alegaciones y, en consecuencia promover la modificación de la Alternativa Técnica en lo necesario.

Entendemos que tanto en un caso como en otro, los alegantes han de ser notificados del acuerdo que se adopta, por ser interesados en el expediente.

B).- Aprobación de la Alternativa Técnica con los documentos que la integran.

La resolución que se adopte en este punto va a configurar definitivamente la Alternativa Técnica a ejecutar que estará integrada: por el planeamiento, unidad de actuación, urbanización, etc... A este respecto la resolución se fundará conforme al Art. 122.2 Inciso 1ª TRLOTAUC-M: “Se preferirá la alternativa que proponga un ámbito de actuación más idóneo u obras de urbanización más convenientes y la que concrete y asuma las más adecuadas calidades de obra para su ejecución, en particular las realizables con los criterios de eficiencia ecológica que reglamentariamente se determinen...”

La decisión municipal a la vista de la resolución de las alegaciones a la Alternativa o Alternativas Técnicas presentadas y del propio contenido de éstas, puede decidir conforme se ha dicho en el número anterior respecto de las alegaciones.

Puede ocurrir que la estimación de alegaciones de lugar a modificaciones sustanciales en la Alternativa Técnica, en cuyo caso, entendemos que el acuerdo debe ir acompañado de la no programación o de la gestión directa (Art. 122.4 TRLOTAUC-M), esto en base a que difícilmente podrá adjudicarse a una proposición Jurídico-Económica que tiene como base una Alternativa Técnica sustancialmente distinta a la

aprobada.

En segundo lugar y relacionado con el anterior, el acuerdo debe resolver sobre la aprobación de la Alternativa Técnica y, en su caso, sobre los documentos que la integren (de planeamiento, de reparcelación, ejecución, etc.), a la vista de la resolución de las alegaciones en relación con las Alternativas Técnicas que se hayan presentado.

Sea cual fuere la modificación que se produzca en la Alternativa Técnica respecto de la inicialmente presentada, lo cierto es que no ofrece certeza ni seguridad jurídica a los presentadores de proposiciones jurídico-económicas, que han tomado como referencia algo distinto a lo aprobado, sin embargo, es claro a estos efectos que el PAU puede aprobarse y adjudicarse con modificaciones conforme a las previsiones del Art. 122.1, 6, 8, y 9 TRLOTAUC-M. Así, el Art. 122.1 TRLOTAUC-M, dispone: “Concluidas las anteriores actuaciones, el Ayuntamiento Pleno podrá aprobar un Programa de Actuación Urbanizadora previa elección de una alternativa técnica y una proposición jurídico-económica entre las presentadas, con las modificaciones parciales que estime oportunas”.

Es una pena que la Ley no haya previsto la separación de estos trámites: De selección de la Alternativa Técnica, y de presentación de proposiciones jurídico-económicas, para una vez seleccionada la primera, haber abierto el trámite exclusivamente para las Proposiciones jurídico-económicas y las propuestas de Convenio. Con ello se hubiera ganado mucho en certeza y seguridad jurídica, y no se hubiera dilata-do excesivamente el procedimiento, a la vez que se hubiera facilitado la resolución separando las dos cuestiones: La alternativa técnica, y la proposición jurídico-económica y la propuesta de convenio, propiciand-o la posibilidad de aprobar la primera sin necesidad de realizar la adjudicación del PAU.

C).- Selección de una proposición jurídico-económica:

El PAU está integrado por la Alternativa Técnica, por la propuesta de Convenio y por la Proposición jurídico-económica (Art. 110 TRLOTAUC-M); de esta forma el Art. 122.1 Pfo. 1º TRLOTAUC-M establece, que el Pleno del Ayuntamiento podrá aprobar un programa definiendo su contenido por elección de una alternativa técnica y una proposición jurídico-económica de entre las presentadas con las modificaciones parciales que estime oportunas..

A este respecto, el acuerdo que seleccione la proposición jurídico-económica deberá fundarse en (Art. 122.2 Pfo. 2º TRLOTAUC-M): “... que se obligue a plazos de desarrollo mas breves o a compromisos mas rigurosos; la que preste mayores garantías efectivas de cumplimiento, la que comprometa su realización asumiendo, expresa y razonadamente, un beneficio empresarial mas proporcionado por la promoción y gestión de la actuación, o la que prevea justificadamente, para unas mismas obras, un menor precio máximo para efectuarlas sin mengua de su calidad. Complementariamente se preferirá la proposición que oferte más incentivos, garantías o posibilidades de colaboración de los propietarios afectados por la actuación, para facilitar o asegurar su desarrollo...”.

D).- Posibilidades en el acuerdo a adoptar respecto de la aprobación del PAU.

A la hora de proceder a la aprobación del PAU se ha descrito la mecánica del acuerdo, pero es posible que éste no llegue a aprobar el PAU, o que lo haga en forma condicionada.

Así, el Art. 122.4. Pfo. 1º TRLOTAUC-M, establece: “El Ayuntamiento Pleno podrá rechazar razonadamente todas las iniciativas para ejecutar la actuación urbanizadora por considerar que ninguna de ellas ofrece base adecuada para ello, resolviendo la no programación del terreno, convocar concurso sobre la base de unas condiciones urbanísticas definidas o proceder a la ejecución mediante gestión directa cuando ésta sea viable y preferible para los intereses públicos municipales”.

Es decir, a la vista de los informes técnicos y jurídicos aportados el Pleno puede resolver:

- a).- La no aprobación del PAU.
- b).- Convocar nuevo concurso sobre la base de unas condiciones previamente definidas y aprobadas.
- c).- Aprobar el PAU, pero mediante gestión directa.
- d).- Aprobar el PAU en forma condicionada y adjudicarlo al urbanizador seleccionado por su proposición. Art. 122.8 TRLOTAUC-M.

e).- Aprobación de incoación de expediente expropiatorio en el supuesto del Art. 118.2 TRLOTAUC-M.

Hay que tener presente que sea cual fuere el acuerdo a adoptar, es una exigencia ineludible el que sea motivado por relación a los criterios exigidos en la Ley. Así el Art. 122.4 Pfo. 2º TRLOTAUC-M, establece: “Los acuerdos municipales en materia de programación deberán ser siempre expresamente motivados y concretarán, razonadamente, las prioridades públicas expresadas en los números anteriores, atemperándolas a las circunstancias propias de cada actuación”.

7.2 Adjudicación del programa y formalización:

Consecuentemente con el contenido del acuerdo según se ha explicado en la letra A) anterior, para el caso de haberse aprobado el Programa con la selección de una Proposición Jurídico-Económica, procederá la adjudicación al suscribiente de la misma. Art. 122.2 Pfo. 1º TRLOTAUC-M.

Dentro de este apartado, hay que estudiar:

A).- Plazo para la adopción del acuerdo y silencio positivo.

B).- Subrogación en la adjudicación

C).- Remisión a la Consejería para registro.

D).- Depósito de la garantía.

E).- Formalización de la adjudicación.

F).- Derecho a la ejecución.

A).- Plazo para la adopción del acuerdo y silencio positivo:

Establece el Art. 122.7 TRLOTAUC-M: “El plazo para que el Ayuntamiento Pleno resuelva sobre la aprobación y adjudicación de un Programa de Actuación Urbanizadora será de 40 días desde la fecha en que fuera posible adoptar el acuerdo correspondiente”.

La cuestión estriba en cuando comienza el cómputo de los 40 días hábiles. Por fecha a partir de la cual es posible adoptar el acuerdo hay que tener aquella en que la Mesa de contratación, una vez emitidos

los informes correspondientes, realiza propuesta de adjudicación al Pleno. En el caso de los pequeños municipios, a contar desde la emisión del informe por la Consejería, Art. 122.1 Pfo. 2º TRLOTAUC-M.

El artículo 122.7 Pfoº. 3º Inciso último TRLOTAUC-M, contempla la adjudicación de un PAU por silencio, cuando ha transcurrido el plazo para la resolución y esta no se ha producido, y se dan los requisitos que establece: una sola proposición que cumpla los requisitos exigidos, y que se requiera en tal sentido al Ayuntamiento Pleno. Esto significa que transcurrido el plazo para la resolución (40 días hábiles desde que pueda adoptarse el acuerdo) sin que se haya adoptado, el promotor único del PAU debe requerir por escrito al Ayuntamiento para que proceda a:

- 1.- Tenerle por adjudicatario y por aprobado el PAU.
 - 2.- Proceder, previo depósito de la garantía, a la firma del Convenio urbanístico que formaliza la adjudicación.
 - 3.- Remitir a la Consejería el PAU para su inscripción en el Registro.
 - 4.- Publicación de la aprobación.
- B).- Subrogación en la adjudicación

Este supuesto se da en el caso de que el promotor de una Alternativa Técnica que sirva de base para la aprobación del Programa de Actuación Urbanizadora no resulte adjudicatario del mismo, cuando sea una alternativa propia y original.

En este caso el promotor de la misma puede subrogarse en el lugar y puesto del adjudicatario del mismo, cuando asuma y garantice los mismos compromisos, garantías y obligaciones de éste. La subrogación debe solicitarse al Ayuntamiento dentro de los 10 días hábiles siguientes a la notificación del acuerdo de adjudicación, entendiéndose esta otorgada provisionalmente hasta que se resuelva su otorgamiento por el Pleno. Art. 122.5 Pfoº. 2º TRLOTAUC-M.

No es de aplicación la subrogación, cuando la adjudicación se ha efectuado en favor de adjudicatario que ha ofrecido mayores posibilidades de colaboración con los particulares y éste ha sido su fundamento (Art. 122.5 Pfoº. 3º TRLOTAUC-M).

C).- Remisión a la Consejería para registro.

Aprobado el programa se dará traslado de él a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística (Art. 122.7 Pfo. 2º TRLOTAUC-M) para su registro (Art. 124 TRLOTAUC-M).

Aún no dicho expresamente, de una interpretación conjunta de los Arts. 138.2.1º RPC-M, y 128.5, 131.5 y 133.4 RP, cabe deducir que el PAU debe ir diligenciado por el Secretario de la Corporación o funcionario que legalmente le sustituya en los Ayuntamientos, o funcionario al que corresponda en otras Administraciones.

A partir de su presentación en el Registro de PAUS puede publicarse el acuerdo en el DOCM y a partir de aquí surge el derecho a la ejecución del PAU (Art. 122.7 Pfoº. 3º Inciso 1º TRLOTAUC-M).

Hay que observar aquí tres cuestiones:

1ª El PAU aprobado se remite a la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo a los efectos de su conocimiento conforme al Art. 56 LBRL, y para su inscripción el Registro.

2ª La sola presentación para su inscripción en el Registro faculta al Ayuntamiento para la publicación de la aprobación del PAU, surgiendo el derecho del urbanizador, desde éste momento, a la ejecución.

3ª No cabe, en consecuencia, que alguien se ampare en el no registro del PAU para impedir los efectos del acuerdo de aprobación, dado que éste es un mero registro administrativo, sin más trascendencia jurídica que el control administrativo, y sin que quepa, por razones de legalidad del contenido del PAU, impedir su inscripción. Las cuestiones de legalidad que puedan suscitarse respecto del PAU debe solventarlas la Consejería por la única vía posible, la de los Arts. 63 a 65 LBRL.

D).- Depósito de la garantía.

Una cuestión que se plantea y en la que la Ley calla es la de si las garantías por la ejecución del PAU se prestan por todos los que presenten proposiciones jurídico-económicas y en el momento de su presentación, o sólo por aquél que resulte adjudicatario.

Parece que la presentación por todos en forma análoga a las garantías provisionales previstas en el derogado TRLCAP no tiene

mucho sentido en la Ley, y existen razones para desecharla:

1ª Que la propia LCSP no las contempla, regulando en forma razonable la obligación sólo respecto del adjudicatario provisional. (Arts. 83 y 87)

2ª La Ley no lo dice expresamente ya que tan solo prevé a éstos efectos: “Los Programas de Actuación Urbanizadora: d) Asegurarán el cumplimiento de sus previsiones (...), y garantía financiera o real, prestada y mantenida por el adjudicatario seleccionado como urbanizador (...) que nunca podrá ser inferior al siete por cien del coste previsto de las obras de urbanización” Art. 110.3.d) TRLOTAUC-M. Es decir es el Programa el que debe asegurar el cumplimiento y por él hay que entender el ya aprobado, ya que solo en ése momento se conoce el importe de las obras de urbanización, de ahí que se deba prestar solo “... por el adjudicatario seleccionado como urbanizador...”. Esto es lo mismo que se requiere en el Art. 122.9 TRLOTAUC-M “...las garantías que el urbanizador presta para asegurar el cumplimiento...”

3ª La presentación por todos con la proposición jurídico-económica a fuer de no ser exigida por la Ley plantea el inconveniente de que el 7% debiera girar sobre el importe del Proyecto de Urbanización que integra la alternativa técnica, después habría que devolverlas a todos los no adjudicatarios, y por último, el urbanizador adjudicatario debería depositar la definitiva ya sobre el importe real de la adjudicación, que puede no coincidir con el importe de la provisional.

E).- Formalización de la adjudicación

Establece el Art. 122.9 TRLOTAUC-M: “La adjudicación de la ejecución del PAU se formalizará mediante convenio urbanístico a suscribir, de una parte por el urbanizador y, de otra, tanto por la Administración actuante como, en su caso, por aquellas otras que hubieran asumido compromisos en dicha ejecución”

Tal como establece el Art. 122.9 Pfoº. 2º TRLOTAUC-M, no es precisa una nueva información pública en esta clase de convenios, siendo de aplicación lo dispuesto en el Art. 12.2 TRLOTAUC-M, a tenor del cual: “Cuando la negociación de un convenio coincida con la tramitación del procedimiento de aprobación de un instrumento con el que guarde directa relación y, en todo caso, en el supuesto previsto en la letra b) del número 3 del artículo anterior, deberá incluirse el texto íntegro del convenio en la documentación sometida a información pública

propia de dicho procedimiento, sustituyendo ésta a la prevista en el número precedente”.

Es decir, en este caso, el contenido del convenio urbanístico deriva y es parte del PAU por lo que ha formado parte de él y con él se ha aprobado, no requiriendo nueva información pública, aunque entendemos que sí debieran ser ratificados por el Pleno. Art. 12.3.b) TRLOTAUC-M, supuesto que tras la aprobación y adjudicación por el Pleno pueden haberse introducido cambios por condiciones nuevas, requiriendo de una refundición el texto definitivo.

Ahora bien, un examen atento a la normativa reguladora de la tramitación del PAU nos hace ver que el texto del convenio no se publica en ningún momento; pero es más, las cláusulas del mismo que emanan de la proposición jurídico-económica tampoco, dado que tanto uno como otra son plicas cerradas y, en todo caso, han sido presentadas con posterioridad a la exposición pública de la alternativa técnica, lo mismo cabe decir de aquellas condiciones impuestas a posteriori en el acuerdo de aprobación, todo ello hace que se esté ante una grave anomalía en el procedimiento. La solución debiera pasar por publicar el texto definitivo una vez aprobado el PAU y antes de su perfeccionamiento por la firma de las partes. Si no fuese así, la propuesta de convenio con el clausulado incorporado a la proposición jurídico-económica debiera presentarse con la alternativa técnica en sobre abierto y ser expuesto al público.

La firma del texto definitivo de convenio se produce dentro de los 15 días siguientes a la notificación del acuerdo de ratificación no requiriendo de su formalización en escritura pública.

F).- Derecho a la ejecución del PAU

Establece el Art. 122.7. Pfo. 3º, Inciso 1º TRLOTAUC-M: “El derecho a ejecutar un programa de actuación se adquiere, por los particulares, en virtud de acto expreso, que deberá ser publicado.”

Esta publicación hace referencia a lo dispuesto en el Art. 124.2 TRLOTAUC-M, debiendo procederse a la publicación en el DOCM del acuerdo de aprobación definitiva, previa la remisión de una copia del PAU debidamente diligenciada, y de una certificación del acuerdo de aprobación al Registro de Programas de Actuación Urbanizadora y Agrupaciones de Interés Urbanístico. Entendemos que ésta remisión es la misma a que se hace referencia en el Art.122.7 Pfo. 2º TRLOTAUC-

M, dado que no tendría mucho sentido que fueran dos distintas.

VIII. SISTEMA DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

8.1 Objeto

Establece al Art. 123.1. Inciso 1º TRLOTAUC-M: “El régimen de adjudicación preferente tiene por objeto fomentar la elaboración de iniciativas de PAU por los particulares e incentivar su inmediata ejecución para su aplicación. Será imprescindible que quien solicite su aplicación haya presentado una alternativa técnica de PAU propia y original y ofrecido su ejecución en plazo inferior a tres años”.

8.2 Procedimiento en que se da: ordinario o simplificado

Nada establece la Ley, pero de la regulación contenida en el Art. 123 TRLOTAUC-M, y del contenido de la gestión indirecta se deduce que la adjudicación preferente puede darse tanto en el procedimiento ordinario como en el simplificado.

Ahora bien, conforme al Art. 123.1 Inciso 2º TRLOTAUC-M, el sistema de adjudicación preferente ha de ser solicitado por los promotores al presentar sus Alternativas y Proposiciones.

8.3 Supuesto de exclusión

Establece el Art. 123.4 TRLOTAUC-M: “No procederá la adjudicación preferente...”

En los ámbitos que el planeamiento excluya este régimen por:

- a) Prever la gestión directa por la Administración.
- b) Suscitar la competencia entre iniciativas que asuman mejoras especiales en la urbanización; mayores aportaciones al PPS.

En estos casos la exclusión está ligada a:

1º.- Que esté prevista en el Plan la gestión directa de la actuación.

2º.- Que esté excluido este sistema de adjudicación en el Plan con el fin de suscitar necesariamente la competencia entre iniciativas que asuman la realización de mejoras especiales en la urbanización o mayores aportaciones al patrimonio municipal del suelo. En este caso la exclusión está ligada a unidades de actuación que cuenten con un aprovechamiento mayor y singular. Art. 123.4 In Fine TRLOTAUC-M. La verdad es que este supuesto solo puede jugar en unidades de actuación en suelo urbano no consolidado que, en sí mismas constituyan un área de reparto, donde el aprovechamiento tipo no se iguala o reparte con otros sectores.

Hay que entender que estos supuestos de exclusión si no están previstos en el planeamiento, han de ser acordados por el Pleno del Ayuntamiento, con carácter previo, en el momento de presentación de la Alternativa (Art. 120.2.a) Inciso 2º) TRLOTAUC-M, dentro de las bases orientativas u observaciones, y naturalmente en forma motivada.

8.4 Requisitos

A).- Que la alternativa técnica sea propia y original.

B).- Que se ofrezca la ejecución en un plazo inferior a 3 años.

C).- Que la proposición y la Alternativa Técnica se acompañe de Proyecto de Reparcelación en condiciones de ser aprobado junto con el PAU, para todos los terrenos afectados, suscrito por sus propietarios.

D).- Que la proposición se entienda la Alternativa Técnica (aunque no lo dice la Ley), vaya acompañado del Proyecto de Urbanización para su aprobación con el PAU y esté refrendada o concertada con una agrupación de interés urbanístico, cuyos estatutos y acuerdos sociales serán expuestos al público junto con la alternativa técnica.

El análisis de estos requisitos exigidos por el Art. 123.1 Inciso 1º y 123.2 TRLOTAUC-M, nos lleva a las siguientes consideraciones:

A).- Que la Alternativa Técnica sea propia y original, como también se dice respecto de la subrogación en el Art., 122.5 Pfo. 2º TRLO-

TAUC-M, significa que se redacte “ex novo” (que no surja de la adición, modificación o resultante de la agrupación de otras) y que sea suscrita y presentada por el promotor solicitante (no que la proposición aproveche una Alternativa presentada por otro). Existe una interpretación que propugna entender por tal aquélla que se presente primero en el tiempo, pero hay que desechar esta interpretación que iría en contra de la competencia⁴.

B).- El cómputo del plazo inferior a tres años de compromiso de ejecución comenzará a partir de que surge el derecho del concesionario (urbanizador) a la ejecución, esto es a partir de la publicación del acuerdo de aprobación y adjudicación del PAU (Art. 122.7 Pfo. 2º y 124.2 TRLOTAUC-M).

Entendemos preferible la fijación de esta fecha por razón de una mayor garantía y seguridad jurídica, a sabiendas de que:

a).- El propio proponente puede fijar una fecha más corta en su proposición (Ej. desde la aprobación y adjudicación del PAU).

b).- Que quizás la fecha a tener en cuenta debiera ser la de recepción por el adjudicatario de la notificación del acuerdo de adjudicación del PAU.

Ahora bien, estos requisitos del Art. 123.1) Inciso 2ª TRLOTAUC-M se establecen con el carácter de imprescindibles; es decir, si no se dan no es posible la solicitud del régimen de adjudicación preferente, pero en la consideración de que también ha de concurrir al menos uno del Art. 123.2 TRLOTAUC-M.

Sólo respecto de las Alternativas y Proposiciones que cumplan los dos requisitos imprescindibles, computan para su consideración, los requisitos o criterios de las letras a y b del artículo 123.2 TRLOTAUC-M; de tal forma que si hubiera otras alternativas y proposiciones que cumpliendo alguno o los dos de éstos, no cumplieran aquéllos, no podrían optar al régimen de adjudicación preferente.

Sin embargo, éste supuesto, salvo excepciones, es un mero ejercicio teórico, ya que será muy difícil que en el sistema de adjudicación preferente haya varios solicitantes, dado que los dos requisitos del Art. 123.2 a) y b) TRLOTAUC-M, se excluyen mutuamente: Si hay Proyecto de Reparcelación suscrito por todos los propietarios (letra a)) no puede darse la AIU de la letra b), ni tampoco pueden darse dos proposiciones con los requisitos de la misma letra.

8.5 Acuerdo de adjudicación.

Cualquiera que sea el procedimiento seguido en la tramitación del PAU (ordinario o simplificado), cuando algún promotor o promotores han solicitado el régimen de adjudicación preferente, los informes técnicos y jurídicos tras el acto de apertura de plicas, deberán valorar si se cumplen los requisitos para su aplicación, surgiendo las siguientes posibilidades:

1ª Que alguna o algunas Proposiciones y Alternativas cumplan los requisitos, en cuyo caso éstas tienen un derecho preferente a la aprobación y adjudicación del PAU que han presentado, conforme a los criterios establecidos en el artículo 123.3 TRLOTAUC-M.

2ª Que varias alternativas cumplan los requisitos.

Opciones:

1ª Que haya una única Proposición y Alternativa que lo solicite:

En este caso el derecho de adjudicación preferente, si se cumplen los requisitos del Art. 123.1 y 123.2 TRLOTAUC-M determinaría la adjudicación a la misma.

2ª Que haya varias Proposiciones y Alternativas que lo solicitan:

- Se preferirá la que tenga por objeto una única Unidad de Actuación establecida por el planeamiento vigente a la que proponga un ámbito superior.

- Naturalmente, aunque la Ley no lo dice, pero por aplicación del régimen general, en igualdad de condiciones será preferible aquella que mejores condiciones ofrezca conforme a los criterios del Art. 122.2 y 3 TRLOTAUC-M.

Sin embargo, se aventura un poco difícil esta posibilidad de que haya varias Proposiciones y Alternativas ya que los requisitos de las letras c) y d) implican a todos los propietarios (letra c) y a la mayoría de la propiedad en la AIU (letra d), lo que no podría repetirse en otras, a salvo que algún propietario formase parte de las dos.

8.6 Excepción a la adjudicación preferente:

Tanto en la opción a) como en la b)

Cuando las Alternativas Técnicas llevan propuestas complementarias de aprobación de otros Planes o modificación de los vigentes, el Pleno del Ayuntamiento puede adjudicar el concurso a otra Alternativa y Proposición, de las presentadas aunque no reclame la adjudicación preferente, siempre que desarrolle mejor alternativa de planeamiento. Art. 123.3 último inciso TRLOTAUC-M.

8.7 Condiciones o Modificaciones del PAU:

La aprobación del PAU y adjudicación por el Sistema de adjudicación preferente, no merma la potestad del Pleno del Ayuntamiento para adoptar el acuerdo de aprobación del PAU y su adjudicación, con las modificaciones, correcciones y condiciones que en forma motivada estime conformes a la Ordenación Urbanística y al interés público, incluido si llega el caso la no aprobación y la gestión directa.

Así, el Art. 123.3. Pfo. 2º TRLOTAUC-M establece: “Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio que la potestad municipal de disponer las correcciones técnicas oportunas en el PAU que se apruebe y de la obligación del adjudicatario de garantizar que quedarán realizadas con cargo a la actuación si fuera preciso...”.

NOTAS:

1 El Consultor, núm. 11 de 15 de Junio de 2006, Pág. 2125

2 En la actualidad la remisión es a la Ley 4/2007, de 8 de Marzo, de Evaluación Ambiental de Castilla- La Mancha (LEAC-M).

3 Esta cuestión ha quedado resuelta por el Art. 25.2.a) de la Ley 4/2007, de 8 de Marzo (LEAC-M).

4 Blanc Clavero, F, Comentarios a la Ley Reguladora de la Actividad Urbanística, Pág. 276, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1995.

CIERRE DE GIMNASIO... Y ¡TODOS A LA CALLE! UN NUEVO CASO OPENING

Manuel Jesús Marín López
Profesor Titular de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo²
Universidad de Castilla-La Mancha

ÍNDICE:

1. Objeto del dictamen.
2. Tipos de contratos celebrados con el Gimnasio Onsen.
3. Contrato de prestación de servicios con el gimnasio con pago al contado.
4. Contrato de prestación de servicios con pago a plazos.
5. Celebración por el consumidor de dos contratos (préstamo y prestación de servicios) con dos personas diferentes (prestamista y gimnasio Onsen).
 - A) ¿Cuándo pueden considerarse “vinculados” los dos contratos?
 - B) Los derechos del consumidor contra el prestamista en caso de incumplimiento del gimnasio.
 - C) ¿Puede el consumidor desvincularse del contrato de préstamo tras la resolución del contrato celebrado con el gimnasio?
 - D) La liquidación de los dos contratos tras su resolución.
6. El papel de las asociaciones de consumidores.
7. ¿Qué puede hacer la Administración Autonómica de Consumo?
 - A) ¿Cabe imponer una sanción de consumo a la entidad de crédito?

B) La imposición de la “restitución de la cantidad indebidamente cobrada”.

C) La exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada a su estado original.

D) La liquidación de daños causados a los consumidores en el procedimiento administrativo sancionador.

1. OBJETO DEL DICTAMEN.

Este trabajo tiene su origen en un dictamen solicitado al Centro de Estudios de Consumo (CESCO) de la Universidad de Castilla-La Mancha (www.uclm.es/cesco) por el Instituto de Consumo de Castilla-La Mancha de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Se solicita la realización de un estudio jurídico sobre el cierre de un gimnasio situado en la ciudad de Albacete (gimnasio Onsen) y las consecuencias que ello provoca en los consumidores que han contratado con ese gimnasio.

Los hechos son los siguientes. El gimnasio Onsen (Centros Deportivos Onsen) de la ciudad de Albacete cerró sus puertas en una fecha no determinada de mayo o junio de 2007. Eran muchos los consumidores que habían celebrado con este gimnasio un contrato de prestación de servicios, de modo que tras el cierre del gimnasio la empresa deja de cumplir las obligaciones contractualmente asumidas. Consta en la web del gimnasio (www.centroonsen.com) que la empresa se dedica a prestar, a cambio de remuneración, servicios de spa, belleza, gimnasia y piscina. Algunos consumidores contratan cursos (de gimnasia, piscina o belleza) para fechas y horas concretas. Otros, en cambio, tienen la posibilidad de acudir a las instalaciones del centro tantas veces como quieran, y por el tiempo que estimen conveniente, para usarlas. Aunque no existen cifras exactas, son cientos los consumidores que se han visto afectados por el cierre del centro Onsen en Albacete; según la información publicada en la prensa local de Albacete, el cierre podría haber afectado a unos 2000 consumidores.

Ante esta situación, se solicita informe al CESCO para que se pronuncie sobre los derechos de que disponen los consumidores que

han contratado con el gimnasio Onsen, y que no han recibido todos los servicios prestados. En la propia consulta se advierte que la situación de los consumidores difiere de unos casos a otros, pues mientras unos han pagado todo el precio al contado, otros se han obligado a pagar por mensualidades, que se abonan a medida que se van recibiendo los servicios. En fin, también hay consumidores que han obtenido el dinero para pagar el precio de un préstamo que, en algunas hipótesis, les ha sido ofrecido por el propio gimnasio. En estos últimos casos se pregunta si es de aplicación el régimen instaurado en los arts. 14 y 15 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo, que autoriza al consumidor a ejercitar determinados derechos contra el prestamista. Igualmente se cuestiona si es razonable que cada consumidor, de manera individual, ejercite las acciones judiciales que legalmente le corresponde, o si puede resultar más razonable que todos los consumidores actúen de manera conjunta, litigando por ellos una asociación de consumidores.

En el ámbito sancionador, se pregunta si está habilitada la Administración de Consumo para sancionar las irregularidades en la prestación del servicio contratado y el incumplimiento contractual de la empresa, y solicitar, con apoyo en el art. 44 del Estatuto del Consumidor de Castilla La Mancha (aprobado por Ley 11/2005), la devolución de las cantidades cobradas indebidamente. También hay que averiguar si es posible traer al procedimiento sancionador a las entidades de crédito que conceden préstamos vinculados, y si en tal caso es posible llevar a cabo en el procedimiento sancionador la liquidación de los daños causados a los particulares, en los términos previstos en el art. 44 del citado Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha.

2. TIPOS DE CONTRATOS CELEBRADOS CON EL GIMNASIO ONSEN.

Lo primero que hay que plantearse es el tipo de contrato que celebran el consumidor y el gimnasio Onsen. Se trata de un contrato de prestación de servicios, en el que una parte (el consumidor) se obliga a pagar un precio a cambio de unos servicios que se obliga a prestar la contraparte (el gimnasio). Entre estos servicios está la obligación del titular del gimnasio de impartir por monitores preparados los cursos

contratados en las fechas y horas establecidas (si es que el consumidor ha contratado uno de esos cursos) y la obligación de tener abierto el centro deportivo durante unas determinadas horas al día, para que los usuarios pueden disfrutar de las instalaciones en los términos previstos en el contrato. Son estas las obligaciones principales que asume el centro deportivo. Pero existen, además, otras obligaciones (de carácter accesorio) que también debe cumplir. Básicamente, la de mantener las instalaciones en buen estado (que exista agua fría en las duchas, limpieza de las estancias comunes, etc.).

Para determinar con precisión en qué situación queda el consumidor tras el cierre del gimnasio, hay que distinguir tres hipótesis, en función del modo en que se ha producido el pago del precio. Son las siguientes:

1) El consumidor abona el precio al contado. Esta es la hipótesis habitual cuando el consumidor contrata un curso determinado (de natación, gimnasia, etc.) que se imparte en fechas y días concretos. Aunque también puede pagar al contado cuando adquiere el derecho a usar ilimitadamente durante un plazo de tiempo determinado (varios meses o un año) todas las instalaciones del gimnasio.

2) Se acuerda que el consumidor abonará el precio a plazos, casi siempre por meses. En ocasiones se realiza un primer pago (en concepto de matrícula o desembolso inicial) en el momento de celebrarse el contrato, y es la cantidad restante la que se aplaza.

3) El consumidor celebra dos contratos (préstamo y prestación de servicios) con dos entidades distintas (prestamista y gimnasio Onsen). En esta hipótesis, el precio del contrato de prestación de servicios se paga al contado, con el dinero recibido en préstamo de la entidad de financiación. En virtud del contrato de préstamo, el consumidor queda obligado a restituir el capital prestado (más los intereses, si se pactaron) al prestamista en las condiciones pactadas en el contrato (normalmente, por meses).

Cada una de estas tres hipótesis merece ser analizada separadamente, y así se hará en los próximos apartados. En cualquier caso, dada la baja cuantía del precio que el consumidor se obliga a pagar al gimnasio, no es aventurado afirmar que la mayoría de los consumidores que han contratado con este centro deportivo se encuentra en la primera hipótesis (pago al contado). Sin embargo, en aquellos casos en los que se ha previsto para el contrato una duración de varios meses o incluso

un año, es habitual que se haya pactado el aplazamiento en el pago, de modo que el consumidor va pagando mes a mes, a medida que va usando las instalaciones del centro (hipótesis segunda). En cambio, la tercera hipótesis (celebración de dos contratos distintos) es marginal: apenas existen en la práctica casos de este tipo, debido, sobre todo, a que el precio no es lo suficientemente elevado como para que el consumidor tenga que acudir a un prestamista.

3. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON EL GIMNASIO CON PAGO AL CONTADO.

La primera de las hipótesis descritas se caracteriza por el hecho de que el consumidor paga al contado al gimnasio el precio del contrato de prestación de servicios. A estos efectos, es indiferente si el consumidor satisface el precio con dinero propio, con el que le presta algún pariente o amigo, o con el capital recibido en concepto de préstamo de una entidad de crédito que no mantiene relaciones de colaboración con el gimnasio Onsen. En este último caso se trata de un préstamo que el consumidor ha concertado “por su cuenta” y no de un préstamo que haya recibido como consecuencia de la colaboración planificada entre el gimnasio y esa entidad de crédito; por eso hay que entender que los contratos de enseñanza y préstamo no están vinculados.

Hay que preguntarse qué derechos tiene el consumidor ante el incumplimiento del gimnasio Onsen. Es evidente que el cierre del centro deportivo supone un incumplimiento contractual, pues deja de realizar las prestaciones a que contractualmente está obligado. En efecto, el cierre implica que el consumidor que ha contratado un determinado curso deja de recibirlo, y que aquél que ha contratado la posibilidad de acudir al centro para usar sus instalaciones tampoco podrá hacer uso de ese derecho.

Pero también hay incumplimiento contractual en aquellos casos en los que el centro deportivo, que todavía está abierto al público, no cumple correctamente las prestaciones contratadas (por ejemplo, se imparte el curso de natación, pero sin la existencia de monitores o sin que su número sea el adecuado; el local no reúne las condiciones de higiene y salubridad adecuadas; las duchas no tienen agua caliente).

¿Qué derechos puede ejercitar el consumidor contra el gimnasio Onsen en esta hipótesis? Básicamente, los siguientes:

A) Pretensión de cumplimiento. Como el cumplimiento del contrato es todavía objetivamente posible, y el consumidor sigue teniendo interés en el cumplimiento del contrato, la primera medida que debe adoptar el consumidor es exigir al gimnasio el cumplimiento (art. 1124 CC). Esta reclamación de cumplimiento puede formularse judicial o extrajudicialmente. Al consumidor le interesa más realizarla extrajudicialmente, por su menor coste económico, y porque si ante esta reclamación el gimnasio Onsen persiste en su incumplimiento, tiene vía libre para proceder a la resolución. La reclamación extrajudicial se realizará por escrito, y de forma fehaciente, para que quede constancia (a efectos de prueba) de su realización y de la fecha de la misma. También es aconsejable que quede constancia del contenido de la reclamación, por lo que debe utilizarse un mecanismo de comunicación que acredite esta circunstancia (por eso es preferible utilizar, por ejemplo, el burofax a una carta certificada con acuse de recibo; en esta última puede acreditarse que llegó a su destinatario –o que no llegó–, pero no su contenido). En la reclamación extrajudicial debe darse al gimnasio Onsen un plazo razonable para que cumpla (este plazo puede ser, por ejemplo, de 7 o 10 días), y debe indicarse asimismo que caso de que transcurra ese período de tiempo sin que se produzca el cumplimiento, el contrato se dará por resuelto, quedando el gimnasio obligado a restituir la cantidad que corresponda, que dependerá del tiempo en que no va a prestar sus servicios.

B) Resolución del contrato. El art. 1.124 CC autoriza también al acreedor a obtener la resolución del contrato tras el incumplimiento del deudor. Con carácter general, puede afirmarse que tras el incumplimiento del deudor el acreedor puede reclamar directamente la resolución cuando el cumplimiento posterior no es posible, o aún siendo posible no satisface ya el interés del acreedor. En el caso que nos ocupa, no parece concurrir ninguna de estas circunstancias. Pues el cumplimiento posterior es posible (si el gimnasio abre otra vez sus puertas), y en principio el consumidor no ha perdido interés en el cumplimiento, ya que sigue satisfaciéndole la prestación del servicio, aunque sea retrasada, por el gimnasio Onsen. Por eso, no parece adecuado que el consumidor solicite, en primer lugar, la resolución, sino el cumplimiento. Ahora bien, si solicitado extrajudicialmente el cumplimiento, el prestador de servicios deportivos hace caso omiso y persiste en su incumplimiento, el consumidor podrá resolver el contrato.

La resolución contractual sólo cabe ante incumplimientos graves. Hay incumplimiento grave cuando el gimnasio cierra las puertas de su establecimiento. Pero antes de esa fecha el gimnasio puede haber incumplido otras obligaciones (algunos consumidores denuncian que no había agua fría en las duchas, que faltaban monitores para impartir los cursos contratados, etc.). En estos casos habrá que valorar la gravedad del incumplimiento de la obligación. Y sólo si se considera que el incumplimiento es grave cabrá la resolución contractual. Ahora bien, aunque el incumplimiento deba ser calificado como leve, si en esta situación el consumidor se dirige al prestador del servicio solicitando el cumplimiento correcto, y el prestador persiste en el incumplimiento, habrá que entender que el consumidor tiene ya vía libre para solicitar también la resolución.

La resolución puede también llevarse a cabo extrajudicialmente. Como ya se ha señalado, lo más adecuado es que en la propia reclamación de cumplimiento el consumidor señale que en caso de que esa petición sea insatisfactoria, el contrato se dará por resuelto. Si la petición de cumplimiento no hacía mención a la resolución, el consumidor, una vez que la reclamación de cumplimiento ha sido desatendida, deberá proceder extrajudicialmente a resolver el contrato, comunicando al gimnasio Onsen que el contrato ha quedado resuelto por incumplimiento suyo.

La resolución de un contrato produce la extinción del contrato, con dos tipos de efectos: efectos liberatorios (las partes contratantes quedan liberadas del cumplimiento de las obligaciones futuras) y efectos restitutorios (las partes quedan obligadas a restituirse las prestaciones ya ejecutadas). Se afirma, en este sentido, que la resolución tiene efectos retroactivos. Esta es la regla general. Sin embargo, en los contratos con obligaciones de tracto sucesivo la resolución no tiene efectos retroactivos. En efecto, como señala la STS de 9 de octubre de 2003 (RJ 2003, 8232), “este principio general de retroactividad y de eficacia ex tunc de la resolución contractual, cede cuando la acción resolutoria se dirige a poner fin a un contrato de tracto sucesivo, que da lugar a relaciones duraderas entre las partes, cuando las recíprocas prestaciones de las partes han sido ya, total o parcialmente, realizadas”. Como explica la STS de 20 de abril de 1994 (RJ 1994, 3216), la resolución contractual no tiene en este caso efectos retroactivos, “pues las realizadas hasta el acaecimiento que legitima para pedir la resolución han tenido su propia causa, han cumplido la finalidad perseguida”.

El contrato que vincula al consumidor con el gimnasio Onsen es un contrato de tracto sucesivo. Por eso, la resolución del contrato extingue las obligaciones futuras (efectos liberatorios). Y en relación con los efectos restitutorios, éstos no se producen en relación a los servicios adecuadamente prestados por el gimnasio y disfrutados por el consumidor. Eso significa que el gimnasio Onsen puede retener del precio pagado la cantidad proporcional al tiempo en que cumplió adecuadamente el contrato, y deberá restituir el importe proporcional al tiempo en que deja de cumplir su obligación.

Por lo tanto, tras la resolución del contrato el consumidor tiene un derecho de crédito frente al gimnasio cuyo importe es la cantidad correspondiente a los meses de servicios no prestados, o a la parte proporcional del curso (de natación, gimnasia, etc.) no ejecutada. Esta reclamación de cantidad puede formularse extrajudicialmente (lo adecuado es que ya se contenga en el primitivo requerimiento extrajudicial de cumplimiento, o en su caso, en la comunicación extrajudicial por la que se declara resuelto el contrato). Si no es satisfecha por el gimnasio, el alumno tiene vía libre para acudir a los tribunales e interponer una demanda de reclamación de cantidad.

C) Reducción del precio. Ante el incumplimiento del gimnasio Onsen, especialmente en aquellos casos en los que el centro deportivo todavía tenía sus puertas abiertas al público, el consumidor puede solicitar también una rebaja del precio: el precio debe reducirse en la misma proporción en que la prestación ejecutada no ha sido correctamente cumplida. Esta pretensión, que en nuestro derecho positivo no tiene cabida en el art. 1124 CC (que autoriza al acreedor a exigir el cumplimiento o la resolución), ha sido tradicionalmente admitida por nuestros tribunales en el marco de la indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 CC).

D) Indemnización de daños y perjuicios. A cualquier de las peticiones anteriores el consumidor puede añadir la reclamación de daños y perjuicios provocados por el incumplimiento (art. 1101 CC).

4. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON PAGO A PLAZOS.

La segunda modalidad utilizada por los consumidores para abonar el precio del contrato de prestación de servicios con el gimnasio Onsen consiste en pactar, en todo o en parte, el aplazamiento del pago. El consumidor celebra el contrato con el gimnasio, pactándose que el precio se abonará a plazos, normalmente por meses. En ocasiones, además, en el momento de la perfección del contrato entrega un primer pago, en concepto de matrícula o desembolso inicial. Se acuerda que los pagos mensuales aplazados se abonarán en metálico o mediante domiciliación bancaria.

En esta hipótesis, hay que plantearse, en primer lugar, cuál es la normativa aplicable. Es evidente que no se aplica la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVPBM), pues como su propio nombre indica, esta ley regula los contratos de venta a plazos de bienes muebles corporales no consumibles e identificables; y el contrato que estipulan el consumidor y el gimnasio Onsen es un contrato de prestación de servicios, y no de venta a plazos.

Tampoco va a resultar de aplicación la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo (en adelante, LCC). Desde el punto de vista objetivo, la operación concertada sí entra en el ámbito de aplicación de la Ley, pues se trata de un contrato en el que un empresario concede un crédito a un consumidor “bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación” (art. 1.1 LCC). En el caso que nos ocupa, hay un aplazamiento en el pago, que entra dentro del precepto citado. También concurren los requisitos subjetivos, pues el usuario que contrata con el gimnasio es un consumidor, y el gimnasio Onsen concede el aplazamiento en el ejercicio de su actividad, de modo que se cumplen los presupuestos subjetivos de la Ley 7/1995 (art. 1.1 y 2 LCC). Sin embargo, lo cierto es que la mayoría de los contratos estarán excluidos del ámbito de la Ley 7/1995 por aplicación de su art. 2.1.d), que excluye los créditos gratuitos, esto es, en nuestro caso el aplazamiento de pago en el que no se cobran ni intereses ni comisión alguna. En cualquier caso, la posible aplicación de la Ley 7/1995 es intrascendente a los efectos que ahora nos ocupan.

¿De qué derechos dispone el consumidor en esta hipótesis?

A) Pretensión de cumplimiento. Ante el incumplimiento del gimnasio Onsen, que cierra sus puertas y deja de prestar los servicios pactados, el consumidor debe, en primer lugar, solicitar el cumplimiento. Y debe hacerlo en los mismos términos que para la hipótesis de pago al contado del precio (epígrafe 3 de este dictamen). Por lo tanto, la reclamación ha de hacerse de forma fehaciente, debe darse en ella un plazo razonable para que el deudor (gimnasio Onsen) cumpla, y debe indicarse que, en caso de ser desatendida, se dará por resuelto el contrato, debiendo el gimnasio restituir las cantidades que conforme a derecho corresponden.

B) Resolución del contrato. Valga aquí también lo dicho en el epígrafe anterior. La resolución puede (debe) hacerse extrajudicialmente, y lo más adecuado es que se realice en el mismo escrito en que se solicita el cumplimiento. La resolución tiene efectos liberatorios, por lo que los contratantes quedan liberados de sus obligaciones futuras. En consecuencia, el gimnasio Onsen deja de estar obligada a prestar los servicios derivados del contrato, y el alumno ya no está obligado a pagar más plazos mensuales.

En cuanto a los efectos de la resolución, carece de efectos retroactivos. El consumidor podrá solicitar la devolución de las cantidades pagadas que correspondan a servicios no prestados, si ha lugar a ello. Así, por ejemplo, si no hay desembolso inicial y coinciden el número de plazos mensuales en que se va a pagar el precio y el número de meses en que se presta el servicio por el gimnasio, el consumidor no puede recuperar ninguna cantidad. En efecto, si el contrato con el gimnasio dura 12 meses, y se pacta que se pagarán 50 € mensuales, si el consumidor obtiene la resolución a las cinco meses, no podrá exigir al gimnasio la devolución de ninguna cantidad: ha pagado cinco mensualidades (250 €), pero ha disfrutado de los servicios prestados durante esos cinco meses. La situación es distinta cuando, al tiempo del cierre del gimnasio, el consumidor ha pagado cantidades mensuales que exceden, proporcionalmente, de los servicios que se han prestado. Por ejemplo, se pacta que el consumidor puede disfrutar de las instalaciones del gimnasio durante 12 meses, quedando obligado a pagar por ello seis mensualidades de 100 € cada una. Si el cierre se produce a los tres meses, ha recibido el 25% de los servicios, pero ha pagado ya el 50% del precio. Tiene por ello derecho a pedir la devolución de la mitad de las cantidades pagadas hasta la fecha (150 €), para adecuar el precio pagado a los servicios realmente disfrutados.

C) Derecho a suspender el pago del precio (excepción de incumplimiento). Tras el incumplimiento del gimnasio Onsen, el consumidor tiene

también derecho a suspender el pago de los plazos que vayan venciendo en el futuro. Si la reclamación de cumplimiento del gimnasio se realiza extrajudicialmente, el alumno podrá sin más suspender el pago del plazo reclamado; si se realiza judicialmente, el alumno opondrá la excepción de contrato no cumplido (*exceptio non adimpleti contractus*). El Código Civil no contempla expresamente este medio de defensa, pero su admisibilidad en nuestro derecho resulta claramente de lo dispuesto en los arts. 1100, último párrafo, y 1124 CC, y ha sido sancionada por reiterada jurisprudencia (por ejemplo, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1993).

La requisitos para la viabilidad de la excepción de incumplimiento son los siguientes: 1) Que entre las partes del contrato haya una relación obligatoria sinalagmática o bilateral; este requisito se cumple en el supuesto que nos ocupa; 2) Falta de cumplimiento de la parte a la que se opone; también se satisface en el caso que nos ocupa, pues el gimnasio Onsen que reclama el pago ha incumplido previamente; 3) Que el uso de la facultad de suspender el pago del precio no sea contraria a la buena fe. Lo que exige, por una parte, que la persona que pretende suspender el pago comunique antes al otro contratante su intención de hacerlo; y por otra, que exista proporcionalidad entre la cantidad cuyo pago se suspende y el incumplimiento de la otra parte. También este tercer requisito se cumple satisfactoriamente, siempre que el alumno notifique al gimnasio su intención de suspender el pago.

En cuanto a los efectos de la excepción, se trata de un medio de defensa que detiene o paraliza la pretensión de cumplimiento del adversario –fuera o dentro del proceso- hasta que éste no cumpla con su propio deber de prestación. Si la reclamación de pago es judicial, y el juez estima la excepción, procederá a desestimar la demanda. Pero ello no provoca una extinción del vínculo contractual entre las partes. Lo único que sucede es que se suspende la obligación de cumplimiento del excipiens (el consumidor) hasta que el otro contratante (gimnasio Onsen) cumpla.

En conclusión, ante el incumplimiento del gimnasio Onsen, el consumidor podrá suspender el pago de los plazos aún no vencidos. Pero para ello es necesario que antes comunique al gimnasio su intención de suspender. No existe inconveniente alguno en que dicha comunicación se contenga en el documento en que se requiere al gimnasio de forma fehaciente el cumplimiento del contrato.

Conviene señalar que no consta que el gimnasio Onsen haya tratado de exigir el pago de los plazos pendientes a los consumidores de Albacete.

5. CELEBRACIÓN POR EL CONSUMIDOR DE DOS CONTRATOS (PRÉSTAMO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS) CON DOS PERSONAS DIFERENTES (PRESTAMISTA Y GIMNASIO ONSEN).

La tercera hipótesis, relacionada con la forma de pagar el precio, consiste en la celebración por el consumidor de dos contratos con dos personas diferentes. Por una parte, el contrato de prestación de servicios con el gimnasio Onsen. Por otra, un contrato de crédito con una entidad financiera, que permite al consumidor obtener el dinero necesario para pagar el precio del contrato que celebra con el gimnasio. Es posible que en el momento de la celebración del contrato con el gimnasio el consumidor pague parte del precio en concepto de matrícula o desembolso inicial; el resto del precio lo satisface con la ayuda del préstamo. En otros casos, en cambio, no se entrega cantidad alguna a la celebración del contrato de prestación de servicios, sino que todo el precio se abona con el dinero obtenido del préstamo.

En las dos primeras hipótesis, ya analizadas (epígrafes 3 y 4), el consumidor celebra un único contrato. En esta tercera hipótesis, sin embargo, el consumidor estipula dos contratos con dos personas diferentes. Y además, el pago del precio se hace al contado; cosa que también sucede en la primera hipótesis. Sin embargo, las diferencias entre ambas hipótesis son claras, pues en la que ahora nos ocupa el dinero para pagar al contado al gimnasio se ha obtenido de un préstamo concedido por una entidad financiera con la que el gimnasio Onsen mantiene relaciones de colaboración. Por esa razón puede afirmarse que ambos contratos (préstamo y enseñanza) están vinculados. No ocurre así en la primera hipótesis, donde el consumidor paga al contado, bien porque tiene el dinero necesario para ello, bien porque lo obtiene como préstamo de una entidad de crédito con la que el gimnasio Onsen no mantiene relaciones de colaboración (es un préstamo obtenido por el consumidor “por su cuenta”).

La cuestión que debe resolverse es qué derechos, y bajo qué presupuestos, puede ejercitar el consumidor contra el prestamista en el caso de incumplimiento del prestador de servicios (gimnasio Onsen). En particular, si el consumidor puede ejercitar los derechos reconocidos en los arts. 14.2 y 15 de la Ley 7/1995, de Crédito al Consumo.

A) ¿Cuándo pueden considerarse “vinculados” los dos contratos?

La LCC no contiene una definición expresa de contratos vinculados. En efecto, los arts. 12, 14 y 15 LCC, que son los que se ocupan de este tipo de contratos, no establecen qué ha de entenderse por contratos vinculados. De hecho, ni siquiera se utiliza en estos preceptos (salvo en la rúbrica de los arts. 14 y 15) la expresión “contratos vinculados”.

Sin embargo, de la interpretación conjunta de los arts. 12, 14.2 y 15 LCC [los dos primeros se remiten a las letras a), b) y c) del art. 15.1 LCC] se deduce con claridad que, aunque la LCC no se refiera expresamente a ellos como los requisitos que han de concurrir para la existencia de vinculación contractual, estos requisitos son los enumerados en los párrafos a), b) y c) del art. 15.1 LCC. En consecuencia, sólo cuando concurren las circunstancias previstas en las letras a), b) y c) entrarán en juego las normas protectoras del consumidor, para el caso de incumplimiento del vendedor (art. 15), de ineficacia del contrato de compraventa (art. 14.2), o de haberse obligado el consumidor a la devolución del dinero mediante la firma de letras de cambio o pagarés (art. 12).

La jurisprudencia ha seguido esta tesis. Así, la SAP Zaragoza, de 14 julio 2003 (JUR 2003, 195229) dispone que “los requisitos de los apartados a), b) y c)” son los únicos “conformadores de la vinculación contractual”. Por su parte, la SAP Málaga, Secc. 4ª, de 31 enero 2006 (JUR 2006, 141890) establece que no es “necesaria la concurrencia de ningún otro requisito más que los establecidos en los apartados a), b) y c) del artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo para estimar vinculados el contrato de financiación y el de consumo” (FJ 3º). Esta expresión es repetida por las SSAP Gerona, de 7 octubre 2002 (JUR 2003, 23336); y Pontevedra, Secc. 1ª, de 2 marzo 2006 (JUR 2006, 110794). En esta misma dirección, la SAP Madrid, Secc. 14ª, de 23 diciembre 2003 (JUR 2004, 252034) afirma que no es “necesaria la concurrencia de ningún otro requisito más que los establecidos en los apartados a), b) y c) del artículo 15 de la Ley de Crédito al Consumo para estimar vinculados el contrato de financiación y el de consumo” (FJ 3º).

El estudio de los requisitos de la vinculación contractual debe abordarse teniendo en cuenta que estamos ante un supuesto de conexión contractual. Y que todo supuesto de conexión contractual requiere la presencia de dos presupuestos: la pluralidad de contratos y el nexo funcional entre ellos. Cada uno de estos dos requisitos debe concurrir

también, necesariamente, en la hipótesis de vinculación contractual prevista en la Ley de Crédito al Consumo.

1.- El primer requisito es que exista pluralidad contractual, esto es, que el consumidor haya celebrado dos contratos con dos personas distintas. Así lo exige además el art. 15.1.a) LCC: “que el consumidor, para la adquisición de los bienes o servicios, haya concertado un contrato de concesión de crédito con un empresario distinto del proveedor de aquéllos”. En el caso que nos ocupa el cumplimiento de este primer requisito es evidente, pues el consumidor celebra un contrato de prestación de servicios con el gimnasio Onsen, y un contrato de préstamo con una entidad de crédito.

2.- El segundo presupuesto de la vinculación contractual, y el más importante, es la conexión funcional entre el contrato de consumo y el préstamo. La cuestión que debe resolverse es en qué casos existe conexión funcional entre estos dos contratos. Con carácter general, cabe sostener que el criterio determinante de la conexión funcional hay que buscarlo en la doctrina de la causa. Los dos contratos estarán vinculados cuando a través de ellos las partes pretendan alcanzar un único resultado económico. En el ámbito del crédito al consumo, habrá vinculación contractual cuando los dos contratos se han celebrado con el fin de facilitar al consumidor la adquisición de un bien o servicio con pago a plazos; esto es, cuando los dos contratos puedan considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica, debido a que prestamista y vendedor colaboran para permitir al consumidor la adquisición de bienes o servicios a plazos.

En la Ley de Crédito al Consumo, la configuración de la conexión funcional se contiene en el art. 15.1.b). Este precepto exige “que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes o servicios, salvo que se trate de aquellos previstos en el párrafo siguiente de la presente letra, exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste”. Y el párrafo siguiente, añadido por la Ley 62/2003 tras el escándalo provocado por el caso Opening, señala que “en el caso de que se provean servicios de tracto sucesivo y prestación continuada”, para que haya conexión funcional se exige “que entre el concedente del crédito y el proveedor de los mismos exista un acuerdo previo en virtud del cual aquél ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los servicios de éste”.

Tras la modificación operada por la Ley 62/2003, resulta que

existen dos formas de medir la “conexión funcional”, según el tipo contractual al que pertenezca el contrato financiado.

1) Regla general. Para que exista conexión funcional, y en consecuencia, los contratos puedan considerarse vinculados conforme a la LCC, se exige que entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva, en virtud del cual el prestamista ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste [art. 15.1.b).I LCC]. Por tanto, la conexión funcional requiere: i) colaboración planificada entre prestamista y proveedor; y ii) colaboración en exclusiva. Esta es la regla general, que se aplica en todos los casos de contratos vinculados, salvo que el contrato financiado sea alguno de los que sometidos a la regla especial.

2) Regla especial. En ciertos casos la definición de la conexión funcional es menos estricta, pues se entenderá que los dos contratos están vinculados cuando entre el prestamista y el proveedor de los bienes o servicios exista un acuerdo previo en virtud del cual el prestamista ofrecerá crédito a los clientes del proveedor para la adquisición de los bienes o servicios de éste [art. 15.1.b).II LCC]. En esta hipótesis, la vinculación contractual exige únicamente la colaboración planificada entre prestamista y proveedor, sin que sea necesaria ningún tipo de exclusividad. Esta regla especial sólo entra en juego cuando el contrato financiado sea un contrato de prestación de servicios de tracto sucesivo y prestación continuada.

El caso que nos ocupa entra dentro de la regla especial, pues el contrato de consumo es un contrato de prestación de servicios prestados por el gimnasio Onsen que pueden calificarse como “servicios de tracto sucesivo y prestación continuada”. Y ello porque el prestador de servicios se obliga a cumplir una obligación duradera, esto es, una obligación que exige una prestación caracterizada por su continuidad temporal. Esto es claro en los casos en los que el gimnasio Onsen se compromete a permitir al consumidor la utilización por cuanto tiempo desee de sus instalaciones. Pero también cuando el consumidor contrata un curso determinado en días y horas.

Por lo tanto, para que haya contratos vinculados conforme a lo dispuesto en la Ley de Crédito al Consumo, basta con que el consumidor haya obtenido el préstamo debido a la colaboración planificada entre el prestamista y el gimnasio Onsen, sin que se exija ningún tipo de exclusividad. Lo decisivo, por tanto, es que haya colaboración plani-

ficada entre ambos empresarios, o más exactamente, que el préstamo se obtenga debido a esa colaboración [como exige el art. 15.1.c) LCC]. Como señala la SJPI nº 17 de Madrid, de 15 diciembre 2006 (JUR 2007, 43930), “la conexión causal se exterioriza por una colaboración planificada entre el proveedor y el prestamista”.

Hay colaboración planificada entre prestamista y proveedor cuando éste colabora con aquél de cualquier modo (ya sea suministrándole los formularios de solicitud del préstamo, ya sea poniendo en contacto al consumidor con el prestamista, o de cualquier otra forma) para facilitar al consumidor la adquisición de un bien o servicio con pago a plazos, o cuando prestamista y proveedor desarrollan una actividad conjunta con el fin de introducir al consumidor en la operación. La colaboración entre prestamista y proveedor es producto de un acuerdo celebrado entre ambos. Como la LCC no exige una forma concreta, este acuerdo podrá ser escrito u oral. Así lo afirma la SAP Madrid, Secc. 18ª, de 8 mayo 2001 (JUR 2001, 212576), que señala que “no es preciso que ese pacto...conste por escrito” (FJ 5º).

Lo habitual es que prestamista y proveedor hayan celebrado un acuerdo marco de colaboración, y que la concesión crediticia esté ajustada a ese convenio. Pero las relaciones entre ambos pueden no tener su origen en un contrato marco, sino en una duradera y regular relación negocial de hecho. También en este caso habrá colaboración planificada. Pero, en cualquier caso, habida cuenta de que el consumidor es ajeno al pacto de cooperación que tienen prestamista y proveedor, y que es posible que tal pacto ni siquiera conste por escrito, o que la cooperación sea resultado de prolongadas relaciones de hecho, la colaboración debe descubrirse mediante indicios. Así lo ha admitido la jurisprudencia. Así, la SAP Castellón, de 30 noviembre 2002 (AC 2003, 174), tras señalar que la prueba de la vinculación entre el proveedor y el concedente del crédito resultará difícil, añade que “no obstante, puede demostrarse o, al menos, llevar al juez a la convicción -a través de indicios- de que existe una especial relación entre ambos sujetos”.

Existen multitud de sentencias judiciales que deducen la vinculación contractual de la presencia de indicios de colaboración. Se trata, en cualquier caso, de indicios de carácter objetivo, referidos a circunstancias relacionadas con la conclusión del contrato. Los cuatro indicios de colaboración más utilizados por la jurisprudencia son los siguientes:

1) El consumidor sólo tiene contacto directo con el proveedor de bienes y servicios. “La relación contractual única para la ahora actora se

entabló con Cambridge English School, SL, la que se encargó de la formalización de la póliza de préstamo, quedando así clara la interrelación entre ambos contratos y quedando así acreditada la existencia de un verdadero acuerdo de colaboración entre la entidad que asumía la obligación de impartir un curso de inglés y la entidad prestamista” (SJPI nº 17 de Valencia, de 31 mayo 2003 [AC 2003, 976]). Deducen la existencia de vinculación del hecho de que el consumidor no ha tenido contacto directo con el prestamista, además, entre otras, las SSAP Cáceres, de 26 septiembre 2000 (JUR 2000, 301813), Madrid, de 16 diciembre 2000 (AC 2001, 895), Madrid, Secc. 18ª, de 8 mayo 2001 (JUR 2001, 212576).

2) Posesión por el proveedor de los impresos de solicitud del préstamo. “De ahí la actividad conjunta dirigida a introducir al consumidor en la operación, renunciando el prestamista al contacto directo con el consumidor, y poseyendo el proveedor impresos de solicitudes de préstamo, facilitadas por el banco, que el mismo se encarga de presentar a la firma del comprador y de su posterior tramitación ante el banco, en importante labor de intermediación” (SAP Pontevedra, de 27 febrero 2003 [JUR 2003, 175439]). Igualmente admite que la posesión por el proveedor de los impresos de solicitud del préstamo constituye un indicio de colaboración planificada entre prestamista y proveedor la SAP Castellón, de 30 noviembre 2002 (AC 2003, 174).

3) El contrato de préstamo se formalizó ante un agente comercial del proveedor de bienes o servicios, sin la presencia de ningún agente del prestamista. Según la SAP Gerona, Secc. 2ª, de 2 abril 2003 (AC 2003, 1429), el propio representante del prestamista “reconoció que ningún agente comercial de su empresa estaba presente cuando se formalizó el contrato de préstamo, lo que implica que el único que estaba presente era el agente comercial de «Home English»” (FJ 3º). Este argumento es utilizado por las SSAP Castellón, de 30 noviembre 2002 (AC 2003, 174), Madrid, de 16 diciembre 2001 (AC 2001, 895), Gerona, de 26 noviembre 2001 (AC 2002, 128), Murcia, de 26 diciembre 2001 (JUR 2002, 69401), Huelva, de 6 junio 2002 (JUR 2002, 224112), SJPI nº 15 de Zaragoza, de 13 enero 2004 (JUR 2004, 13884), SAP Gerona, Secc. 2ª, de 2 abril 2003 (AC 2003, 1429).

4) Es el dependiente del proveedor de bienes o servicios quien lleva los impresos de solicitud del préstamo a la entidad prestamista. Es utilizado por la SAP Málaga, de 28 julio 2003 (JUR 2003, 225559): “consta acreditado que el crédito se concedió en virtud de un acuerdo previo, pues fue un agente comercial del Instituto Americano el que

recabó todos los datos personales de la prestataria y entregó el contrato a Finanzia para su aprobación”. En la misma línea, la SAP Cádiz, de 26 marzo 2002 (AC 2002, 1063).

Lo normal es, además, que varios de estos indicios se citen de manera conjunta en una misma sentencia. Así, por ejemplo, la SJPI nº 17 de Madrid, de 15 diciembre 2006 (JUR 2007, 43930) considera indicios de colaboración, “entre otros, la falta de contacto o relación directa del prestamista con el consumidor, facilitar el propio proveedor el impreso para la solicitud del préstamo con su propio membrete, denominación o anagrama, siendo él quien lo rellena o cumplimenta, etc.” (FJ 5º). Pero no es necesario que concurren simultáneamente todos o algunos de estos indicios. Normalmente, la simple presencia de uno de ellos es suficientemente indicativa de la colaboración planificada.

Además de los casos citados, la jurisprudencia ha deducido también la colaboración planificada de otros hechos, entre ellos, los siguientes: el contrato de consumo indica cuál es la entidad prestamista (SAP Barcelona, de 18 diciembre 2002 [JUR 2003, 54106]); la solicitud de préstamo se formula en un impreso de la propia empresa del proveedor (SAP Valencia, de 26 octubre 2002 [JUR 2003, 12480]); SAP Barcelona, de 31 enero 2002 [JUR 2002, 111950]); el proveedor anuncia en su publicidad la posibilidad de obtener crédito de un determinado prestamista (SAP Castellón, de 30 noviembre 2002 [AC 2003, 174]); el prestamista tiene en su poder copia del contrato que celebraron el consumidor y el proveedor (SAP Barcelona, de 31 enero 2002 [JUR 2002, 111950]); dada uno de los documentos contractuales menciona al otro (SAP Baleares, de 30 abril 2002 [AC 2002, 1328]; SAP Toledo, de 26 febrero 2004 [JUR 2004, 96477]).

Aplicando lo expuesto al caso que nos ocupa, habrá que averiguar si un concreto consumidor que ha concertado un préstamo para pagar el precio del gimnasio Onsen lo ha obtenido debido a la colaboración entre el prestamista y el gimnasio. La solución, por tanto, vendrá dada caso a caso, dependiendo de si en esa concreta hipótesis concurre algún indicio de colaboración. En caso positivo podrá afirmarse que los contratos están vinculados conforme a la LCC, siendo de aplicación las consecuencias previstas en los arts. 14 y 15 LCC. En caso negativo habrá que concluir que los contratos no están vinculados, que se trata de un préstamo que el consumidor ha obtenido “por su cuenta”, de modo que no podrán utilizarse contra el prestamista los derechos establecidos en los dos preceptos citados.

B) Los derechos del consumidor contra el prestamista en caso de incumplimiento del gimnasio.

Es evidente que, ante el incumplimiento del gimnasio, el consumidor puede ejercitar contra el propio gimnasio los derechos que el ordenamiento jurídico le concede: pretensión de cumplimiento, resolución del contrato, reducción del precio e indemnización de daños y perjuicios. Obviamente, no puede ejercitar el derecho a suspender el pago frente al gimnasio, pues se trata de un contrato con pago al contado y el consumidor no tiene que realizar más pagos parciales al gimnasio cuya ejecución pueda suspender.

El art. 15 LCC autoriza al consumidor, además, a ejercitar determinados derechos contra el prestamista, si ambos contratos están vinculados. Se exige, además, la concurrencia de dos requisitos adicionales. En primer lugar, que el proveedor haya incumplido su obligación [art. 15.1.d) LCC]. En el caso de autos se da este requisito, pues el gimnasio Onsen ha dejado de cumplir las obligaciones que derivan del contrato. En segundo lugar, es necesaria una previa reclamación insatisfactoria del consumidor contra el proveedor incumplidor [art. 15.1.e) LCC]. El consumidor sólo puede ejercitar derechos contra el prestamista cuando previamente ha reclamado frente al prestador de servicios (gimnasio Onsen), y esta reclamación ha resultado insatisfecha. Esta reclamación previa puede ser judicial o extrajudicial.

El art. 15 LCC no enumera qué derechos puede utilizar el consumidor contra el prestamista; se limita a establecer que aquél puede ejercitar contra éste los mismos derechos (“esos mismos derechos”) que tiene frente al proveedor de bienes o servicios. Esta amplia alusión permite entender que el consumidor puede ejercitar sus derechos contra el prestamista tanto por vía de excepción como de acción.

La averiguación de cuáles son estos derechos debe seguir el siguiente procedimiento. En primer lugar, hay que determinar qué derechos tiene el consumidor contra el proveedor incumplidor, en nuestro caso, contra el gimnasio Onsen. Más que de derechos presentes, hay que analizar que derechos tendría el consumidor contra el proveedor de haber celebrado una bilateral venta a plazos (hay que partir de esa situación jurídica hipotética). De este modo se consigue atribuir al consumidor el derecho a suspender el pago de los plazos de amortización (derecho que no tiene contra el gimnasio Onsen, pero que sí tendría si en el contrato con el gimnasio se hubiera previsto el aplazamiento en el pago). En segundo lugar, procede analizar cuáles de estos derechos que

el consumidor ostenta contra el gimnasio pueden ser ejercitados contra el prestamista ex art. 15 LCC.

Dada la amplitud con la que está redactado el art. 15 LCC, cabe admitir que el consumidor podrá ejercitar contra el prestamista los siguientes derechos: a) el derecho a suspender el pago de los plazos de amortización; b) el derecho a la reducción del importe del préstamo en la misma cuantía en que disminuye el precio del servicio, tras el ejercicio exitoso contra el prestador del servicio de la acción de reducción del precio, o a recibir del prestamista la diferencia en que se reduce el precio del servicio; c) la pretensión de cumplimiento (la ejecución de las obligaciones asumidas por el gimnasio en el contrato celebrado con el consumidor); y d) el derecho a la devolución del precio –total o parcial– del servicio, tras la resolución del contrato de prestación de servicios. En estos dos últimos casos el prestamista responde como fiador de la obligación del prestador de servicios de cumplir el contrato y de devolver el precio del bien, tras su resolución. No cabe, sin embargo, exigir al prestamista los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del gimnasio Onsen.

En el caso que nos ocupa, si los contratos están vinculados el consumidor que ha contratado con el gimnasio Onsen puede, tras el incumplimiento del gimnasio, ejercitar contra el prestamista cualquiera de los cuatro derechos que acaban de exponerse. Aunque, en realidad, por las características del incumplimiento del gimnasio al consumidor pueden interesarle especialmente dos derechos:

A) El derecho a suspender el pago de los plazos. Una vez que la reclamación previa al proveedor es insatisfactoria, el alumno puede suspender el pago de los plazos al prestamista. Este derecho puede oponerlo tanto extrajudicialmente como judicialmente, caso de ser demandado por el prestamista. El consumidor podrá suspender el pago hasta que el gimnasio Onsen cumpla correctamente su obligación. Si el gimnasio cumple, el consumidor tendrá que abonar todos los plazos cuyo pago suspendió, pero sin intereses de demora, y continúa obligado a satisfacer los plazos que venzan en el futuro. En mi opinión, antes de suspender el pago al prestamista el consumidor tiene que notificarle su intención de hacerlo. Se trata de un requisito exigido por la buena fe. Pues si hubiera celebrado un contrato a plazos con el proveedor, y éste incumple, también tendría que notificarle a éste su intención de suspender el pago, antes de hacerlo.

B) El derecho a obtener del prestamista la devolución (total o

parcial) del precio del contrato de servicios. Si el consumidor resuelve el contrato celebrado con el gimnasio Onsen, podrá reclamar del gimnasio la devolución del precio en la parte proporcional a los servicios no prestados. Este derecho a la devolución de esa cantidad puede ejercitarse también contra el prestamista, por aplicación del art. 15 LCC.

C) ¿Puede el consumidor desvincularse del contrato de préstamo tras la resolución del contrato celebrado con el gimnasio?

Como se ha comprobado, el art. 15 LCC autoriza al consumidor a ejercitar contra el prestamista determinados derechos. De este modo se atribuye al prestamista una determinada responsabilidad en la hipótesis de incumplimiento del proveedor. Pero, aunque el consumidor ejercite alguno de esos derechos contra el prestamista, ello en nada afecta a la validez y eficacia del contrato crediticio. En efecto, el contrato de préstamo sigue siendo eficaz y produciendo efectos.

Para proveer de una protección adecuada a los consumidores que celebran contratos vinculados, es preciso establecer mecanismos que permitan al consumidor desvincularse del contrato de préstamo, si previamente se ha desvinculado también del contrato de consumo. Y este mecanismo se instaura en nuestro derecho en el art. 14.2 LCC.

El art. 14.2 LCC establece que “la ineficacia del contrato, cuyo objeto sea la satisfacción de una necesidad de consumo, determinará también la ineficacia del contrato expresamente destinado a su financiación, cuando concurren las circunstancias previstas en los párrafos a), b) y c) del artículo 1 del artículo 15”. Por lo tanto, para que entre en juego este precepto deben concurrir varios requisitos:

1) Que los dos contratos estén vinculados (por la remisión que se realiza a las tres primeras letras del art. 15.1 LCC).

2) Que el contrato de consumo sea “ineficaz”. El término “ineficacia” debe ser interpretado en sentido amplio, por lo que hay que considerar comprendido en el mismo cualquier forma de extinción del contrato. Como indica la SAP Alicante, Secc. 4ª, de 13 marzo 2003 (JUR 2003, 203027), “esta norma no hace distinción entre los conceptos de resolución, nulidad, anulabilidad, etc. sino que emplea el término “ineficacia”, como categoría genérica que los comprende a todos”.

El art. 14.2 LCC parece exigir un tercer requisito: que el contra-

to de crédito esté “expresamente destinado” a la financiación del precio de adquisición del bien o servicio, lo que parece exigir una mención expresa en el contrato crediticio respecto al destino concreto del préstamo concedido. Sin embargo, la realidad es bien distinta. Y lo cierto es que la jurisprudencia no ha exigido, como presupuesto de aplicación del art. 14.2 LCC, una mención expresa como la que se señala.

Conforme al precepto que se analiza, la ineficacia del contrato de consumo provoca la ineficacia del contrato de préstamo. Cabe preguntarse qué tipo de ineficacia es la que afecta al contrato de préstamo. En principio, podría pensarse que la solución más acertada es decretar la nulidad del contrato de préstamo, por falta de causa. En efecto, como se trata de un negocio financiado, forma parte de la causa del contrato de préstamo, no sólo “la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte” (art. 1274 CC), sino también la existencia y eficacia del contrato de enseñanza, en tanto que motivo causalizado. Por lo tanto, el negocio jurídico crediticio queda sin causa cuando se produce la ineficacia del contrato de enseñanza, lo que origina la nulidad del contrato.

Esta interpretación, sin embargo, no es del todo acertada, ya que la validez o nulidad de un contrato ha de determinarse en el momento de la perfección del mismo, y en ese instante concurren los requisitos esenciales de la existencia del contrato (consentimiento, objeto y causa, según el art. 1261 CC); de ahí que el contrato de préstamo se perfeccione sin ningún problema y comience a producir sus efectos. Lo que sucede es que posteriormente ese contrato deja de tener una causa, al devenir ineficaz el contrato de enseñanza. Se produce de este modo una “falta sobrevenida de la causa”, cuestión que, a pesar de su lógico enlace con problemas causales, debe ser analizada en relación con la figura de la resolución contractual. Por tanto, la desaparición del contrato de consumo da lugar a una pérdida sobrevenida de la base del contrato crediticio, a una supresión de la base del negocio, quedando en consecuencia el consumidor autorizado para resolver este contrato. Así lo ha entendido, además, la mejor jurisprudencia. Por ejemplo, SSAP Castellón, Secc. 1ª, de 27 septiembre 2004 (AC 2004, 1822); Málaga, Secc. 6ª, de 28 septiembre 2004 (JUR 2004, 295454); Asturias, Secc. 7ª, de 30 septiembre 2004 (JUR 2005, 36499); SJPI nº 3 de Ferrol, de 30 septiembre 2004 (inérita); SAP Gerona, Secc. 1ª, de 23 febrero 2006 (AC 2006, 1676); Pontevedra, Secc. 1ª, de 2 marzo 2006 (JUR 2006, 110794); Las Palmas, Secc. 4ª, de 17 abril 2006 (AC 2006, 1153); Barcelona, Secc. 12ª, de 14 julio 2006 (JUR 2007, 63605); Barcelona, Secc. 1ª, de 11 diciembre 2006 (JUR 2007, 139594); Jaén, Secc. 2ª, de 20 marzo 2003 (JUR 2003, 137070); Lugo, Secc. 1ª, de 29

enero 2007 (JUR 2007, 138932); La Coruña, Secc. 5^a, de 8 marzo 2007 (JUR 2007, 132248); Bizkaia, Secc. 3^a, de 14 marzo 2007 (JUR 2007, 137177).

En el caso que nos ocupa, la opción más razonable para el consumidor es actuar del siguiente modo: interponer una demanda conjunta contra prestamista y prestador de de servicios (gimnasio Onsen), en la que solicita lo siguiente: i) que se declare la resolución del contrato celebrado con gimnasio Onsen, por incumplimiento grave; ii) que se declare la resolución el contrato de préstamo (por aplicación del art. 14.2 LCC). Si el juez aprecia que los dos contratos están vinculados, estimará la demanda, y declarará resueltos los dos contratos.

D) La liquidación de los dos contratos tras su resolución.

¿Qué sucede tras la resolución de los dos contratos? ¿Puede el consumidor solicitar al gimnasio Onsen la devolución de todo o parte del precio? ¿Y qué sucede con los plazos de amortización ya abonados al prestamista? ¿Puede pedir su devolución?

La regla general en derecho español es que tras la resolución de un contrato, tendrá que liquidarse entre quienes lo estipularon. Aplicando lo dicho al caso que nos ocupa, resulta que el contrato de préstamo se liquida entre prestamista y consumidor: éste devolverá el importe del préstamo, y aquél restituirá los plazos de amortización ya abonados. En cuanto al contrato de prestación de servicios deportivos, que es un contrato con pago al contado, la resolución no tiene plenos efectos retroactivos. Por eso, el gimnasio Onsen no tiene que restituir la parte del precio correspondiente a los servicios adecuadamente prestados por ella y disfrutados por el consumidor. Podrá retener del precio pagado la cantidad proporcional al tiempo en que cumplió adecuadamente el contrato, y deberá restituir el importe proporcional al tiempo en que deja de cumplir su obligación.

Este modelo de liquidación de los contratos perjudica gravemente al consumidor, en particular en el supuesto de que el proveedor (gimnasio Onsen) sea insolvente. Pues en tal hipótesis el consumidor no podrá recuperar nada del prestador de servicios, y además seguirá estando obligado a restituir al prestamista el importe del capital prestado, tras la resolución del préstamo. Como puede advertirse, este consumidor está en peor situación que si hubiera celebrado un único contrato con el gimnasio pactándose el aplazamiento del pago. En este caso, la

liquidación se produciría del siguiente modo: el consumidor podrá solicitar al gimnasio la devolución, no de todos los plazos pagados hasta la fecha de la resolución de ese contrato, sino sólo de aquellas cantidades que se correspondan con servicios no prestados. Si coinciden el número de meses en que se presta el servicio y el número de pagos mensuales en que se abona el precio, la resolución no da lugar a liquidación alguna, pues todos los pagos realizados por el alumno constituyen la contraprestación de los meses en que el gimnasio prestó sus servicios correctamente. En consecuencia, el alumno soporta el riesgo de insolvencia del gimnasio en la cuantía de las cantidades pagadas que exceden de los servicios efectivamente prestados, pues son la parte del precio que el alumno no podrá recuperar del gimnasio.

En el caso de contratos vinculados, en cambio, la insolvencia del gimnasio es más lesiva para el consumidor, al ser el contrato de prestación de servicios deportivos, en este caso, un contrato con pago al contado. Por eso, el consumidor no podrá recuperar del gimnasio la parte del precio que excede de la parte proporcional correspondiente a los servicios prestados; pero, sin embargo, deberá restituir al prestamista el importe del préstamo, como obligación que le incumbe tras la resolución del contrato crediticio. Resulta, en consecuencia, que el consumidor va a soportar el riesgo de insolvencia del gimnasio en una cuantía superior: en la parte del precio que excede de los servicios efectivamente prestados. Una adecuada protección del consumidor ha de conducir al establecimiento de medidas que hagan que la liquidación de los contratos se produzca de tal modo que el consumidor no pierda, en caso de insolvencia del gimnasio, más de lo que perdería de haber celebrado con el gimnasio un contrato bilateral con aplazamiento en el pago.

El legislador de la LCC no fue consciente del déficit de protección del consumidor en la fase de liquidación de los contratos vinculados. Por eso no incluye ninguna disposición específica con esa finalidad. La alusión que el art. 14.2 LCC realiza al art. 9 LCC no puede entenderse como una medida tendente a evitar este déficit de protección. Pues este art. 9 LCC hay que interpretarlo en el sentido de que, una vez decretada la ineficacia del contrato de crédito, “las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones realizadas”, lo que debe entenderse, no como la necesidad de restituir, siempre y en todo caso, las prestaciones ejecutadas, sino como la imposibilidad de incluir cláusulas contractuales que modifiquen, en perjuicio del consumidor, el régimen jurídico de liquidación contractual que legalmente corresponda; tales cláusulas serán, por tanto, nulas.

¿Cómo solventar el déficit de protección que sufre el consumidor en el ámbito de la liquidación de los dos contratos, tras su resolución? La mejor solución es aplicar analógicamente el régimen previsto en el art. 9.2 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles. Este precepto contempla un régimen especial de liquidación de los contratos para una hipótesis determinada: el desistimiento del contrato de compraventa. Si el consumidor desiste de la compraventa, y resuelve después el contrato crediticio, el prestamista sólo puede pedir la devolución del préstamo al vendedor, y no al consumidor (párrafo segundo del art. 9.2 LVPBM). Por lo tanto, la obligación liquidatoria de devolución del importe del préstamo que surge tras la resolución del contrato de préstamo sólo podrá ejercitarla el prestamista contra el vendedor. Por su parte, el consumidor sólo puede reclamar al vendedor la restitución del desembolso inicial. Eso significa que el riesgo de insolvencia del vendedor se reparte entre consumidor y prestamista. El consumidor soporta este riesgo en la cuantía del desembolso inicial, y el prestamista en la del importe del préstamo concedido para financiar la adquisición.

Una correcta comprensión del fenómeno obliga a poner algunos ejemplos. El ejemplo A parte del siguiente supuesto: el consumidor celebra un único contrato con el gimnasio, cuyo precio es de 1.000 €, y una duración de 10 meses. Se pacta el aplazamiento del precio en 10 mensualidades, cada una de ellas de 100 €. Cuando han transcurrido cuatro meses, el gimnasio cierra sus locales e incumple el contrato. El consumidor resuelve el contrato. La resolución tiene efectos liberatorios, pero no restitutorios, pues el alumno ha disfrutado 4 meses de enseñanza de inglés (un 40% de la duración total), y ha pagado la parte proporcional a esos 4 meses (ha abonado un 40% del precio total). En este caso, la insolvencia del gimnasio no afecta al consumidor, pues tras la resolución éste no tiene derecho a recuperar cantidad alguna del gimnasio.

Imaginemos ahora que esa operación se articula mediante contratos vinculados: El precio del contrato de prestación de servicios con el gimnasio Onsen se abona al contado. Esos 1.000 € los obtiene el alumno de un préstamo concertado con un prestamista, quedando obligado a restituirlo en 10 plazos mensuales de 100 € cada uno. Si a los cuatro meses se resuelven los dos contratos, la liquidación se producirá del siguiente modo: el consumidor tiene derecho a recuperar del gimnasio 600 € (el 60% del precio), que es la parte del precio correspondiente a servicios no prestados. Y debe devolver al prestamista el importe del préstamo (1.000 €), pudiendo recuperar de él los plazos abonados (400 €). Tras la oportuna compensación de créditos, resulta que debe devol-

ver al prestamista 600 €. En consecuencia, la insolvencia del gimnasio afecta aquí gravemente al consumidor, pues no podrá recuperar del gimnasio 600 €, y además tendrá que devolver al prestamista otros 600 €.

La aplicación del modelo liquidatorio contemplado en el art. 9.2 LVPBM produciría las siguientes consecuencias. El consumidor debe restituir al gimnasio el valor de los servicios prestados (cuatro meses de servicios, valorados en 400 €). En cuanto a la liquidación del préstamo, puede solicitar al prestamista la devolución de los plazos pagados (cuatro plazos, lo que suma 400 €), mientras que el prestamista sólo puede reclamar al gimnasio (y no directamente al consumidor) la devolución del capital prestado (1000 €). Pero cabe sostener que si es el prestamista –y no el proveedor– quien reciba del consumidor el importe correspondiente al valor de los servicios prestados (400 €). Si se admite esta tesis, sucede que el consumidor podrá reclamar al prestamista 400 € (suma de los cuatro plazos de amortización abonados), pero debe restituirle 400 € (valor de los cuatro meses de servicios prestados). Tras la oportuna compensación de créditos, resulta que el consumidor no debe entregar ni recibir nada del prestamista tras la resolución de los dos contratos.

Pongamos ahora otro ejemplo (ejemplo B). El contrato con el gimnasio tiene un precio de 1000 €, y permite esas las instalaciones durante 20 meses. Esos 1000 € se obtienen de un prestamista, quedando el consumidor obligado a restituirlo en 10 plazos mensuales de 100 € cada uno. El incumplimiento del gimnasio se produce a los ocho meses, solicitando y obteniendo el consumidor la resolución de los dos contratos. Siguiendo el esquema liquidatorio propuesto, resulta que el alumno puede recuperar del prestamista los plazos de amortización ya pagados (ocho pagos de 100 € cada uno; total, 800 €). Y en relación con la liquidación de la compraventa, deberá restituir el equivalente económico a los ocho meses de curso correctamente recibido; este equivalente se tasa en 400 € (si el total del curso eran 1.000 €, ocho meses, que son un 40% del tiempo, son 400 €). En principio esta restitución debe realizarla al prestador de servicios. Si ello es así, resulta que tras la resolución de los dos contratos el consumidor puede solicitar al prestamista la devolución de todos los plazos de amortización pagados (800 €), teniendo que abonar el alumno al gimnasio 400 € (valor de los servicios prestados). Pero, como antes se proponía, quizás lo más adecuado es que sea el propio prestamista (y no el proveedor) quien reciba del consumidor el importe correspondiente al valor de los servicios prestados (400 €). Si se admite esta tesis, sucede que el alumno puede reclamar

al prestamista 800 €, pero debe restituirle 400 €. De modo que, tras compensar ambas partidas, el consumidor recibe un neto de 400 €.

Resulta que, si hubiera celebrado un único contrato con el gimnasio, con aplazamiento del precio en 10 pagos mensuales, tras la resolución del contrato resultaría que hasta ese momento ha pagado el 80% del precio (ha pagado 800 €), pero sólo ha disfrutado del 40% del curso (sólo 8 de las 20 semanas previstas). Por lo tanto, tiene derecho a obtener la devolución de parte del precio satisfecho, en proporción a la prestación de servicios no recibida. En este caso, podría reclamar al gimnasio la devolución de 400 € (quedándose así la empresa con otros 400 €, que suman el 40% del precio total).

La conclusión a la que se llega en este ejemplo B es la siguiente: los 400 € que el alumno podría recuperar del gimnasio si hubiera celebrado un único contrato con aplazamiento en el pago, podrá reclamarlos al prestamista si ha concertado dos contratos vinculados. Con la ventaja de que, si el proveedor es insolvente, esa insolvencia no afectará al consumidor, sino al prestamista, que no podrá reintegrarse el importe del préstamo concedido del gimnasio.

¿Qué criterio han seguido las sentencias de los tribunales? Existe ya una copiosa jurisprudencia de Audiencias Provinciales en relación con el asunto Opening, que es especialmente interesante en el caso que nos ocupa, pues también aquí (como en el caso Opening) el contrato de consumo es un contrato de tracto sucesivo. Hay un primer grupo de resoluciones judiciales que, tras la ineficacia de los dos contratos, condenan al prestamista a restituir al consumidor algunos plazos de amortización satisfechos. En concreto, las cuotas abonadas por el consumidor desde la fecha del incumplimiento del contrato de enseñanza, desde que la academia de enseñanza cierra sus puertas al público o desde que el consumidor no recibe el servicio contratado. Así sucede, entre otras, en las SSAP Asturias, Secc. 7^a, de 30 septiembre 2004 (JUR 2005, 36499); Castellón. Secc. 2^a, de 6 octubre 2004 (JUR 2005, 897); Barcelona, Secc. 1^a, de 23 febrero 2006 (JUR 2006, 118940); Pontevedra, Secc. 1^a, de 2 marzo 2006 (JUR 2006, 110794); Castellón, Secc. 3^a, de 17 julio 2006 (JUR 2007, 56302); Bizkaia, Secc. 3^a, de 14 marzo 2007 (JUR 2007, 137177); Madrid, Secc. 18^a, de 14 julio 2004 (JUR 2004, 243856); SJPI n^o 8 de Madrid, de 30 julio 2004 (inédita); SSAP Madrid, Secc. 14^a, de 16 febrero 2005 (JUR 2005, 109547); Madrid, Secc. 12^a, de 13 octubre 2005 (AC 2005, 2025).

En todos estos casos se produce, según la jurisprudencia, una

suerte de propagación de la ineficacia del contrato de consumo al crédito. Pareciera que, como el contrato de consumo es un contrato de tracto sucesivo, el préstamo también ha de considerarse como tal. De modo que si la ineficacia (resolución) del contrato de enseñanza tiene efectos *ex nunc* (desde su resolución), y no *ex tunc* (retroactivos), también la ineficacia del préstamo ha de tener efectos *ex nunc*, de manera que el prestamista no tiene que devolver todas las cuotas de amortización, sino sólo las que el consumidor ha abonado después del incumplimiento de la academia de enseñanza.

Este modo de liquidar no me parece correcto, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque la forma en que se liquide el contrato de enseñanza (con o sin carácter retroactivo) no puede afectar a la forma de liquidación del contrato de préstamo (que siempre tiene efectos retroactivos, pues no es un contrato de tracto sucesivo). Y en segundo lugar, porque se hace depender la mayor o menor protección del consumidor de las cuotas de amortización que queden pendientes de pago en la fecha del incumplimiento de la academia, y no de la cantidad de servicios (curso) recibidos. Así, si el incumplimiento de la academia se produce a los cuatro meses de celebrados los dos contratos, está en mejor situación el consumidor que se obliga a restituir el préstamo en veinte plazos mensuales que aquél que se obliga a devolverlo en diez meses, aunque los dos hayan recibido las mismas mensualidades de curso.

Resulta, además, que cuando el contrato financiado es un contrato de tracto sucesivo cuyo incumplimiento y posterior resolución tiene efectos *ex nunc* (no retroactivos), la aplicación del modelo liquidario propuesto en el art. 9.2.II LVP da como resultado que tras la ineficacia de los dos contratos, el consumidor tiene derecho a obtener del prestamista la devolución de parte del precio satisfecho, en proporción a la prestación de servicios no recibida. Ese es el modelo de liquidación adecuado. Y esa es precisamente la solución que establece la SAP Lugo, Secc. 1ª, de 29 enero 2007 (JUR 2007, 138932), que declara la resolución de los dos contratos (préstamo y contrato de enseñanza), y que condena al prestamista a abonar al consumidor una cantidad equivalente al porcentaje del curso no impartido (1.111,54 €). Esta misma solución es la que acoge la importantísima SJPI nº 1 de Madrid, de 15 de diciembre de 2006 (JUR 2007, 43930), que pone fin a la demanda presentada por Ausbanc Consumo, OCU y Adicae contra “Open English Master Spain, SA” (empresa central), “Aula de Enseñanza Amiga Master Spain SL” (Aidea), y varias entidades de financiación (Pastor Servicios Financieros, BSCH, Euro Crédito EFC, Finanzia Banco de Crédito, Caja

Madrid y Banesto). La sentencia admite que ambos modelos liquidatorios conducen a consecuencias similares cuando el plazo de duración del curso es similar a la duración de los plazos de amortización. Pero establece que si ambos plazos son diferentes, el modelo de liquidación correcto es aquel que permite al consumidor reclamar al prestamista la parte de las cantidades pagadas que se correspondan con servicios no prestados.

6. EL PAPEL DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES.

Una vez expuestos los derechos de que disponen los consumidores del gimnasio Onsen, en función de su peculiar situación contractual, conviene hacer hincapié en el importante papel que pueden desempeñar las asociaciones de consumidores en asuntos como el que ahora nos ocupan.

El consumidor puede ejercitar judicialmente sus derechos, reclamando individualmente o junto a otros consumidores (todos ellos de manera individual). Es posible que todas estas demandas individuales puedan ser acumuladas en un mismo proceso judicial, y resueltas en una única sentencia. Sin embargo, para un consumidor individual el recurso a la justicia es caro y costoso. Además, son pocos los incentivos para ejercitar judicialmente los derechos cuando el interés litigioso es de escasa cuantía, como sucede en el caso que nos ocupa. Además, si el consumidor o consumidores son socios de una asociación de consumidor, la asociación podrá interponer acciones judiciales de reclamación de daños en defensa de esos consumidores.

En casos como éste es cuando las asociaciones de consumidores tienen su pleno sentido. Se trata de un incumplimiento que afecta a una pluralidad de consumidores, y a todos ellos interesa que sea un mismo juez, en un único proceso, el que resuelva esa controversia jurídica. La LEC del año 2000 regula por primera vez una acción de tutela de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, que pueden denominarse también “acciones colectivas indemnizatorias” o “acción de reparación de daños colectivos o difusos”. A pesar de lo que parecen indicar estos nombres, con esta acción no se persigue el resarcimiento de daños

colectivos, sino de los daños individuales sufridos por un conjunto –determinado o indeterminado– de consumidores.

Al tratar las acciones colectivas indemnizatorias, la LEC distingue entre tutela de intereses colectivos (daños colectivos) e intereses difusos (daños difusos). Los daños son colectivos cuando los consumidores afectados están perfectamente determinado o son fácilmente determinables (art. 11.2 LEC). Los daños son difusos si los perjudicados por el hecho dañoso son una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación (art. 11.3 LEC). La distinción tiene importancia, no sólo para determinar los sujetos legitimados para ejercer la acción (art. 11 LEC), sino porque afecta al régimen del llamamiento a los perjudicados (art. 15 LEC) e incluso a los efectos de la sentencia (art. 221 LEC).

En el caso del cierre del gimnasio Onsen, es evidente que se trata de una hipótesis de tutela de intereses colectivos (usando la terminología de la LEC), pues los consumidores afectados están perfectamente determinados, o al menos son fácilmente determinados: se trata de todos los consumidores que han contratado con el citado gimnasio que presta sus servicios en la ciudad de Albacete. Y como señala el art. 11.2 LEC, la legitimación para la defensa de los intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa de los consumidores (cooperativas de consumidores), y los grupos de afectados. En cuanto a las asociaciones de consumidores, las únicas legitimadas para actuar en nombre y representación de los consumidores son aquéllas que se constituyan conforme a lo previsto en la Ley 1/2002, reguladora del derecho de asociación, y reúnan los requisitos específicos exigidos en la LGDCU y en sus normas de desarrollo (art. 20 bis.1 LGDCU). Uno de esos requisitos específicos exigidos por la LGDCU es la inscripción en el Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores (regulado en el art. 21 ter LGDCU). Las asociaciones de consumidores no inscritas podrán defender judicialmente los intereses de sus asociados o de la propia asociación, pero no interponer acciones de cesación ni acciones de reparación de daños colectivas (art. 20 bis.3.II LGDCU).

En conclusión, la mejor opción para los consumidores que contrataron con un gimnasio es dirigirse a una asociación de consumidores que reúna los requisitos que acaban de enunciarse, y tratar de que sea la asociación de consumidores la que ejercite la acción de reparación de daños colectivos.

7. ¿QUÉ PUEDE HACER LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA DE CONSUMO?

Dada la amplitud de la tipificación de las infracciones contenida en el Estatuto del Consumidor de Castilla La-Mancha, aprobado por Ley 11/2005, de 15 de diciembre (según su art. 39, “se consideran infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios las que así vengan establecidas por la legislación vigente”), constituye una infracción de consumo el incumplimiento de las obligaciones que el gimnasio Onsen ha asumido contractualmente con los consumidores. También constituye una infracción de consumo la conducta consistente en no restituir las cantidades que el consumidor tiene derecho a recuperar del gimnasio tras la resolución –normalmente extrajudicial- del contrato de prestación de servicios deportivos. La imposición de las sanciones establecidas en el Estatuto del Consumidor corresponde a los órganos competentes de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

A) ¿Cabe imponer una sanción de consumo a la entidad de crédito?

En relación con la potestad sancionadora de la Administración Autónoma de Consumo, no hay problema alguno en que ésta se ejercite contra el gimnasio Onsen, cuando éste realice una conducta que pueda tipificarse como infracción de consumo. Más dificultades plantea la cuestión de si puede la Administración Autónoma iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra la entidad de crédito que financia el precio del contrato de prestación de servicios deportivos, cuando ambos contratos están vinculados y la entidad de crédito realiza una conducta que vulnera lo dispuesto en los arts. 14.2 y 15 LCC; por ejemplo, porque niega que el consumidor pueda ejercitar derechos contra ella en aplicación del art. 15 LCC, haciendo caso omiso a sus peticiones; o porque se niega a restituir parte del precio del contrato financiado o algunas de las cuotas de amortización satisfechas por el consumidor, conforme debería hacerlo según se ha expuesto al abordar el régimen de liquidación de los dos contratos tras su resolución.

Es indudable que una entidad de crédito que actúe de ese modo está actuando de manera contraria a lo establecido en los arts. 14.2 o 15 LCC; está, por tanto, incumpliendo la citada ley. Y toda conducta que incumpla lo dispuesto en esta Ley constituye una infracción de con-

sumo (art. 39 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha). Así lo establece también la propia Ley 7/1995: “el incumplimiento de las disposiciones de esta Ley será sancionado como infracción en materia de consumo, aplicándosele lo dispuesto en la legislación específica sobre protección de consumidores y usuarios” (art. 5.I).

Pero la propia Ley 7/1995 establece una particularidad para el caso de que el infractor sea una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito. En tal caso, “las disposiciones contenidas en la presente Ley [Ley de Crédito al Consumo] constituirán normas de ordenación y disciplina” (art. 5.II LCC). Eso significa que su incumplimiento será sancionado según las previsiones de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. En efecto, según la letra e) del artículo 4 de la citada Ley, se considerará infracción muy grave “la realización de actos u operaciones prohibidas por normas de ordenación y disciplina, con rango de ley o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tengan un carácter meramente ocasional o aislado”, en cuyo caso serán calificadas como infracciones graves [art. 5.d) de la Ley]. Por lo tanto, el incumplimiento de las disposiciones de la LCC será considerado como infracción muy grave o grave, dando lugar a la imposición de las sanciones previstas en los arts. 9 y 10 de la citada Ley 26/1988. Por su parte, el art. 18 de esa Ley establece quiénes son competentes para instruir y sancionar, señalando que la instrucción de los expedientes corresponde al Banco de España, mientras que la imposición de las sanciones se atribuye al Banco de España (infracciones leves y graves) y al Ministro de Economía y Hacienda (infracciones muy graves).

En conclusión, si una entidad de crédito o un establecimiento financiero de crédito incumple alguno de los preceptos de la Ley 7/1995, ese incumplimiento no puede calificarse como infracción de consumo, de modo que la Administración Autónoma de Consumo no tiene competencias para iniciar un expediente administrativo sancionador contra la entidad de crédito por ese motivo.

B) La imposición de la “restitución de la cantidad indebidamente cobrada”.

En la petición de dictamen formulada al CESCO se pregunta si la Administración Autónoma de Consumo está habilitada para solicitar, con apoyo en el art. 44 del Estatuto del Consumidor de Castilla La Mancha, la devolución de las cantidades cobradas indebidamente.

El art. 44.1 del Estatuto del Consumidor establece que “toda infracción consistente en el cobro indebido de sobreprecio o cantidad obligará a la Administración a imponer la restitución de la cantidad indebidamente cobrada, si el consumidor lo requiere. Si el obligado a esta restitución no la llevara a cabo quedará expedita la vía judicial”.

No es ésta una sanción que pueda imponerse al infractor, sino una medida de restablecimiento de la legalidad, como acertadamente indica la rúbrica del mencionado art. 44. Para que proceda su imposición, deben concurrir tres presupuestos: i) que se cometa una infracción administrativa en materia de consumo, y se dice una resolución administrativa sancionadora; ii) que la infracción consista en el cobro indebido de precio o cantidad; iii) que sea solicitada por el consumidor (no cabe su imposición de oficio).

En el caso que nos ocupa no concurre el segundo requisito. En efecto, el infractor (gimnasio Onsen) no ha cobrado indebidamente sobreprecio o cantidad, sino que está obligado a restituir determinadas cantidades (parte del precio pagado) como consecuencia de la resolución del contrato. Por lo tanto, la Administración no puede imponer su restitución con apoyo en el precepto que ahora se comenta.

C) La exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada a su estado original.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que “las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario” (art. 130.2). En el ámbito del derecho de consumo, el Estatuto del Consumidor de Castilla La-Mancha no contiene una previsión similar. Pero el nuevo apartado 4 del art. 36 de la LGDCU (añadido por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) dispone que “en el procedimiento sancionador podrá exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original”.

En el caso que nos ocupa, ¿puede la Administración de Consumo exigir al gimnasio Onsen esta medida? Adviértase que la expresión utilizada por el legislador no tiene una fácil interpretación. ¿Qué significa “reponer la situación alterada a su estado original”? Hay supuestos en

los que una medida de este tipo tiene un sentido claro: por ejemplo, cuando se construye ilegalmente sobre el suelo, la “reposición” puede significar que el infractor debe destruir lo construido, dejando el suelo como estaba antes de la construcción. Pero, ¿permite esta medida que la resolución administrativa imponga al infractor la obligación del contrato en sus propios términos?, ¿por ejemplo, que se repare el bien con un defecto o se entregue otro sin defectos?

En el caso que nos ocupa, no parece posible utilizar la medida que ahora se analiza. Si tras el cierre del gimnasio el consumidor acude a la Administración de Consumo, solicitando que se le devuelva la parte del precio pagada correspondiente con servicios no prestados, no se está pretendiendo una “reposición” a la situación alterada, sino una correcta liquidación del contrato tras su resolución, que es cosa distinta.

D) La liquidación de daños causados a los consumidores en el procedimiento administrativo sancionador.

Por último, procede preguntarse si es posible la liquidación en el procedimiento administrativo sancionador de los daños causados a los particulares. Semejante pretensión está contemplada en el art. 44.2 del Estatuto del Consumidor de Castilla-La Mancha: “El particular afectado en sus derechos por la conducta constitutiva de infracción administrativa podrá pedir igualmente en el procedimiento sancionador la determinación de los daños sufridos. A tales efectos la Administración se inhibirá cuando conste, antes o durante el procedimiento, que una de las partes en conflicto ha interpuesto la correspondiente acción judicial para la defensa de sus derechos”. Además, el nuevo apartado 4 del art. 36 LGDCU, ya citado, dispone que conforme a lo dispuesto en el art. 130.2 de la Ley 30/1992, en el procedimiento administrativo sancionador podrá exigirse al infractor, “en su caso, la indemnización de daños y perjuicios probados causados al consumidor que serán determinados por el órgano competente para imponer la sanción, debiendo notificarse al infractor para que en el plazo de un mes proceda a su satisfacción, quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial”.

Para que la resolución administrativa fije los daños causados al consumidor, deben concurrir los siguientes presupuestos: i) que así lo solicite el consumidor; ii) que la conducta que provoca los daños constituya una infracción administrativa de consumo; iii) que el consumidor pruebe la cuantía de los daños que la infracción le ha causado.

En el caso que nos ocupa, es evidente que una petición con este contenido no puede formularse en el procedimiento administrativo contra la entidad de crédito que, en su caso, haya financiado el precio. Pues, como ya se ha apuntado, el incumplimiento por la entidad de crédito de la Ley 7/1995 no constituye una infracción de consumo. La cuestión se reconduce, por tanto, a si es posible formular una petición de este tipo cuando el infractor es el gimnasio Onsen. En concreto, se trata de averiguar si la resolución administrativa puede establecer que el gimnasio está obligado a restituir la parte del precio que corresponda a servicios no prestados (como consecuencia de la resolución del contrato).

Conviene señalar que una petición de este tipo no constituye en puridad la reclamación de daños y perjuicios. No es que el incumplimiento del gimnasio provoque unos daños al consumidor, sino que lo que éste reclama es la devolución de parte del precio tras la resolución del contrato. En cualquier caso, la expresión “daños” del art. 44.2 del Estatuto del Consumidor (o “daños y perjuicios” del art. 36.4 LGDCU) debe ser interpretada ampliamente, equivalente a cualquier consecuencia evaluable económicamente derivada de la infracción de consumo. Así entendida, la pretensión del consumidor sí podría calificarse como “daño” a los efectos de los preceptos que ahora se analizan.

Conforme a lo expuesto, puede afirmarse que el consumidor puede solicitar que la resolución administrativa indique la indemnización de daños causados por el gimnasio Onsen, y que dentro de esos daños cabe computar la parte del precio pagada que corresponde a servicios no prestados.

Lo cierto, sin embargo, es que la liquidación de daños en el procedimiento administrativo de consumo plantea importantes problemas que la normativa vigente no ha resuelto de manera conveniente. Por ejemplo, no se fijan las relaciones entre el procedimiento administrativo y, en su caso, el proceso civil que diriman ambas partes; únicamente se dispone que si antes o durante el procedimiento administrativo consta que una de las partes en conflicto ha interpuesto una acción judicial para la defensa de sus derechos, la Administración de Consumo se inhibirá. También surgen dificultades en relación con la cosa juzgada; pues lo resuelto en vía administrativa no vincula, en su caso, al juez civil que posteriormente conozca de esa misma cuestión litigiosa. Además, este modelo de liquidación sólo es posible si los costes adicionales del procedimiento administrativo los soportan las partes, y no la propia Administración; pero la ley no establece mecanismos que permitan conseguir ese fin. Por último, es evidente que un modelo de este tipo sólo

es posible si se emplean mayores recursos públicos (materiales y personales) para que la Administración puede llevar a cabo esta nueva tarea que supone liquidar los daños a los particulares en el marco del procedimiento administrativo sancionador.

NOTAS:

1 Manuel.Marin@uclm.es; www.uclm.es/profesorado/mjmarin

2 www.uclm.es/cesco

LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: PRINCIPALES NOVEDADES Y ASPECTOS PROBLEMÁTICOS

José Antonio Moreno Molina,

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN:

Se analizan en el trabajo los principales objetivos de la nueva Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que parten de la necesaria incorporación de la Directiva comunitaria 2004/18/CE pero llegan mucho más lejos al haber decidido el legislador español realizar una reforma integral de la normativa sobre contratación. Se critica en el texto la huida de los principios generales de la contratación pública por el mantenimiento en la Ley de procedimientos de contratación de carácter excepcional e incluso la fuerte elevación de los umbrales que permiten acudir a ellos. Son objeto de estudio la nueva estructura de la norma, la tipología de entidades y contratos, la diferente categorización de los contratos administrativos y privados, así como los procedimientos de adjudicación de los contratos.

INDICE

I.- Las razones de la aprobación de un nueva Ley de Contratos Públicos: la incorporación del Derecho comunitario en la materia.

II.- La decisión del legislador español de ir más allá de lo que exigía el Derecho europeo.

III.- La garantía de los principios generales de la contratación pública constituye el objeto y finalidad de la nueva Ley de Contratos. La contradictoria admisión de una amplia utilización de procedimien-

tos de contratación de carácter excepcional.

IV.- La nueva estructura y sus problemas de aplicación.

V.- Contenido principal de la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Ámbito subjetivo y objetivo.

VI.- Los procedimientos de adjudicación de los contratos en la LCSP: abierto, restringido, negociado y diálogo competitivo.

VII.- Los criterios de valoración para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa en la Ley de Contratos del Sector Público. La nueva terminología utilizada sustituye a los conceptos tradicionales de subasta y concurso. La limitación de la discrecionalidad para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa cuando se utilizan varios criterios.

VIII.- Las normas que deroga y modifica la Ley 30/2007.

I.- LAS RAZONES DE LA APROBACIÓN DE UNA NUEVA LEY DE CONTRATOS PÚBLICOS: LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO EN LA MATERIA.

La aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), responde a la obligatoria incorporación al Derecho español de la Directiva comunitaria 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, cuyo plazo de trasposición había transcurrido ampliamente al haber finalizado el 31 de enero de 2006. Esta Directiva, junto a la 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, refundió la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa con anterioridad en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos ¹.

Al igual que ocurrió con la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), la

adaptación de nuestro Derecho a las directivas y a la jurisprudencia comunitarias en materia de contratos públicos constituye ahora la causa directa e inmediata de la Ley que va a sustituir a la LCAP.

Y de la misma manera que con la LCAP no se logró la estabilidad en un sector del ordenamiento jurídico-público esencial para el adecuado funcionamiento de las Administraciones públicas así como para la eficaz prestación de servicios a los ciudadanos, se puede anticipar que con la LCSP tampoco se logrará.

Inmediatamente después de la aprobación de la Ley 13/1995 se empezaron a suceder numerosas reformas de la norma a través de Leyes como la 9/1996, de 15 de enero, por la que se adoptaron medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía; 11/1996, de 27 de diciembre, de Medidas de disciplina presupuestaria; 13/1996, de 30 de diciembre, 66/1997, de 30 de diciembre, 50/1998, de 30 de diciembre, 62/2003, de 30 de diciembre, todas ellas de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; 53/1999, de 28 de diciembre, que reformó más de la mitad de preceptos de la LCAP; 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas y 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Aspectos tan importantes como el ámbito subjetivo de aplicación de la legislación sobre contratación han dado lugar a reformas de la LCAP en 2003 (Ley 62/2003, de 30 diciembre), 2005 (Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo) y 2006 (Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007), pese a lo cual no se ha adaptado nuestro Derecho a las exigencias comunitarias en la materia (véanse las duras sentencias del TJCE contra España de 15 de mayo de 2003, 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005).

Pero la LCSP puede seguir un camino similar de reformas, pues a corto plazo resulta imprescindible aprobar un nuevo reglamento de ejecución de la Ley de Contratos que desarrolle las previsiones de la LCSP que remiten expresamente o necesitan un desarrollo reglamentario (vgr. el artículo 54.1 que regula la exigencia de clasificación a las empresas contratistas, sobre el que se ha pronunciado recientemente el Informe 37/2008, de 25 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, interpretando lo dispuesto por la disposición transitoria 5^a de la LCSP) y además sin el cual no podrán aplicar-

se. A ello hay que sumar que el Derecho europeo de los contratos públicos va a obligar a nuevas reformas: después de aprobarse la LCSP ya se han publicado en el DOUE la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos y el Reglamento (CE) nº 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007, por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que concierne a los umbrales de aplicación en los procedimientos de adjudicación de contratos. Y están en proceso de elaboración por las instituciones comunitarias directivas sobre los contratos de concesiones, sobre los contratos públicos de defensa ² y otra directiva –si bien ésta mucho más compleja por su objeto– sobre colaboración público-privada ³, sobre la que muy difícilmente se va a poder alcanzar un consenso comunitario por las diferentes posturas de los Estados miembros de la Unión al respecto.

II.- LA DECISIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL DE IR MÁS ALLÁ DE LO QUE EXIGÍA EL DERECHO EUROPEO.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público responde pues a la necesaria incorporación al ordenamiento interno de la Directiva 2004/18/CE. Ahora bien, pese a que se reconoce en el preámbulo de la LCSP el carácter tributario de la misma con respecto al Derecho europeo, inmediatamente –en el tercer párrafo del considerando I de la Exposición de motivos– se plantean por el legislador otros objetivos perseguidos con la nueva legislación que parece surgir como una iniciativa política “en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve”.

El legislador español podía haber optado por limitarse a una reforma del TRLCAP o a aprobar una nueva Ley de Contratos incorporando las previsiones que venían exigidas por el Derecho europeo. Sin

embargo, fue más ambicioso en sus objetivos y optó por una reforma integral de la normativa contractual pública.

Se ha pretendido así superar el limitado enfoque de la LCAP de 1995 dirigido a “los contratos que celebren las Administraciones Públicas” (artículo 1.1) y basado en la figura del contrato administrativo, para sustituirlo por una más amplia regulación de la actividad contractual de todo el sector público español.

De esta forma, la nueva Ley se diseña, desde su planteamiento inicial, teniendo en cuenta su aplicabilidad a todos los sujetos del sector público, lo que a juicio de la exposición de motivos de la norma (apartado II) permite dar una respuesta más adecuada a los problemas derivados de situar el régimen aplicable a los contratos no celebrados por Administraciones Públicas en un ámbito caracterizado por su indefinición, rasgo especialmente notorio en el caso de los contratos no sujetos a las directivas comunitarias. Así, la LCSP aproxima su ámbito de aplicación al de las normas comunitarias que incorpora al Derecho español, “incrementando la seguridad jurídica al eliminar remisiones imprecisas y clarificar las normas de aplicación, aumentando la eficiencia de la legislación al tomar en cuenta la configuración jurídica peculiar de cada destinatario para modular adecuadamente las reglas que le son aplicables”.

El nuevo enfoque en la legislación de contratos públicos gira en torno a dos puntos. En primer lugar, se pretende la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de la ley reguladora de los contratos públicos, construyendo desde el inicio la ley de contratación pública como una ley del sector público en el sentido más amplio posible y, en segundo lugar, se quiere con este nuevo planteamiento identificar nítidamente qué normas provienen de la regulación tradicional interna del contrato celebrado por Administraciones Públicas y cuáles tienen su origen en el Derecho comunitario: de esta forma, se acuña el concepto de “contratos sujetos a regulación armonizada” para designar a aquellos contratos que, por razón de la entidad contratante, su tipo y su cuantía se encuentran sujetos a las prescripciones comunitarias.

Ahora bien, mientras que para el Consejo de Estado la incorporación de la Directiva 2004/18/CE a la LCSP se ha realizado por el legislador de forma correcta en cuanto a técnica y contenido, además optando por la máxima aplicación de la norma europea (por ejemplo en todo lo que se refiere a la contratación electrónica, para la que la Directiva dejaba a la discrecionalidad de los países la incorporación o no de dis-

tintos procedimientos y trámites); sin embargo, en el resto de reformas, que no venían exigidas por el Derecho comunitario, se han planteado problemas y dificultades de interpretación y aplicación (véase el Dictamen del Consejo de Estado 514/2006, de 25 de mayo de 2006).

Pero a mi entender la LCSP tampoco ha incorporado adecuadamente todas las exigencias del Derecho comunitario de la contratación pública, en especial en lo que se refiere a la limitada regulación del recurso especial en el artículo 37 y en el tan flexible régimen de contratación aplicable a los poderes adjudicadores, cuando no celebran contratos sujetos a regulación armonizada, y a las restantes entidades del sector público establecido por los artículos 175 y 176 de la Ley.

Lo que es evidente es que la nueva Ley de Contratos es mucho más ambiciosa en sus objetivos que la mera incorporación del Derecho europeo y esta valentía es digna de elogio. Así la norma mejora sustancialmente aspectos de la legislación de contratos que en España no se habían abordado por conservadurismo respecto al modelo que se adopta desde la Ley de Contratos de 1965. Sin embargo, la opción legislativa comporta riesgos importantes que se han traducido en contradicciones, confusión de regímenes jurídicos, huída de la jurisdicción contencioso administrativa y problemas aplicativos y de manejo que comporta la nueva Ley –entre ellos, cabe destacar la dificultad de encontrar a lo largo de todo el texto de la LCSP las normas aplicables a los distintos contratos⁴.

En fin, si el extenso TRLCAP tenía, tras sus últimas reformas, 266 artículos y 16 disposiciones adicionales, la LCSP cuenta nada menos que con 309 artículos y 33 disposiciones adicionales.

III.- LA GARANTÍA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA CONSTITUYE EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS. LA CONTRADICTORIA ADMISIÓN DE UNA AMPLIA UTILIZACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE CARÁCTER EXCEPCIONAL.

En un marco impuesto por el Derecho comunitario europeo, la

nueva Ley española reconoce desde su artículo 1 que el fundamento de toda la normativa de contratación es el respeto de los principios generales de la contratación pública. La presente Ley, señala el precepto, tiene por objeto regular la contratación del sector público, “a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

El Tribunal Constitucional ya había señalado en su sentencia de 22 de abril de 1993 que la normativa básica en materia de contratación administrativa tiene principalmente por objeto proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones Públicas.

El Derecho comunitario ha impuesto desde la aprobación de sus primeras directivas de contratos públicos en los años 70, pero sobre todo de las aprobadas en los años 90, una nueva perspectiva desde la que contemplar toda la normativa española sobre la contratación pública. En efecto, el Derecho europeo persigue como objetivo básico asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada.

Ahora bien, la necesidad de respeto de los principios generales de la contratación pública se ve seriamente comprometida en la legislación de contratos por la existencia de procedimientos excepcionales, como el contrato menor y el procedimiento negociado, que los órganos de contratación españoles utilizan con un carácter general. La situación era ya muy preocupante con la vigencia del TRLCAP, pero se antoja peor todavía con la LCSP ya que la nueva Ley lleva a cabo un considerable aumento de los umbrales de utilización del procedimiento negociado y del contrato menor.

UMBRALES EN EUROS

(ENTRE PARÉNTESIS, LAS CUANTÍAS EN EL VIGENTE
TRLCAP)

	OBRAS	OTROS CONTRATOS
CONTRATOS MENORES (hasta)	50.000 (30.050)	18.000 (12.020)
NEGOCIADO SIN PUBLICIDAD (hasta)	200.000 (60.101)	60.000 (30.050; en ciertos suministros, 48.080)
NEGOCIADO CON PUBLICIDAD (hasta)	1.000.000 (nueva regulación)	100.000 (nueva regulación)
REGULACIÓN ARMONIZADA (desde)	5.150.000 (5.923.564)	133.000 (154.014) ó 206.000 (236.945)

Hay que recordar que en el Derecho comunitario de la contratación pública no se reconoce la figura del contrato menor, definida en la Ley española exclusivamente por la cuantía del contrato, ni tampoco se recogen dentro de los supuestos tasados de utilización del procedimiento negociado aquellos que permiten en la LCSP acudir a este procedimiento sólo por razón de su valor. El propio Tribunal europeo de Justicia ha calificado la celebración ilegal de contratos de adjudicación directa como la infracción «más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos», y se ha lamentado de que las Directivas sobre recursos en vigor (las Directivas 89/665 y 92/13) no permiten prevenir o corregir de manera eficaz las consecuencias de dicha ilegalidad. (STJCE de 11 de enero de 2005(Stadt Halle), apartado 37).

Se trata de uno de los problemas más graves de la contratación pública en España, que no ha sido solucionado por la nueva Ley. Desgraciadamente, todos los objetivos de la norma, recogidos ahora de forma destacada en el artículo 1 de la LCSP, quedan en entredicho si los órganos de contratación deciden –como hasta ahora vienen haciendo masivamente nuestras Administraciones, en especial las Corporaciones locales- utilizar la figura del contrato menor, seleccionando libremente al contratista.

Para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional va a resultar con la nueva Ley de Contratos adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda de 18.000 euros (las cifras que ahora permitirán acudir al contrato menor de acuerdo con el artículo 122.3 de la LCSP).

En este sentido, la Ley de Contratos ha desaprovechado la oportunidad de contemplar algún otro modelo de procedimiento simplificado de contratación que permitiera contratar sin merma del principio de libre competencia; como también ha vuelto a dejar pasar la oportunidad de afrontar por fin en la Ley básica la regulación de las peculiaridades de la contratación de las Entidades locales, a las que se sigue marginando en una disposición adicional de la LCSP y para las que muchos de los preceptos de la norma, pensados para la gran contratación de los Ministerios del Estado o Consejerías de fomento y obras públicas de las CCAA, no sirven y mucho menos se utilizan en la práctica.

¿Dónde queda en estos casos de utilización masiva del contrato menor el respeto de los principios generales de la contratación administrativa de libre competencia, igualdad y no discriminación? ¿Respetaría así nuestro ordenamiento jurídico un Derecho comunitario de los contratos públicos en el que la jurisprudencia europea -sentencia del TJCE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH- obliga a respetar los principios generales en todos los contratos celebrados por los poderes públicos, como ha aclarado también la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública ⁵?

IV.- LA NUEVA ESTRUCTURA Y SUS PROBLEMAS DE APLICACIÓN.

La LCSP parte de un cambio de estructura y así se aparta decididamente del sistema seguido en España en la materia desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, basado en una parte general, compuesta por normas aplicables a todos los contratos públicos (el Libro I del TRLCP), y una parte especial, en la que se recogen las peculiaridades de régimen jurídico de los contratos administrativos “típicos” (Libro II del TRLCAP). Así, la LCSP se estructura en base a un título preliminar que recoge unas disposiciones generales y cinco libros que se dedican, sucesivamente, a regular la configuración general de la contratación del sector público y los elementos estructurales de los contratos, la preparación de estos, contratos, la selección del contratista y la adjudicación de los contratos, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, y la organización administrativa para la gestión de la contratación.

Los artículos 1 a 21 de la Ley, integrantes del Título Preliminar, establecen los principios generales, el ámbito subjetivo y objetivo, y, sobre todo, sientan las claves y pautas que permitirán interpretar y aplicar la Ley: las 3 categorías de sujetos (Administraciones públicas, poderes adjudicadores y restantes entidades del sector público), los tipos (obras, suministros, servicios, gestión de servicios públicos y colaboración público-privada) y clases de contratos (administrativos y privados) y la definición de los denominados contratos sujetos a regulación armonizada.

La nueva estructura es, sin duda, uno de los aspectos más llamativos para los operadores jurídicos y económicos de la contratación pública.

La estructura adoptada presenta diversas ventajas respecto al sistema utilizado por la LCAP y el TRLCAP, como el adecuarse mejor a las distintas fases de la contratación pública ajustándose así más a la gestión administrativa de la contratación, un contenido de cada una de las divisiones primarias de la Ley (Libros) más homogéneo que en el TRLCAP y la eliminación de rúbricas imprecisas (por ejemplo, “actuaciones relativas a la contratación”: título III, Libro I del TRLCAP) que denotaban la existencia de divisiones estructuralmente mal configuradas ⁶. También se separan las disposiciones de carácter orgánico (sólo aplicables dentro del sector estatal) de las de carácter sustantivo (que,

en su mayoría, tienen carácter básico), con lo que se simplifica la identificación de las normas aplicables al conjunto de los niveles territoriales del Estado (pueden compararse al respecto la disposición final primera de la LCAP y la disposición final séptima de la LCSP).

La nueva Ley justifica también su nueva estructura por la necesidad de adecuación a la toma en consideración de un abanico más amplio de sujetos destinatarios, abordando de forma directa los problemas planteados por su sistema de contratación y abandonando el sistema de remisiones seguido hasta ahora (cfr. el tan problemático y tantas veces reformado artículo 2 y la disposición adicional sexta del TRLCAP).

Sin embargo, cabe señalar que la nueva estructura adoptada por la LCSP también plantea numerosos inconvenientes frente a la regulación anterior.

Empezando por la última justificación de la nueva estructura adoptada, la definición del ámbito de aplicación de la Ley es realmente confusa pues se basa en tres categorías de sujetos (poderes adjudicatarios, Administraciones públicas y resto de entes del sector público) de acuerdo a las cuales se distinguen varios niveles de sujeción a la misma, en función de criterios subjetivos y además de acuerdo a criterios de carácter objetivo, sobre todo las clases de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos, privados y contratos sujetos a regulación armonizada o no).

En la nueva Ley se hace también realmente difícil en ocasiones encontrar a lo largo de todo el articulado las normas aplicables a los distintos contratos, que hay que buscar entre los distintos Libros, Títulos, Capítulos y Secciones, saltando constantemente de unos a otros para localizar y poder aplicar los preceptos (para localizar las normas aplicables a cada uno de los distintos contratos típicos administrativos hay que acudir a preceptos del Título Preliminar, de los Libros I a V y de las distintas disposiciones adicionales, transitorias y finales).

Existen además una cantidad desproporcionada de disposiciones adicionales, hasta 33, muchas de las cuales deberían haberse incluido en el articulado por regular aspectos trascendentes de la contratación (normas específicas de contratación de las Entidades Locales –adicional 2ª, cuyo contenido merece ciertamente una valoración positiva frente a la regulación anterior, si bien la relevancia cuantitativa y cualitativa de la actividad y los sujetos a los que se dirige exigían por fin ser destacadas

en el artículo de la Ley de Contratos-; uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación) o por afectar a cuestiones de carácter general (cómputos de plazos, régimen de contratación de los órganos constitucionales del Estado y de los órganos legislativos y de control autonómicos, contratación en el extranjero, terminación convencional de procedimientos, protección de datos de carácter personal –tan importante ahora con la mayor utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos que propone la LCSP en los procedimientos de contratación-).

V.- CONTENIDO PRINCIPAL DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO.

Como aspecto más destacable de la nueva Ley merece destacarse la referencia desde el pórtico de la norma –artículo 1- a los principios generales de la contratación pública, entre ellos destacadamente el de igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y transparencia, y novedosamente el de confidencialidad. En la necesidad de respeto de los principios generales de la contratación administrativa se insiste por la nueva Ley de forma hasta reiterativa y redundante: la lectura de los preceptos sobre la adjudicación de los contratos (Libro III) o de las normas reguladoras del uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos de contratación (disposición adicional 19) bastará para comprobarlo.

Una de las claves para la comprensión de la nueva Ley de Contratos del Sector Público radica sin duda en la tipología de las entidades contratantes. Según la categoría de que se trate tendrán que aplicar la Ley con diferentes niveles de intensidad y según sus regímenes contractuales. La LCSP combina para la determinación de estos diferentes niveles de aplicación de la norma criterios subjetivos (hay 3 categorías dentro de las entidades del sector público: las Administraciones Públicas, los poderes adjudicadores que no tienen el carácter de Administraciones Públicas y los restantes entes del sector público) con criterios objetivos, entre los cuales destacan sobre todo la nueva categoría de contratos sujetos a regulación armonizada y las clases de contratos que recoge la Ley (típicos, administrativos, mixtos y privados, entre

los que cabe distinguir a su vez dos categorías diferentes: los contratos privados de las Administraciones públicas y los contratos privados celebrados por el resto de entidades y organismos que para la LCSP no tienen la consideración de Administraciones (artículo 20.1 LCSP).

Pues bien, en la tipología de entidades y de contratos se apoya toda la estructura de la Ley.

El artículo 3.1 de la nueva Ley delimita de forma amplia los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y que quedan sujetos por tanto a la normativa de contratación. La enumeración de estos sujetos responde a la definición de sector público contenida en el artículo 2.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con las necesarias adaptaciones de redacción para permitir la extrapolación de las categorías a los niveles autonómico y local. Además, se ha incluido una mención expresa a las Universidades Públicas y a los denominados “reguladores independientes”, con el fin de despejar posibles dudas (artículo 3.1.c)].

Es importante destacar que el precepto incluye una cláusula de cierre del ámbito subjetivo de aplicación de la norma, que es la definición de “organismo de Derecho público” basada en el artículo 1.9, párrafos tercero a quinto, de la Directiva 2004/18/CE: “Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia” (letra h) del artículo 3.1).

La LCSP también acuña, incorporando la terminología comunitaria, el concepto de poder adjudicador, que identifica en el apartado 3 del artículo 3 considerando como tales a los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo

con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Pero la LCSP sujeta también a su regulación, porque así lo exigen las directivas europeas sobre contratación pública, determinados contratos celebrados por sujetos no pertenecientes al sector público, como son los contratos de obras y servicios subvencionados e una parte relevante de su importe por entidades del sector público sujetas a la Directiva 2004/18/CE, definidos en el artículo 17, y los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas, regulados en el artículo 250 de la LCSP.

La conexión con el sector público que se produce por la existencia de una financiación pública relevante o de la relación jurídica de concesión de obra pública antecedente, justifica su asimilación a los contratos del sector público y su regulación en el articulado de la propia Ley.

La Ley 30/2007 mantiene las categorías tradicionales en nuestro Derecho –pero que no se conocen en las Directivas comunitarias- de contratos administrativos y contratos privados de la Administración, así como la dualidad de regímenes jurídicos (de Derecho administrativo y de Derecho privado) para los contratos del sector público, precisando los supuestos en que se aplica uno u otro y las normas por las que se rigen.

Sin embargo, la regulación introduce una novedosa configuración de las categorías ya que la figura de los contratos administrativos se reserva exclusivamente a los celebrados por las Administraciones Públicas. Para todos los entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administración Pública (que define el apartado 2 del artículo 3 de la LCSP), los contratos que celebren se considerarán contratos privados (artículo 20.1).

Por ello, cuando los artículos 5 a 12 de la Ley de Contratos del Sector Público se ocupan de la delimitación de los tipos contractuales y definen, de acuerdo con la Directiva 2004/18, los distintos contratos (obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y el sector priva-

do) ya no se hace alusión a los contratos administrativos como hacía el artículo 5 del TRLCAP (“son contratos administrativos aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos...”, letra a) del apartado 2 del artículo 5). Ahora se definen los tipos contractuales, que luego podrán dar lugar a contratos administrativos o a contratos privados.

En lo que se refiere a las Administraciones Públicas, la regulación sigue a la del TRLCAP, aunque se precisa la definición de los contratos privados cuya categoría se pretende ampliar. En este sentido se atribuye expresamente carácter privado a los contratos de suscripción a revistas, publicaciones y acceso a bases de datos ⁷.

En relación con los contratos administrativos, el artículo 19 de la Ley precisa que tendrán tal carácter los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

Resulta muy criticable la huída de la jurisdicción contencioso administrativa que plantea el apartado 2 del artículo 21 de la nueva Ley de Contratos cuando establece que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada (en un contrato de obras públicas de 5.000.000 de euros los litigios sobre la adjudicación serían conocidos por la jurisdicción civil, mientras que si el contrato tiene una

valor de 5.300.000 euros el recurso contra su adjudicación sería conocido por la jurisdicción contencioso administrativa). En consecuencia, con la nueva Ley de Contratos de los actos de preparación y adjudicación de los contratos de las restantes entidades del sector público conocerá la jurisdicción civil.

La nueva Ley de Contratos crea también la categoría de los contratos sujetos a regulación armonizada, que incluye a los contratos que superen los umbrales previstos por la Directiva 2004/18/CE. Con la positivación de esta categoría se pretende por el legislador español permitir la modulación de la aplicabilidad de las normas de la Directiva a los diferentes contratos del sector público, restringiéndola, cuando así se estime conveniente, solo a los casos exigidos por las disposiciones comunitarias.

De la misma forma, y por exclusión, el concepto también sirve para definir el conjunto de contratos respecto de los cuales el legislador nacional tiene plena libertad en cuanto a la configuración de su régimen jurídico.

Como señala la exposición de motivos de la LCSP, la identificación de estos contratos se ajusta a lo establecido en la Directiva, con las siguientes matizaciones: por una parte, y en minoración de la caracterización de la norma comunitaria, el concepto no incluye, por economía normativa y simplicidad de redacción, los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del anexo II ⁸, a los que la disposición comunitaria declara aplicables solo las normas sobre establecimiento de prescripciones técnicas y publicidad de las adjudicaciones: en la medida en que el ámbito de la exención supera con mucho al de la sujeción, se ha optado por dejarlos fuera de la categoría de “contratos sujetos a regulación armonizada” y establecer su sometimiento a las mismas reglas que éstos en los lugares pertinentes de la ley (artículos 104.1 -información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo- y 138.3 -referido a la publicidad de la adjudicación en los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II); por otra parte, y como prescripción extensiva respecto del derecho comunitario que no ha abordado todavía su regulación, se califican como contratos sujetos a regulación armonizada, en todo caso, a los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, en atención a su complejidad, cuantía, y peculiar configuración.

La propia Ley de Contratos ofrece una lista negativa de contratos que no se consideran sujetos a regulación armonizada, cualquiera

que sea su valor estimado:

a) Los que tengan por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, por parte de los organismos de radiodifusión, así como los relativos al tiempo de radiodifusión.

b) Los de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que sus resultados no se reserven para su utilización exclusiva por éste en el ejercicio de su actividad propia.

c) Los incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que se concluyan en el sector de la defensa.

d) Los declarados secretos o reservados, o aquéllos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado. La declaración de secreto deberá hacerse, de forma expresa en cada caso, por el titular del Departamento ministerial del que dependa el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas, o por el órgano al que esté atribuida la competencia para celebrar el correspondiente contrato en las Entidades locales. La competencia para efectuar esta declaración no será susceptible de delegación, salvo que una ley expresamente lo autorice.

e) Aquellos cuyo objeto principal sea permitir a los órganos de contratación la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro al público de uno o más servicios de telecomunicaciones.

Por otra parte, la LCSP se aplica a todos los contratos celebrados por los sujetos pertenecientes al sector público que se definen en el artículo 3, exceptuados los supuestos que se enumeran en el artículo 4.

Los supuestos de negocios y relaciones jurídicas excluidas (la rúbrica del artículo 4 LCSP, como lo era la del artículo 3 del TRLCAP, es más imprecisa técnicamente al hacer referencia a “negocios y contratos excluidos”), se recogen por la LCSP de forma similar, en líneas gene-

rales, a la regulación que hacía el TRLCAP, con las principales novedades de la definición de los convenios de colaboración (letra c), de la exclusión de los supuestos en los que una entidad del sector público es la que realiza la prestación objeto del contrato (letra m), de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recogida en relación con los denominados “contratos in house providing” (letra n), de la exclusión del ámbito de la ley de los negocios regulados en la legislación patrimonial, los cuales, frente al TRLCAP, se considera preferible extraerlos por completo de la legislación de contratos (letra o), salvo la posible utilización de los principios de la ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (artículo 4.2), considerando su completa regulación en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y la nueva letra q), que, en línea con lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, deja fuera de la Ley los contratos de servicios y suministro celebrados por los Organismos Públicos de Investigación estatales y los Organismos similares de las Comunidades Autónomas que tengan por objeto prestaciones o productos necesarios para la ejecución de proyectos de investigación, desarrollo e innovación tecnológica o servicios técnicos, cuando la presentación y obtención de resultados derivados de los mismos esté ligada a retornos científicos, tecnológicos o industriales susceptibles de incorporarse al tráfico jurídico y su realización haya sido encomendada a equipos de investigación del Organismo mediante procesos de concurrencia competitiva.

Muchos de los supuestos del artículo 4 de la Ley 30/2007 recogen exclusiones contempladas en los artículos 12 a 18 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidas de la aplicación de la Ley de Contratos se regularán por sus normas especiales, si bien se aplicarán los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse, como expresamente señala el apartado 2 del artículo 4 de esta norma.

Por lo demás, la norma introduce novedades para el impulso de la productividad como la supresión de barreras de entrada y la reducción en los costes para los licitadores. Entre otras cosas, la garantía provisional del 2% del presupuesto de licitación deja de ser preceptiva y la presentación de documentación previa a la adjudicación se limita a un certificado del registro de licitadores.

Además, se incorporan nuevas figuras para la adjudicación de contratos como el nuevo contrato típico de colaboración público-privada, que permite el reparto de riesgos entre la Administración y el contratista y que la financiación sea anticipada por el sector privado (este nuevo tipo contractual se incorpora a la legislación española a pesar de que la Directiva comunitaria en la materia todavía no ha sido aprobada y difícilmente lo va a ser a corto o medio plazo de acuerdo a su tramitación actual).

De acuerdo con la Directiva 2004/18/CE, la LCSP pretende ser una apuesta decidida por la contratación electrónica –lo que al final se queda más en declaración de intenciones que en realidad- y crea el marco legal inicial para el desarrollo de la contratación electrónica, establece normas sobre los medios de comunicación y define la equivalencia entre documentos escritos y electrónicos. Además, asume la utilización de internet para publicitar la programación del órgano de contratación, con valor legal y consecuencias en la reducción de plazos y crea una plataforma de contratación del Estado donde se accederá a la publicidad con valor indicativo y valor legal, se tramitarán las solicitudes de registro y de clasificación y se obtendrán los certificados correspondientes. Esta plataforma proporcionará otros servicios como licitación y contratación centralizada, registro público de contratos, arquitectura de componentes para desarrollo de aplicaciones interoperables de contratación y provisión de aplicaciones específicas.

Asimismo, la nueva Ley permite la introducción de criterios de naturaleza social y medioambiental en las condiciones de ejecución del contrato como combatir el paro, promover el empleo de las personas con especiales dificultades de inserción, eliminar las desigualdades entre sexos, facilitar la formación profesional y cumplir con las condiciones de carácter medioambiental. El incumplimiento de estas condiciones dará lugar a la resolución del contrato o a penalizaciones económicas proporcionadas al incumplimiento, al considerarse estas condiciones de tipo social o medioambiental como obligaciones esenciales del contrato.

VI.- LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN LA LCSP: ABIERTO, RESTRINGIDO, NEGOCIADO Y DIÁLOGO COMPETITIVO.

Al igual que hacía el TRLCAP, la LCSP regula los procedimientos de adjudicación de los contratos sobre la base de las categorías comunitarias de procedimientos abiertos, restringidos y negociados. Ahora bien, dado que la Directiva 2004/18/CE introduce una nueva figura, el diálogo competitivo, la legislación española también lo hace, regulando este procedimiento en los artículos 163 a 167 de la Ley 30/2007.

Para los órganos de contratación, los procedimientos de utilización ordinaria son el procedimiento abierto y el restringido, de acuerdo con el artículo 122 de la Ley de Contratos. Por el contrario, son de utilización excepcional los procedimientos negociado –que sólo se puede utilizar en los supuestos enumerados en los artículos 154 a 159- y de diálogo competitivo –al que podrá recurrirse en los casos previstos en el artículo 164 LCSP-.

Pero la Ley contempla otro procedimiento de carácter excepcional, aunque no lo denomine expresamente así. Se trata del correspondiente a los contratos menores, que podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación (artículo 122.3).

Tanto en los procedimientos abiertos como en los restringidos podrá articularse un trámite de subasta electrónica, para la mejora de proposiciones (art. 132.1 LCSP: “A efectos de la adjudicación del contrato podrá celebrarse una subasta electrónica, articulada como un proceso iterativo, que tiene lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, para la presentación de mejoras en los precios o de nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas que las mejoren en su conjunto, basado en un dispositivo electrónico que permita su clasificación a través de métodos de evaluación automáticos”).

Una de las principales novedades de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 fue la completa reestructuración que llevó a cabo de los procedimientos de adjudicación de los contratos, basándose para ello en el régimen establecido por las

Directivas comunitarias.

Sin embargo, como bien advierte la Memoria del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en la LCAP la regulación de los “procedimientos de adjudicación” se estructuraba, en realidad, en torno a lo que esta norma denominaba “formas de adjudicación” -subasta y concurso- y al “procedimiento de adjudicación” (en sentido estricto) negociado (artículo 75); dentro de las formas de adjudicación (subasta y concurso), reguladas en detalle en la Ley, se insertaban los procedimientos de adjudicación (abierto y restringido), a cuyo régimen jurídico se dedicaban únicamente dos apartados en el artículo 73. Este sistema intentaba mantener nuestra regulación tradicional e insertar en ella las nuevas exigencias derivadas de las normas comunitarias, pero planteaba un enfoque muy distinto al de las Directivas, en las que la regulación gira entorno al procedimiento y no alrededor de los criterios de adjudicación.

En cuanto al diálogo competitivo como nuevo procedimiento de adjudicación, hay que destacar que la necesidad de hacer más flexibles los procedimientos de adjudicación ha sido una preocupación constante del Derecho comunitario. Como señaló la Comunicación de la Comisión de 11 de marzo de 1998 (“La contratación Pública en la Unión Europea”): “en los contratos especialmente complejos y en constante evolución, como por ejemplo en el ámbito de la alta tecnología, los compradores saben cuál son sus necesidades pero no saben previamente cuál es la mejor técnica para satisfacerlas. En consecuencia, en estos casos resulta necesaria una discusión del contrato y un diálogo entre compradores y proveedores (...) Los procedimientos de derecho común previstos por las Directivas ‘clásicas’ sólo dejan un margen muy reducido para la discusión a lo largo del procedimiento de adjudicación, por lo que son considerandos como demasiado rígidos para este tipo de actuaciones”

La Directiva 2004/18/CE introduce la figura del diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación. En su considerando 30, explica los supuestos para los que este procedimiento está concebido: cuando a los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado (lo que ejemplifica “en la ejecución de importantes infraestructuras de transporte integrado, de redes informáticas de gran tamaño o de proyectos que requieran financiación compleja y estructurada”) y siempre “que la utilización de procedimientos

abiertos o restringidos no permita la adjudicación de dichos contratos”. Señala también la cautela esencial que deberá observarse, de manera que el recurso a este procedimiento no restrinja o falsee la competencia, “especialmente mediante modificaciones de elementos fundamentales de las ofertas o imponiendo nuevos elementos sustanciales al licitador seleccionado, o implicando a un licitador distinto del que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa.

La transposición que efectúa la LCSP sigue la caracterización del procedimiento de la Directiva.

La delimitación de los supuestos de aplicación se hace en el artículo 164. Los apartados 1 y 2 recogen los supuestos, en que podrá utilizarse el diálogo competitivo, de “contratos particularmente complejos” y siempre que “el órgano de contratación considere que el procedimiento abierto o restringido no permite una adecuada adjudicación del contrato”. El apartado 3 establece que los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se adjudicarán siempre por este procedimiento (norma que, como todo lo relativo al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, no deriva de la transposición de la Directiva 2004/18).

VII.- LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN PARA SELECCIONAR LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. LA NUEVA TERMINOLOGÍA UTILIZADA SUSTITUYE A LOS CONCEPTOS TRADICIONALES DE SUBASTA Y CONCURSO. LA LIMITACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD PARA LA DETERMINACIÓN DE LA OFERTA ECONÓMICAMENTE MÁS VENTAJOSA CUANDO SE UTILIZAN VARIOS CRITERIOS.

La nueva Ley abandona la tradicional terminología española de subasta y concurso y opta por introducir la terminología comunitaria europea de oferta económica más ventajosa. De acuerdo con la adaptación terminológica al Derecho comunitario el procedimiento abierto o restringido cuyo único criterio de adjudicación es el precio más bajo, será el equivalente a la subasta (el término subasta se va a reservar

ahora a las subastas electrónicas) y los procedimientos abiertos o restringidos donde se consideran varios criterios de selección operan en el texto igual que el concurso.

Pues bien, para seleccionar la oferta económicamente más ventajosa, el órgano de contratación puede atender a un único criterio de valoración (el precio) o a varios. En los supuestos en que se atiende a varios criterios, se introducen elementos correctivos de la discrecionalidad para buscar la mayor objetividad y automatismo posible en la valoración.

El artículo 134 de la Ley de Contratos establece así que “para la valoración de las proposiciones y determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la asunción del compromiso de mantener éste invariable como precio cerrado, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.

Siguiendo a la Directiva 2004/18/CE, entre los criterios de adjudicación del contrato la nueva LCSP incluye expresamente los medioambientales. Ahora bien, el artículo 134 de la Ley incluye, junto a los criterios medioambientales, los criterios sociales, diferenciándose en este punto de la Directiva 2004/18, en cuyo artículo 53.1 no se incluyen como posibles criterios de adjudicación los sociales, que están sólo contemplados en un considerando (el número 46).

Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo.

En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto

del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos, de tal forma que dispone el apartado 2 del artículo 134 de la LCSP que cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor una ponderación superior a la correspondiente a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas, deberá constituirse un comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formado por expertos no integrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponderá realizar la evaluación de las ofertas conforme a esos criterios de apreciación subjetiva, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

Resulta muy llamativa la desconfianza del legislador en las mesas y órganos de contratación de las Administraciones públicas, cuya discrecionalidad se intenta reducir al obligarles a constituir un comité especial, mientras que esta exigencia no se contempla para la adjudicación de los contratos sujetos a regulación armonizada por parte de los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administraciones públicas (véase la letra a) del apartado 1 del artículo 174 de la LCSP).

VIII.- LAS NORMAS QUE DEROGA Y MODIFICA LA LEY 30/2007.

La Disposición derogatoria única de la LCSP declara derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a la Ley y, en particular, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Tras la entrada en vigor de la LCSP, ha quedado pues derogado el TRLCAP ⁹. Sin embargo, la nueva Ley de Contratos no ha derogado el Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive. Se trata de preceptos relativos a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública (emisión de títulos por el concesionario, hipoteca de la concesión y créditos participativos).

Hay que recordar que la Ley 13/2003, de 23 de mayo, optó por insertar la regulación específica del contrato de concesión de obras públicas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siguiendo el criterio sostenido por el Consejo de Estado ¹⁰. En su virtud, se introdujo, en la regulación de los distintos tipos de contratos administrativos del libro II, un nuevo título V “Del contrato de concesión de obras públicas”, que recogía el régimen jurídico de este contrato, ahora ya típico, atendiendo a las singularidades que presenta y en la línea de la tradición del derecho español. El nuevo título ha pasado a la LCSP, salvo los artículos 253 a 260, que sorprendentemente y de forma que atenta al principio de seguridad jurídica no deroga la nueva Ley de Contratos por lo que son los únicos preceptos del TRLCAP que se mantienen vigentes ¹¹.

En la disposición final décima encontramos el motivo por el que el legislador mantiene vigentes estos preceptos del TRLCAP. Es esta disposición se contempla el siguiente mandato de presentación de un proyecto normativo:

“En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación”.

En relación con la legislación local, la LCSP deroga de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los siguientes artículos o partes de los mismos: artículo 21, apartado 1, la letra ñ) y la letra p); artículo 22, apartado 1, la letra n) y la letra o); artículo 33, apartado 2, la letra l) y la letra n); artículo 34, apartado 1, la letra k) y la letra m); artículo 88 y artículo 127, apartado 1, la letra f). De esta misma norma se modifica el apartado 2 del artículo 85, referido a las formas de gestión de los servicios públicos locales.

A su vez, del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, la LCSP deroga los siguientes artículos o partes de los mismos: artículo 23.1, letras a) y c); artículo 24, letra c); artículo 28.1, letras c) y d); artículo 29, letra b); artículo 89, 95.2, 112, 113, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124 y 125.

También deroga la LCSP el párrafo e) del artículo 95 del texto

refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio; el artículo 147 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y el artículo 88 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Por lo que se refiere a modificaciones de otras normas, la disposición final segunda de la LCSP afecta al segundo párrafo del apartado 2 del artículo 47 de la Ley 47/2003, de 23 de noviembre, General Presupuestaria, que queda redactado en los siguientes términos:

“En los contratos de obra de carácter plurianual, con excepción de los realizados bajo la modalidad de abono total del precio, se efectuará una retención adicional de crédito del 10 por 100 del importe de adjudicación, en el momento en que ésta se realice. Esta retención se aplicará al ejercicio en que finalice el plazo fijado en el contrato para la terminación de la obra o al siguiente, según el momento en que se prevea realizar el pago de la certificación final. Estas retenciones computarán dentro de los porcentajes establecidos en este artículo.”

También se modifica la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, en cuanto a la regulación de las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión y con independencia de que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato tengan o no por deudor a una Administración Pública.

La disposición final cuarta de la LCSP modifica también la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en concreto el apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley.

Por último, el artículo 22.3.b) de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario, queda redactado por la LCSP como sigue:

“El administrador de infraestructuras ferroviarias tramitará los expedientes de contratación relativos a la construcción o modificación de las infraestructuras ferroviarias y será competente para seleccionar al contratista al que se encomiende la ejecución del contrato, ajustando su actividad a las normas establecidas para las Administraciones Públicas en la Ley de Contratos del Sector Público.”

NOTAS:

1 Las disposiciones de las Directivas de contratos públicos de 2004, que se publicaron en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 30 de abril de 2004 (serie L 134-1), son el resultado del debate lanzado por el Libro Verde sobre los contratos públicos adoptado por la Comisión el 27 de noviembre de 1996, y persiguen un triple objetivo de modernización, simplificación y mayor flexibilidad del marco jurídico que existe sobre este tema: modernización para tener en cuenta nuevas tecnologías y las modificaciones del entorno económico; simplificación para que los textos sean más fácilmente comprensibles para los usuarios; y flexibilidad de los procedimientos para responder a las necesidades de los compradores públicos y operadores económicos.

2 Véase el Libro verde: “Los contratos públicos de defensa” (COM/2004/0608 final).

3 Ver el Libro Verde de la Comisión sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones [COM (2004) 327 final], la Comunicación de la Comisión dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM(2005) 569 final) sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, y el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones» (2007/C 51/05).

4 Por ejemplo, para analizar el régimen jurídico del contrato de colaboración público-privada tenemos que acudir a preceptos ubicados en el Título Preliminar (artículos 11, 13, 19 y 21), Libro I (artículos 24, 29, 37 y 68), Libro II (artículos 118 a 210), Libro III (artículos 163 a 167), Libro IV (artículos 199, 289 y 290), Libro V (artículo 296) e incluso le afecta la disposición final décima de la nueva Ley que establece que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación.

5 Diario Oficial nº C 179 de 01/08/2006.

6 Por ejemplo, los apartados 2 y 3 del artículo 8 del TRLCAP, modificados por la Ley de reforma de la LCAP de 1999, presentan un contenido asistemático con todos los demás preceptos incluidos en el Capítulo I del Título I del TRLCAP, al regular cuestiones que se tratan con carácter general en otros capítulos del Título I de la Ley.

7 La disposición adicional duodécima de la LCSP prevé unas normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones. En concreto, establece que la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevenida en las condiciones que

rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

8 Se trata de los servicios de hostelería y restaurante, de transporte por ferrocarril, de transporte fluvial y marítimo, de transporte complementarios y auxiliares, servicios jurídicos, servicios de colocación y suministro de personal, servicios de investigación y seguridad -excepto servicios de furgones blindados-, servicios de educación y formación profesional, servicios sociales y de salud, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos y “otros servicios”.

9 Frente al plazo de seis meses desde su publicación en el “Boletín Oficial del Estado” para la entrada en vigor de la norma que contempla la Disposición final duodécima de la LCSP, las reglas sobre los sujetos entraron en vigor al día siguiente al de la publicación (disposición transitoria séptima de la LCSP).

10 Véase el dictamen del Consejo de Estado nº 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas.

11 Se muestra crítica con el mantenimiento de la vigencia de estos artículo del TRLCAP CHINCHILLA MARÍN, C., “El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado”, REDA 132 (2006), pág. 610.

LICENCIAS URBANÍSTICAS PARA ACTIVIDADES AGROFORESTALES: UNA VISIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

J.M. Roncero, M. Andrés, J.E. Pardo

Escuela Técnica Superior de Ingenieros Agrónomos (ETSIA),
Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM),

RESUMEN

El objetivo principal de este trabajo ha consistido en analizar las principales normas en materia de urbanismo y ordenación del territorio y su incidencia en las actividades y proyectos agroforestales, 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.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Normativa urbanística. 3. Condicionantes para la ubicación de proyectos. 3.1. Condicionantes urbanísticos. 3.2. Condicionantes medioambientales. 4. Licencias urbanísticas. 4.1. Comunicación previa. 4.2. Licencia de obra. 4.3. Calificación urbanística. 5. Coordinación de las licencias urbanísticas con otras licencias ambientales. 6. Bibliografía y Normativa.

1. INTRODUCCIÓN

Es una circunstancia muy frecuente que las actividades y proyectos agroforestales se desarrollen en suelo rural, por la naturaleza intrín-

seca de los mismos o por exigencias legales (distancias mínimas que se deben respetar a núcleos urbanos). El Medio Ambiente se encuentra estrechamente vinculado con la ordenación del territorio y el urbanismo al materializarse gran parte de la normativa protectora del primero sobre el suelo, elemento sustancial del territorio (Velasco, 2006).

La protección del espacio natural, entendido éste desde una perspectiva amplia, como todo aquél que no está urbanizado, es decir, que no ha sido sometido a un proceso de creación de núcleo de población: ciudad, pueblo, aldea, etc., ha sido y es objeto de atención desde hace décadas de otra importante disciplina jurídica, como es el Derecho urbanístico, que frecuentemente confluye con el Derecho medioambiental a la hora de ordenar el suelo rústico. La propia exposición de motivos de la Ley 8/2007 indica que, entre otros derechos constitucionales afectados por el urbanismo, se encuentra el derecho a un Medio Ambiente adecuado y en su artículo 2 introduce el Desarrollo Sostenible como principio que regirá a la hora de elaborar las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo.

En el Derecho urbanístico, la clasificación del suelo, esto es, la división territorial del suelo en función de la clase a que pertenezca según el planeamiento urbanístico es “una técnica de atribución a la propiedad del suelo de contenido en aprovechamiento urbanístico” (García de Enterría y Parejo, 1981). La clasificación y, en su caso, la calificación urbanísticas del suelo vinculan los terrenos y las construcciones o edificaciones a los correspondientes destinos y usos y definen la función social de los mismos, delimitando el contenido del derecho de propiedad (Malagón, 2004).

Por otra parte, y en sentido contrario, también desde el derecho ambiental existen muestras de integración de los condicionantes urbanísticos en los procedimientos autorizatorios. Así pues, el Decreto 2414/1961 por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), tiene por objeto asegurar que la instalación, la apertura y el funcionamiento de los establecimientos industriales y mercantiles y, en general, de todas las actividades de construcción, reforma o adaptación de locales, implantación de instalaciones y servicios, reúnan las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad establecidas en las normas de policía ambiental y en el planeamiento urbanístico aplicables a las mismas, con objeto de evitar que las actividades oficiales o particulares, públicas o privadas produzcan incomodidades, alteren las condiciones de salubridad e

higiene del Medio Ambiente y ocasionen daños a las riquezas o impliquen riesgos graves para las personas o bienes (art. 1), mediante un tratamiento de las actividades integrador.

Sin embargo, es necesario indicar que el procedimiento de otorgamiento de licencias previsto en el RAMINP tampoco se aplica a todo tipo de actividades, ya que, en algunos casos, está sustituido por el correspondiente a la Autorización Ambiental Integrada (AAI). La Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación creó esta nueva figura autonómica de intervención ambiental que ha venido a sustituir, en algunos casos, a las autorizaciones ambientales existentes hasta ese momento, como son las que contempla el RAMINP en su vertiente medioambiental.

Las nuevas normas ambientales no sólo han introducido mayores exigencias ambientales, sino que han establecido sistemas de autorización administrativa diferentes, con distinto régimen jurídico y competencial, que operan por lo general de forma concurrente. Y puesto que cualquier proyecto de cierta envergadura va a necesitar licencia urbanística, resulta de especial interés conocer en qué medida concurren y/o se integran las licencias urbanísticas con otras licencias y permisos ambientales para evitar que la multiplicidad de procedimientos que hay para cada licencia o permiso que intervienen en la legalización de una actividad se conviertan en un verdadero laberinto y que en el peor de los casos no tenga salida.

El objeto de este trabajo será, analizar entre las principales normas en materia de urbanismo y ordenación del territorio, cual es su incidencia en las actividades y proyectos agroforestales, en un doble sentido; por una parte, indicando las licencias y autorizaciones necesarias en cada caso y como integrarlas en el proceso autorizador de una actividad, que puede precisar de otras autorizaciones ambientales y sustantivas, 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 como se articula con el sistema general estatal o que aporta cierta originalidad.

Los actos urbanísticos están sometidos a control previo de legalidad que se ejerce por parte de la administración a través de las diferentes autorizaciones urbanísticas.

Dentro del término autorización se comprenden figuras afines, tales como licencias, permisos, habilitación, dispensas, inscripciones, etc., que son conceptos que definen la intervención administrativa atendiendo a situaciones diversas (Cano, 1999).

Según González (1999) podemos señalar las siguientes notas que caracterizan la naturaleza jurídica de las licencias:

- La licencia es un acto reglado de debido cumplimiento. La administración competente habrá de ajustarse a las normas en el doble sentido de tener que denegar las licencias que se opongan a tales disposiciones y tener que conceder las que a los mismos se acomodan (Sentencias del Tribunal Supremo -SSTS- de 08.07.89 y 07.10.86). Así pues, la Administración no es libre para decidir si otorga o no una licencia, su competencia es reglada en este particular y las leyes y reglamentos le indican cuándo debe otorgarla y cuándo debe denegarla (SSTS de 01.03.75, 13.11.80, 27.01.90, etc.). Asimismo, la jurisprudencia ha destacado dos consecuencias que se desprenden del carácter reglado de las licencias: la prohibición de desnaturalizar el carácter reglado de las licencias mediante la imposición de restricciones discrecionales y la configuración de la licencia como un acto debido no susceptible de negociación (SSTS 24.03.75, 08.11.72, etc.). En cuanto a la primera de estas consecuencias conviene destacar que, la jurisprudencia ha matizado que se admite la posibilidad de otorgar licencias introduciendo en ellas condiciones que eviten su denegación mediante la incorporación a la licencia de exigencias derivadas del Ordenamiento jurídico. Lo que no puede hacer la Administración es introducir en las licencias condiciones de carácter discrecional que obedezcan únicamente a su voluntad.

- La licencia es un acto administrativo de autorización. La licencia de actividades y la urbanística son un ejemplo típico de acto de autorización, dado su carácter declarativo.

- La transmisibilidad de las licencias. El carácter objetivo del control de la licencia, que no tiene en consideración los aspectos subjetivos del titular de la misma, trae como consecuencia que las licencias ambientales sean transmisibles.

- La licencia legitima la actividad de edificación y uso del

suelo. Ello es así siempre que la actividad que se realice sea conforme con el proyecto técnico aprobado. En caso contrario, cuando la obra o actividad se realiza sin licencia o sin ajustarse a los términos de la misma, se produce una infracción administrativa.

Sin embargo, los efectos de una licencia pueden ser retroactivos y legalizar una actividad u obra ejecutada sin estar amparada en licencia alguna anterior, siempre y cuando dicha actividad u obra sea conforme con el ordenamiento jurídico vigente.

El objetivo específico de la licencia es el control de la legalidad. En efecto, la finalidad específica de las licencias es controlar la adecuación del acto objeto de la misma a las previsiones de la ordenación vigente, de ahí la importancia de la cláusula recogida en el art. 12.1 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, en virtud de la cual las licencias se otorgarán “salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de tercero”, por la cual la Administración actuante está obligada a atenerse única y exclusivamente a razones legales para decidir si la licencia debe o no concederse, sin que le sea posible enjuiciar otros aspectos distintos de los referidos, como los relativos a las situaciones jurídico privadas del peticionario de la licencia, y de éste en relación con cualquier otra persona (García de Enterría y Parejo, 1981).

2. NORMATIVA URBANÍSTICA

Es una circunstancia muy frecuente que las actividades y proyectos agroforestales se desarrollen en suelo rural (en la nueva terminología establecida por la Ley 8/2007, de suelo), por la naturaleza intrínseca de los mismos o por exigencias legales (distancias mínimas que se deben respetar a núcleos urbanos).

El Medio Ambiente se encuentra estrechamente vinculado con la ordenación del territorio y el urbanismo al materializarse gran parte de la normativa protectora del primero sobre el suelo, elemento sustancial del territorio (Velasco, 2006).

La protección del espacio natural, entendido éste desde una perspectiva amplia, como todo aquél que no está urbanizado, es decir, que

no ha sido sometido a un proceso de creación de núcleo de población: ciudad, pueblo, aldea, etc. ha sido y es objeto de atención desde hace décadas de otra importante disciplina jurídica, como es el Derecho urbanístico, que frecuentemente confluye con el Derecho medioambiental a la hora de ordenar el suelo rústico. La propia exposición de motivos de la Ley 8/2007 indica que, entre otros derechos constitucionales afectados por el urbanismo, se encuentra el derecho a un Medio Ambiente adecuado y en su artículo 2 introduce el Desarrollo Sostenible como principio que regirá a la hora de elaborar las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo.

En el Derecho urbanístico, la clasificación del suelo, esto es, la división territorial del suelo en función de la clase a que pertenezca según el planeamiento urbanístico es, “una técnica de atribución a la propiedad del suelo de contenido en aprovechamiento urbanístico” (García de Enterría y Parejo, 1981).

La clasificación y, en su caso, la calificación urbanísticas del suelo vinculan los terrenos y las construcciones o edificaciones a los correspondientes destinos y usos y definen la función social de los mismos, delimitando el contenido del derecho de propiedad (Malagón, 2004).

La Ley 8/2007 de suelo, que deroga desde el 1 de julio de 2007 la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (Ley estatal del Suelo), por primera vez, no recoge con carácter básico la clasificación urbanística del suelo para todo el territorio nacional, competencia que tienen atribuida en exclusiva las Comunidades Autónomas. En Castilla-La Mancha esta clasificación, así como el resto de normativa urbanística, está recogida en el Decreto legislativo 1/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística, TRLOTAU (DOCM, 2005), y el resto de normativa que la desarrolla.

La nueva Ley del suelo distingue dos situaciones básicas del suelo:

- La situación de suelo rural, en la que se encuentra:
 - El suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, que incluirá, como mínimo, los terrenos excluidos de dicha transformación por la legislación de protección o policía del dominio público, de la naturaleza o del patrimonio cultural,

los que deban quedar sujetos a tal protección conforme a la ordenación territorial y urbanística por los valores en ellos concurrentes, incluso los ecológicos, agrícolas, ganaderos, forestales y paisajísticos, así como aquellos con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación o de otros accidentes graves, y cuantos otros prevea la legislación de ordenación territorial o urbanística.

- El suelo urbanizable, hasta que termine la correspondiente actuación de urbanización.

- En general, cualquier suelo que no reúna los requisitos para encontrarse en la situación de suelo urbanizado.

- La situación de suelo urbanizado, en el que se encuentra el integrado de forma legal y efectiva en la red de dotaciones y servicios propios de los núcleos de población. Se entenderá que así ocurre cuando las parcelas, estén o no edificadas, cuenten con las dotaciones y los servicios requeridos por la legislación urbanística o puedan llegar a contar con ellos sin otras obras que las de conexión de las parcelas a las instalaciones ya en funcionamiento.

El contenido concreto del régimen jurídico para cada clase de suelo se deriva de su clasificación urbanística, que viene recogida en el planteamiento urbanístico que es el que desarrolla el estatuto jurídico del suelo estableciendo los distintos usos, localizados geográficamente, sus intensidades y las tipologías edificatorias para cada suelo previamente clasificado.

La función del planeamiento urbanístico ha sido siempre en el suelo rústico la de delimitarlo física y jurídicamente, otorgándole una protección general (el llamado suelo no urbanizable común), para salvaguardar su destino natural, o una protección singular, en orden a proteger sus valores específicos: ambientales, paisajísticos, arqueológicos, etc. (suelo no urbanizable especialmente protegido).

En este sentido, el artículo 13 de la Ley de suelo establece que los terrenos que se encuentren en la situación básica de suelo rural se utilizarán de conformidad con su naturaleza, debiendo dedicarse, dentro de los límites que dispongan las Leyes y la ordenación territorial y urbanística, al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales.

En estos terrenos, podrán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social por su contribución a la ordenación y el desarrollo rurales o porque hayan de emplazarse en el medio rural.

Cuando se trate de terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable, su utilización quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice, es decir, estará prohibido toda actividad o actuación no contemplada en la misma.

En el suelo rural se establece el deber de conservarlo con el siguiente alcance:

- Mantener los terrenos y su masa vegetal en condiciones de evitar riesgos de erosión, incendio, inundación, para la seguridad o salud pública, daño o perjuicio a terceros o al interés general, incluido el ambiental.
- Prevenir la contaminación del suelo, el agua o el aire y las inmisiones contaminantes indebidas en otros bienes y, en su caso, recuperarlos de ellas.
- Mantener el establecimiento y funcionamiento de los servicios derivados de los usos y las actividades que se desarrollen en el suelo.

3. CONDICIONANTES PARA LA UBICACIÓN DE PROYECTOS

3.1. Condicionantes urbanísticos

Así pues, a la hora de buscar ubicación a una actividad, habrá dos grupos de condicionantes legales que nos determinan la idoneidad de la misma. Los primeros son de índole urbanístico, entendiéndolos en un sentido amplio, como de ordenación del territorio, a través del planeamiento fundamentalmente. Estos condicionantes son insalvables y determinan la viabilidad o no del proyecto desde el punto de vista de su legalidad, así por ejemplo, el

Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, RAMINP establece que una vez recibida la documentación para tramitar la licencia de actividad, el Alcalde podrá denegarla de forma expresa y motivada, denegación que en esta fase puede deberse, entre otros supuestos, a razones de competencia municipal basada en los planes de ordenación.

De igual forma, la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación dispone que la solicitud de la autorización ambiental integrada contendrá entre la documentación a presentar un informe del Ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación, acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico. Si dicho informe fuera negativo, siempre que se haya recibido en la Comunidad Autónoma con anterioridad al otorgamiento de la autorización ambiental integrada, el órgano competente para otorgar dicha autorización dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones.

Por este motivo, es muy recomendable hacer una consulta urbanística al ayuntamiento correspondiente sobre la admisibilidad del uso y la actividad a desarrollar en la ubicación seleccionada, previo al desarrollo del proyecto. De esta forma, si el uso no está permitido en esa ubicación, habrá que buscar otra, ya que éste es motivo suficiente para denegar la licencia de actividad, o lo que es lo mismo, la actividad no se podrá legalizar.

Al respecto, el TRLOTAU recoge en su artículo 42 que uno de los efectos que producirá la aprobación de los Planes es la publicidad de su entero contenido, teniendo derecho cualquier persona a consultar su documentación. Para ello se procederá a la publicación en el «Diario Oficial de la Comunidad Autónoma» o en el «Boletín Oficial de la Provincia», según corresponda, el contenido íntegro de los acuerdos de aprobación, y el contenido documental de los Planes de carácter normativo que se determine reglamentariamente, para la entrada en vigor de dichos instrumentos.

La nueva Ley de suelo otorga a todos los ciudadanos el derecho a ser informados por la Administración competente, de forma completa, por escrito y en plazo razonable, del régimen y las condiciones urbanísticas aplicables a una finca determinada, en los términos dispuestos por su legislación reguladora.

3.2. Condicionantes medioambientales

Por otra parte, para el caso de los condicionantes medioambientales distinguiremos entre los que vienen definidos por la planificación ambiental (relativa a los espacios naturales protegidos, la planificación forestal, la hidrológica, etc.) y aquellos impuestos mediante las normas y leyes ambientales.

Si la planificación ambiental no contempla el uso o la actividad como compatible en una zona concreta, ésta no podrá legalizarse, al prevalecer, como norma general, la planificación ambiental sobre la urbanística, así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 102/95, al referirse a la técnica planificadora contemplada en la Ley 4/1989 de espacios naturales, resalta la prevalencia de los Planes medioambientales respecto de la planificación territorial, ya que por su propia naturaleza son aspectos esenciales y además imprescindibles para lograr la finalidad protectora que les viene asignada, y, como señala Castanyer (1991), el papel de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales consiste esencialmente en el establecimiento del marco dentro del que deben operar, no sólo el resto de los instrumentos de planificación específica del espacio natural (Planes medioambientales), sino también la ordenación urbanística y el desarrollo de actividades sectoriales. Por su lado, la Ley de Aguas establece que las previsiones de los planes hidrológicos, que la propia ley dispone que deben contener, deberán ser respetadas en los diferentes instrumentos de ordenación urbanística del territorio.

El resto de condicionantes ambientales vendrán impuestos por normas y leyes ambientales que podemos clasificar en dos categorías: de emisión y de inmisión. Son normas de emisión aquellas que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante medida en el efluente de la fuente emisora; los valores límite de emisión son la masa o la energía expresada en relación con determinados parámetros específicos, la concentración o el nivel de una emisión, cuyo valor no debe superarse dentro de uno o varios períodos determinados. Los valores límite de emisión de las sustancias se aplicarán generalmente en el punto en que las emisiones salgan de la instalación y en su determinación no se tendrá en cuenta una posible dilución.

Por otra parte, las normas de inmisión o calidad medioambiental establecen el conjunto de requisitos que deben cumplirse en un momento dado en un entorno determinado o en una parte determinada de éste, tal y como las define la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación.

Sin embargo, estos condicionantes son salvables mediante la adopción de las medidas correctoras oportunas. Por lo que, en este caso, la decisión de establecer o no la actividad en una ubicación determinada, vendrá condicionada en última instancia por aspectos económicos. Será el estudio económico el que nos dirá si las medidas correctoras necesarias son viables, y por tanto, si se podrá instalar la actividad en la ubicación requerida o si se deberá buscar otra con menores requerimientos ambientales.

4. LICENCIAS URBANÍSTICAS

Volviendo a las licencias urbanísticas, las actividades y los actos de transformación y aprovechamiento del suelo objeto de ordenación territorial y urbanística quedarán sujetos en todo caso a control previo de su legalidad mediante éstas, ya que es la obtención de la licencia urbanística la que legitima la ejecución de los actos y la implantación y el desarrollo de los usos y actividades correspondientes.

Estas se regulan en la normativa autonómica al respecto y en su ausencia, en la ley estatal del suelo que tiene carácter básico y por tanto, es de aplicación subsidiaria.

En Castilla-La Mancha es el TRLOTAU, como se indicó, la norma que regula el régimen de intervención administrativa. Dentro de los instrumentos preventivos contemplados están:

- La comunicación previa (Artículo 157).
- Licencia de obras (Artículo 164).
- Licencia de actividad (Artículo 169).
- Calificación urbanística (Artículos 60 y 61).

4.1. Comunicación previa

La comunicación previa supone un grado de intervención menor, en la que el promotor de las actividades no sometidas a licencia de obras, deberá comunicarlas al ayuntamiento correspondiente, al menos quince días naturales antes del comienzo de las mismas. La comunicación deberá ir acompañada de una descripción suficiente del acto, la operación o la actividad. La realización de estos actos sin comunicación

previa al Municipio se considerarán clandestinos.

4.2. Licencia de obras

Quedan sometidos a licencia de obra un largo listado de actos de construcción y edificación y de uso del suelo que vienen reflejados en el artículo 165 del TRLOTAU y se recogen en la tabla 1. (Al final de este trabajo) Se trata de una licencia municipal que tramitan los ayuntamientos.

El procedimiento se iniciará a instancia del interesado, a cuya solicitud deberá acompañar:

- Memoria indicativa de la finalidad y el uso de las obras proyectadas.
- Proyecto suscrito por técnico competente, comprensivo de los planos y prescripciones necesarias para comprobar la adecuación de lo proyectado a la normativa que resulte aplicable.

La necesidad de proyecto será una constante, también en la mayor parte de las licencias o autorizaciones ambientales, como la licencia de actividad regulada en el RAMINP; la concesión de aguas o el permiso de vertidos regulados en la Ley de Aguas; la Autorización ambiental integrada establecida por la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación; la autorización para gestión de residuos peligrosos, contemplada en la Ley de residuos; la autorización para la gestión de estiércoles de explotaciones porcinas, regulada en la Orden de 4 de marzo de 2003 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente, por citar algunas.

El proyecto de obras viene actualmente definido en el art. 4 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, según el cual “es el conjunto de documentos mediante los cuales se definen y determinan las exigencias técnicas de las obras (...) El Proyecto habrá de justificar técnicamente las soluciones propuestas de acuerdo con las especificaciones requeridas por la normativa técnica aplicable”.

Entre las exigencias técnicas de las obras se incluyen todas las medidas encaminadas a prevenir, corregir o restaurar los efectos ambientales adversos producidos por las mismas o por el ejercicio de la actividad que vienen recogidas en diversas normas: los sistemas correctores del RAMINP, medidas correctoras previstas en la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico, etc.

A la hora de redactar el proyecto es recomendable incluir todas estas exigencias técnicas en el mismo, de forma que si el proyecto no es de excesiva envergadura, se puedan diferenciar en la memoria en distintos epígrafes o capítulos los elementos necesarios para satisfacer los requisitos reglamentarios exigidos por cada normativa sectorial, dedicando uno o varios anexos a justificar las soluciones adoptadas. Por supuesto, se deben presupuestar las obras, instalaciones y medidas necesarias en el correspondiente documento de Presupuesto, ya que no se trata de hacer únicamente un documento para obtener una autorización, sino que posteriormente se deberá ejecutar.

Para el supuesto de grandes proyectos, cuya complejidad lo aconseje, se pueden redactar cada una de las partes del mismo (por ejemplo, instalaciones como las eléctricas, térmicas, elevadores, etc., que deban ser autorizadas por el órgano competente en materia industrial; instalaciones y dispositivos de saneamiento y depuración para solicitar el permiso de vertido al órgano de cuenca o al ayuntamiento correspondiente, etc.) como una separata en la que, dejando claro que se trata de una parte y no del proyecto completo, se incluyan los cuatro documentos clásicos del mismo (memoria, planos, pliego de condiciones y presupuesto), lo que facilita la aportación de la documentación técnica necesaria a cada órgano competente para los asuntos de su competencia, no siendo necesario aportar el proyecto completo.

En cualquier caso, la redacción del proyecto requiere un conocimiento previo de la actividad a desarrollar y los requisitos legales a los que está sometida, pues pretender conocer estos últimos a golpe de requerimiento por parte de la administración competente en cada caso, no sólo puede prolongar el procedimiento autorizador a plazos desorbitados, sino que puede llevar a la conclusión de que el proyecto no es viable desde el punto de vista ambiental o urbanístico cuando ya se ha invertido en él numerosos recursos.

4.3. Calificación urbanística

Para la legitimación de obras, construcciones o instalaciones destinadas al desarrollo de actividades y usos que precisen emplazarse en el suelo rústico, deberán obtener previamente a la licencia de obras, la calificación urbanística cuando tengan, entre otros, cualquiera de los objetos siguientes:

- El depósito de materiales y residuos, el almacenamiento

de maquinaria y el estacionamiento de vehículos, siempre que se realicen enteramente al aire libre.

- Actividades o establecimientos de carácter industrial, terciario, de turismo rural o de servicios.

- Las edificaciones adscritas al sector primario con una altura total superior a 6 metros.

Si la clasificación del suelo es rústico no urbanizable de especial protección, sólo podrá atribuirse, mediante calificación urbanística de los correspondientes terrenos, los usos y aprovechamientos que están expresamente permitidos por la legislación sectorial y el planeamiento territorial y urbanístico aplicable, por ser necesarios para la mejor conservación de las características y valores determinantes del régimen de especial protección o para el uso y disfrute públicos compatibles con unas y otros, como ya se indicó.

En este supuesto requerirán calificación urbanística, además de los indicados para el suelo rústico común, los siguientes actos:

- Los relativos a instalaciones desmontables para la mejora del cultivo o de la producción agropecuaria, que no impliquen movimiento de tierras.

- Los vallados y cerramientos de parcelas.

- La reforma o rehabilitación de edificaciones existentes dirigidas a su conservación y mantenimiento.

- Las edificaciones adscritas al sector primario que no impliquen transformación de productos, tales como almacenes, granjas y en general instalaciones agrícolas, ganaderas, forestales, cinegéticas, piscícolas o similares que guarden relación con el destino y naturaleza de la finca, aun cuando no rebasen 6 metros de altura total.

- La vivienda familiar aislada.

La tramitación y concesión de la calificación urbanística corresponde a la Consejería competente en materia de ordenación territorial y urbanística cuando se trate de los actos que pretendan ejecutarse en el suelo rústico no urbanizable de especial protección de cualquier municipio, y cuando pretendan ejecutarse en el suelo rústico de reserva en municipios de menos de 10.000 habitantes de derecho.

En el resto de los casos la concesión de la calificación urbanística corresponderá a los municipios, que se pronunciarán sobre ella en el procedimiento de otorgamiento de licencia de obra y con motivo de la resolución del mismo.

Por último, están sujetos a la obtención de licencia de usos y actividades, las siguientes obras o actos de uso del suelo:

- La primera utilización y ocupación de los edificios e instalaciones en general, y la modificación del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones.
- La tala de masas arbóreas, de vegetación arbustiva o de árboles aislados cuando puedan afectar al paisaje o estén protegidos por la legislación sectorial correspondiente.
- Los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento de ordenación territorial y urbanística.

5. COORDINACIÓN DE LAS LICENCIAS URBANÍSTICAS CON OTRAS LICENCIAS AMBIENTALES

Las nuevas normas ambientales no sólo han introducido mayores exigencias ambientales, sino que han establecido sistemas de autorización administrativa diferentes, con distinto régimen jurídico y competencial, que operan por lo general de forma concurrente. Y puesto que cualquier proyecto de cierta envergadura va a necesitar licencia urbanística, resulta de especial interés conocer en qué medida concurren y/o se integran las licencias urbanísticas con otras licencias y permisos ambientales para evitar que la multiplicidad de procedimientos que hay para cada licencia o permiso que intervienen en la legalización de una actividad se conviertan en un verdadero laberinto y que en el peor de los casos no tenga salida.

Interesa analizar como inciden unas en las otras, así como los momentos en los que un acto de un procedimiento administrativo para la obtención de una licencia interviene en una fase procedimental de otra licencia, de forma que los tiempos de tramitación sean los menores posibles, haciendo los trámites en orden lógico y evitando o minimizando que un procedimiento se tenga que paralizar a espera de que se concluya otro.

La legislación autonómica recoge el principio de que la licencia de apertura es previa a la de obras. Así pues, el TRLOTAU establece que “La licencia urbanística llevará implícita la concesión de las restantes

licencias municipales y especialmente, la de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y la de actividades industriales. Cuando la licencia urbanística se refiera a actividades que requieran otras licencias o autorizaciones municipales, el procedimiento previsto para éstas se integrará en el procedimiento de otorgamiento de aquéllas; Pudiendo denegarse por los motivos previstos en la legislación específica que regule dichas autorizaciones o licencias y quedando sujetas al régimen de verificación, inspección y, en su caso, sanción previsto en dicha legislación” (art. 163)

La norma autonómica (TRLOTAU) no sólo establece el orden en que se deben producir las distintas licencias, sino que en aras a la mayor eficacia y coordinación de los procedimientos, integra el procedimiento de otorgamiento de las licencias de apertura al procedimiento urbanístico.

El procedimiento de licencia de actividad consta de dos fases. En la primera se procede a la calificación de la actividad, con la imposición de medidas correctoras. En esta fase se deben despejar los problemas de índole urbanística que conlleva la actividad sujeta a licencia, para lo cual se solicitarán los informes técnicos y jurídicos pertinentes.

En la segunda se autoriza la instalación de la actividad tras asegurar que el proyecto se ajusta a la legalidad urbanística y ambiental (licencia de instalación), para finalmente conceder la licencia de apertura o de puesta en marcha posterior a la inspección y comprobación de que las instalaciones ejecutadas se corresponden con el proyecto inicial. Será con la licencia de instalación cuando se conceda la licencia de obras como requisito sine qua non para ejecutar las obras e instalaciones previstas en el proyecto.

Por todo ello, se insiste en la conveniencia y oportunidad de que se solicite simultáneamente las licencias de obra y actividad, y la calificación urbanística, si fuese necesario, y que el proyecto recoja las obras a realizar.

Es un procedimiento bifásico en tres tiempos: expediente de calificación, de obra y de puesta en marcha o apertura. Por tanto, la licencia de obras no se deberá otorgar nunca de forma autónoma e independiente de la de apertura de la que trae su causa.

En el procedimiento para la concesión de licencia de usos y actividades, la solicitud deberá ir acompañada de la documentación nece-

saría para la tramitación de la correspondiente licencia de actividades clasificadas o el procedimiento de evaluación de impacto ambiental si la actividad estuviera sujeta al régimen de las mismas. Cuando se trate de actos de uso y aprovechamiento urbanístico en suelo rústico se deberán contar con la resolución de otorgamiento de cualesquiera concesiones, permisos o autorizaciones no municipales legalmente exigibles y, en su caso, la declaración de impacto ambiental.

Sin embargo, para el otorgamiento de la calificación urbanística, será suficiente la presentación de la copia de solicitud de las concesiones, permisos o autorizaciones señalados en el párrafo anterior, en cuyo caso la eficacia de la calificación urbanística quedará condicionada a la obtención de los correspondientes informes o resoluciones favorables, lo que será comprobado al otorgamiento de la licencia municipal.

En la antigua Ley de evaluación de impacto ambiental de Castilla-La Mancha no era necesario haber solicitado la licencia municipal ni otras autorizaciones sustantivas, es más, esperar a que avanza-se el procedimiento autorizador para iniciar la tramitación de 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 para iniciar el proceso 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 procedimientos 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.

Quedará en suspenso la tramitación del procedimiento de concesión de licencia, así como el cómputo del plazo para resolver, hasta tanto se acredite por el solicitante el carácter favorable de la correspondiente Declaración de impacto ambiental y la inclusión en el proyecto, en su caso, de las medidas correctoras resultantes de la misma.

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, como instrumento preventivo.

Por lo tanto, se deduce que cuando la actividad esté sometida a evaluación de impacto ambiental, la tramitación conjunta de las licencias urbanísticas y de actividades clasificadas, tal y como se ha recomendado anteriormente, llevará implícita la iniciación del procedimiento de evaluación ambiental, por lo que para evitar retrasos será conveniente acompañar a la documentación necesaria para las licencias urbanísticas, la memoria resumen con toda la información exigida en el artículo 6 de la Ley 4/2007 de evaluación de impacto ambiental de Castilla-La Mancha.

Por último, las actividades que estén sujetas a evaluación de impacto ambiental conforme a lo previsto en la Ley 4/2007 no serán sometidas a la calificación de las Comisiones Provinciales de Saneamiento, regulada en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, 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.

En el caso de que la actividad esté incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación, esta deberá contar con la autorización ambiental integrada. Esta ley nos afecta en un doble sentido: por una parte, en cuanto a la licencia urbanística, al exigir un informe urbanístico municipal, y por otra, porque viene a sustituir de facto a la licencia de actividad.

En el procedimiento de la autorización ambiental integrada se exige la presentación, entre la documentación a adjuntar a la solicitud, de un Informe del Ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación, acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico o una copia de la solicitud del mismo, cuando este no haya sido evacuado en el plazo de treinta días.

Aunque la similitud en cuanto a contenido del informe de compatibilidad urbanística con la consulta urbanística regulada en el artículo 6.2 de la recientemente derogada Ley 6/1998, de Régimen de suelo y valoraciones, ha permitido asumir las tesis mantenidas por la doctrina más autorizada que niega la vinculación para el ayuntamiento de la con-

sulta urbanística pues, otra cosa, supondría un total vaciamiento del control de legalidad ejercido a través de la licencia (López-Jurado, 2002), el artículo 5 del Reglamento de la Ley 16/2002 establece que dicho informe vincularán al ente local en el otorgamiento de las licencias o autorizaciones que sean exigibles en aquellas cuestiones sobre las que se pronuncie.

Por otra parte, es claro en mantener la independencia de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible y el informe en cuestión.

El procedimiento para el otorgamiento de la autorización ambiental integrada sustituirá al procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal de actividades clasificadas regulado por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, salvo en lo referente a la resolución definitiva de la autoridad municipal. A estos efectos, la autorización ambiental integrada será, en su caso, vinculante para la autoridad municipal cuando implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos medioambientales recogidos en el contenido de la autorización ambiental integrada.

Tal y como expresa la Exposición de Motivos de la Ley, la gran mayoría de los trámites del procedimiento de la licencia municipal de actividades clasificadas, encajan de una forma casi literal en el procedimiento de otorgamiento de la Autorización ambiental integrada, por lo que resulta lógico integrar todos estos trámites en un solo procedimiento, siempre que quede garantizada la participación local en lo referente a materias de su exclusiva competencia y el pronunciamiento final de la autoridad municipal sobre la concesión de la mencionada licencia.

El caso más complejo será aquel que, estando la actividad afectada por la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación y por la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental, sus instalaciones se construyan en suelo rústico, por lo que, además de la licencia de obras y de actividad, deberán contar con calificación urbanística. Para que esta última se pueda solicitar, bastará presentar la justificación de que se ha iniciado el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental. Esto nos marca la secuencia a seguir en cuanto a las diversas autorizaciones que concurren: de acuerdo con la nueva Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Castilla-La Mancha, para iniciar el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental, que será el primero cronológicamente, habrá

que presentar la documentación correspondiente ante el órgano sustantivo, que en buena parte de los casos será el propio ayuntamiento, por lo que se podrá solicitar simultáneamente la calificación urbanística, cuando el órgano competente sea el propio ayuntamiento. En el caso de que el órgano sustantivo sea distinto del ayuntamiento, tras la solicitud de inicio del expediente de evaluación, se solicitará ante éste la calificación urbanística. La elaboración del proyecto debe ser paralela a la del Estudio de Impacto Ambiental, por lo que, tras recibir las alegaciones a las consultas previas, y una vez redactados ambos documentos, procederá solicitar de forma simultánea la Autorización ambiental integrada al órgano ambiental y la licencia de obras y de actividad al ayuntamiento, a la vez que se continúa el procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental con la presentación del Estudio de Impacto Ambiental ante el órgano ambiental.

La Evaluación de Impacto Ambiental y la Autorización Ambiental Integrada se tramitarán paralelamente por el órgano ambiental autonómico. No se podrá otorgar licencia de actividad sin Autorización Ambiental Integrada, quedando el ayuntamiento vinculado por ésta, de esta forma, tras la concesión de la primera, podrá el ayuntamiento conceder la licencia de instalación y de obras.

Así pues, la tramitación, al menos coincidente en el tiempo, de estas autorizaciones debe ser posible aun cuando, como se ha indicado, no cabe iniciar la construcción de la instalación o dar comienzo a la actividad hasta que no se cuente con todas las autorizaciones requeridas.

Las licencias podrán contener en sus determinaciones las medidas de corrección y procedimientos de verificación de la eficacia de tales medidas que puedan imponerse en virtud de la normativa de las actividades sujetas al régimen de actividades clasificadas; las medidas de minoración y evaluación que se prevean en la declaración de impacto en el caso de las actividades sujetas a evaluación de impacto ambiental, o el condicionado en la autorizaciones ambientales integradas para las actividades recogidas en la Ley 16/2002.

6. BIBLIOGRAFÍA Y NORMATIVA

6.1. Bibliografía

Cano, A. 1999. Manual de licencias de apertura de establecimientos. 2ª edición. Editorial Aranzadi. Navarra.

Castanyer, J. 1991. La planificación de los espacios protegidos. Ed. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Madrid.

Delgado, F. 2005. El régimen jurídico de la evaluación ambiental de las actividades agroforestales. Revista Aranzadi de derecho ambiental, 7: 71-95.

García de Enterría, E. y Parejo, L. 1981. Lecciones de derecho urbanístico. 2ª ed. Editorial Civitas. Madrid.

González, J. 1999. Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación. Ed. Civitas. 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.

Malagón, J.L. 2004. El régimen jurídico del suelo rústico en Castilla - La Mancha. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, 211: 117-225.

Velasco, P. 2006. Análisis ambiental del suelo no urbanizable. Revista Aranzadi de derecho ambiental, 10: 113-134.

6.2. Normativa

Decreto de 17/6/1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales. BOE de 15-07-1955.

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.

Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección de medio

ambiente atmosférico. BOE nº 309 de 26-12-1972.

Decreto 833/1975, de 6 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de protección de medio ambiente atmosférico. BOE nº 96, de 22-4-1975.

Ley 4/1989 de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. BOE nº 74, de 28-3-1989.

Ley 6/1998, de 13 abril, sobre Régimen del suelo y valoraciones. BOE nº 89, 14-4-1998.

Ley 10/1998, de 21 abril, de residuos. BOE nº 96, de 22-4-1998.

Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación. BOE nº 266, de 6-11-1999.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 julio, por el que se Aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas. BOE nº 176, de 24-7-2001.

Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación. BOE nº 157 de 2-7-2002.

Ley 8/2007 de suelo. BOE nº 128, de 29-5-2007.

Real Decreto 509/2007, por el que se aprueba el reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 16/2002. BOE nº 96, de 21-4-2007.

Orden de 4 marzo 2003 de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de Castilla-La Mancha por la que se establecen las normas de Gestión de los Estiércoles de las Explotaciones Porcinas en Castilla-La Mancha. DOCM nº 38, de 19-3-2003.

Decreto legislativo 1/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística. DOCM nº 13, de 19-1-2005.

Ley 4/2007 de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha DOCM nº 60, de 20-3-2007.

TABLA I. ACTOS SUJETOS A LICENCIA DE OBRA

- a) Las parcelaciones o cualesquier otro acto de división de fincas o predios en cualquier clase de suelo, no incluidas en proyectos de reparcelación.
- b) Las obras de construcción, edificación e implantación de instalaciones de toda clase de nueva planta.
- c) Las obras de ampliación de construcciones, edificios e instalaciones de toda clase existentes.
- d) Las obras de modificación o reforma que afecten a la estructura o al aspecto exterior de las construcciones, los edificios y las instalaciones de todas clases.
- e) Las obras que modifiquen la disposición interior de las edificaciones, cualquiera que sea su uso.
- f) Las obras y los usos que hayan de realizarse con carácter provisional.
- g) La demolición de las construcciones, salvo en los casos declarados de ruina inminente.
- h) La modificación del uso de las construcciones, edificaciones e instalaciones.
- i) Los movimientos de tierra y las obras de desmonte y explanación en cualquier clase de suelo y los de abancalamiento y sorriba para la preparación de parcelas de cultivos, sin que los simples surcos para labores agrícolas tengan tal consideración.
- j) La extracción de áridos y la explotación de canteras.
- k) La instalación de centros de tratamiento o instalaciones de depósito o transferencia de toda clase de residuos.
- l) El cerramiento de fincas, muros y vallados.
- m) La apertura de caminos, así como su modificación o pavimentación.
- n) La ubicación de casas prefabricadas e instalaciones similares,

provisionales o permanentes.

ñ) La instalación de invernaderos.

o) La colocación de carteles y vallas de propaganda visibles desde la vía pública.

p) Las instalaciones que afecten al subsuelo.

q) La instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares y la colocación de antenas de cualquier clase.

r) La construcción de presas, balsas, obras de defensa y corrección de cauces públicos, vías públicas o privadas y, en general, cualquier tipo de obras o usos que afecten a la configuración del territorio.

s) Los actos de construcción y edificación en estaciones destinadas al transporte terrestre, así como en sus zonas de servicio.

t) Los demás actos que señalen los instrumentos de planeamiento de ordenación territorial y urbanística.

DICTÁMENES

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A INSTANCIA DE D. X Y W, POR LOS DAÑOS MATERIALES SUFRIDOS EN UN VEHÍCULO COMO CONSECUENCIA DE LA COLISIÓN CON PIEDRAS CAÍDAS SOBRE LA CALZADA EN EL PUNTO KILOMÉTRICO 33,800 DE LA AUTOVÍA CM-42.

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Requerimiento.- Como primer documento del expediente figura el escrito presentado el día 11 de julio de 2006 por el letrado D. Z, actuando en nombre y representación de D. X y de W, en virtud del cual comunica a la Dirección General de Carreteras de la Administración Regional que sus representados han sufrido daños patrimoniales como consecuencia de un accidente de circulación acaecido el día 22 de octubre anterior, consistente en la colisión del vehículo matrícula M con una piedra desprendida del talud colindante con la autovía CM-42 a la altura del punto kilométrico 33,800, de la que han resultado daños materiales por valor de 680,36 euros. Indica el accionante que sus representados han asumido el perjuicio patrimonial mencionado en función del contrato de seguro concertado entre ambos, en el que se había pactado una franquicia, requiriendo de la Administración Regional, de conformidad con lo previsto en el artículo 97.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se indique a quién corresponde la responsabilidad de los daños sufridos, toda vez que el mantenimiento de la citada carretera viene siendo desempeñado por un contratista de la Administración, “T” (en adelante T), en calidad de concesionario de su explotación.

Adjunta el accionante a su petición sendos documentos de atribución de la representación invocada, suscritos por ambos perjudicados, así como un informe pericial de tasación de los daños soportados por el vehículo y copia de la factura acreditativa de su reparación y pago efectivo, por importe de 680,36 euros, en la que se consigna la incidencia de una franquicia, cifrada en 300,51 euros.

Segundo. Admisión a trámite.- Sin dar respuesta al contenido del citado escrito, con fecha 25 de julio de 2006 la Secretaria General

Técnica de la Consejería de Obras Públicas acordó la incoación del correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, designando instructor al efecto, circunstancias que fueron notificadas a este último con fecha 28 de julio siguiente sin que por aquél se haya manifestado causa de abstención alguna. Asimismo, este acuerdo fue notificado al reclamante mediante oficio cursado el 23 de agosto posterior, en el que también se formuló requerimiento de diversa documentación.

Tercero. Remisión de documentación, alegaciones y proposición de prueba.- En respuesta al requerimiento formulado, el letrado interviniente acusó recibo del inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial, remitiendo con fecha 6 de septiembre de 2006 diversa documentación, entre la que se encuentran: nuevos escritos de atribución de representación a su favor firmados por ambos perjudicados; permiso de circulación del vehículo siniestrado; copia del DNI del propietario del mismo y del conductor en el momento del accidente; permiso de conducción de éste; tarjeta de inspección técnica del vehículo; copia de la póliza de seguro suscrita en la que se pactaba una franquicia por daños propios de 300,51 euros; factura por el coste de reparación expedida por R por 680,36 euros, en la que consta el pago de la cantidad correspondiente a la franquicia el 12 de diciembre de 2006; certificado emitido por la entidad S en el que no figura fecha, expresivo de la asistencia prestada tras el accidente consistente en el aviso a la grúa y el traslado del ocupante en taxi a su domicilio; declaración del propietario del vehículo siniestrado de haber sido compensado por la entidad aseguradora W de parte del coste de la reparación del turismo, con excepción de la suma de 300,51 euros, sufragada en concepto de franquicia, y a la que restringe su pretensión indemnizatoria ante la Junta de Comunidades.

Manifestaba asimismo en su escrito que “queda acreditada de manera indubitada la existencia de un daño que mis representados no tienen el deber jurídico de soportar”, indicando que “cuando el vehículo llega a la altura del km. 33,800 -que se corresponde con un tramo curvo- se encuentra a otro vehículo que ocupa el carril derecho de la vía y que circula a una velocidad inferior a la permitida en la autovía, por lo que procede al adelantamiento reglamentario del mismo. Al invadir el carril izquierdo del mismo sentido de circulación se encuentra de forma imprevista una piedra en la calzada, la cual le fue imposible evitar tanto por la sorpresa como por la presencia del otro vehículo en el carril contrario. Al no poder evitar la piedra de la calzada por evidentes motivos de seguridad, la misma golpeó en los bajos del vehículo, rom-

piendo el carácter y siendo necesaria su inmovilización al perder el aceite del motor”.

Concluía planteando una amplia proposición de prueba orientada a la acreditación de los hechos en que se sustenta la reclamación, entre la que se incluye la documental consistente en la incorporación al expediente del informe de la empresa de asistencia en viaje que cubrió el percance, donde se consigna la realidad del requerimiento de asistencia por parte del asegurado en la autovía mencionada y el subsiguiente envío para el traslado del turismo de una grúa perteneciente a la empresa “G”. Insta también el interesado, como práctica probatoria, que se requiera la obtención del parte de asistencia de dicha empresa de grúas y que se tome declaración sobre los hechos al conductor de la que procedió al traslado del vehículo tras el accidente, a fin de acreditar el alcance de los daños y “la existencia de piedras desprendidas sobre la autovía donde se produjo el siniestro”. Igualmente se pide, como actividad probatoria, que se una al procedimiento el expediente de responsabilidad civil seguido por la sociedad concesionaria de la autovía, identificado con el código C.

Cuarto. Informes emitidos.- Pedido informe en dos ocasiones a la Delegación Provincial de Toledo de la Consejería de Obras Públicas, con fecha 16 de noviembre de 2006 fue emitido informe por parte de la entidad “T”, en el que se manifiesta lo siguiente sobre los hechos sustentadores de la reclamación: “[...] de la documentación aportada por el reclamante [...] no se aprecia ni acredita la realidad y certeza del evento lesivo. [] Abunda en esta cuestión el que no se tenga constancia de la existencia de Atestado de la Guardia Civil o de otro tipo de informe o diligencia de los demás Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. [] Por otro lado, este tipo de daños, derivados de la presencia en la calzada de un agente externo, nada tiene que ver con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, [...]. [] En cualquier caso, si la piedra se encontraba presente en la calzada, el afectado pudo actuar inadecuadamente si conducía a una velocidad no susceptible de detener el vehículo ante un obstáculo. [...] [] Por todo ello, no se le puede imputar ninguna responsabilidad a la empresa encargada de la conservación, a cuyo servicio de vigilancia continua no se le puede exigir vigilancia en cada punto de la carretera, sino que realiza su vigilancia normal de recorrido y atiende las incidencias desde el momento en que tiene conocimiento de las mismas [...]”.

Quinto. Acreditación de los efectos del silencio.- Previa petición realizada al efecto por el reclamante, con fecha 12 de marzo de

2007 la entonces titular de la Consejería instructora emitió certificación acreditativa de que en el procedimiento de responsabilidad patrimonial objeto de dictamen se había sobrepasado el plazo de seis meses establecido normativamente para dictar y notificar resolución sin recaer pronunciamiento expreso, circunstancia de la que derivan efectos desestimatorios por virtud de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sexto. Trámite de audiencia.- Con igual fecha 12 de marzo de 2007 se dirigió comunicación al reclamante, informándole de que, con arreglo a lo previsto en el artículo 11. 1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se le ponía de manifiesto el expediente por espacio de diez días, en trámite de audiencia, indicando el lugar y horario en que se podría practicar su examen y la relación de documentos integrantes del mismo.

Previa remisión al interesado de copia del informe de “T” obrante en el expediente, el letrado interviniente en nombre de los perjudicados ha presentado un escrito de alegaciones en fecha 26 de marzo posterior, que se centra en la denuncia de las carencias probatorias de que adolece la instrucción, destacando que no han sido practicadas las pruebas propuestas en relación con la acreditación del hecho lesivo y su forma de producción, tanto las que podía aportar la empresa que realizó el servicio de grúa tras el accidente, como las que se hallan a disposición de la entidad concesionaria de la autovía, de quien se dice que “tiene conocimiento de los hechos por las reclamaciones realizadas, así como por la intervención de sus propios servicios de mantenimiento que acudieron al lugar del accidente”. En consecuencia, se estima imprescindible la realización de las pruebas solicitadas y, en concreto, la remisión íntegra del citado expediente seguido por “T”, identificado con el código C.

En cuanto al fundamento de la relación causal esgrimida manifiesta en el citado escrito que ésta deriva de que la Administración “no ha sido capaz de evitar el desprendimiento de las piedras del talud cercano a la autovía, quebrando la confianza en la seguridad de la conducción”, que su mandante tenía al circular por la Autovía, imputando a la Administración “el incumplimiento de su deber de mantenerla en las debidas condiciones de seguridad para los conductores, sin perjuicio de que repercuta posteriormente contra la empresa concesionaria”.

Concluye el indicado escrito de alegaciones pidiendo que se declare la anulabilidad de las actuaciones practicadas por vulneración

del derecho de defensa de la parte reclamante, y que se proceda a la práctica de la prueba solicitada.

Séptimo. Propuesta de resolución.- A la vista de todo lo actuado, con fecha 24 de abril de 2007 se ha elaborado por el instructor del procedimiento una propuesta de resolución, de sentido desestimatorio, que niega la concurrencia de los requisitos necesarios para admitir la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dicha propuesta utiliza como principal argumento que “no existe ninguna certeza en el expediente examinado de que las circunstancias del accidente del vehículo siniestrado coincidan con las relatadas en la reclamación”, agregando que “únicamente consta la sucinta manifestación de los hechos realizada por el propio interesado, sin que la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil ni el concesionario encargado de la conservación de la carretera hayan registrado este accidente”. Así, se considera que no existe ninguna prueba que permita aceptar la existencia de la responsabilidad pretendida, pues “una mínima diligencia del conductor del vehículo habría exigido la intervención de la Guardia Civil de la zona que habría dejado constancia de las circunstancias en las que se produjo el siniestro a través del oportuno atestado”.

En cuanto a las objeciones planteadas por el reclamante sobre la actividad probatoria requerida y dejada de practicar, se expone en dicha propuesta que la concerniente a la intervención de la empresa concesionaria de la autovía ha de considerarse realizada, pues se ha recabado su informe sobre los hechos objeto de reclamación, y que la relativa a la actuación de la empresa de grúas que habría trasladado el vehículo tras el accidente debe estimarse innecesaria, ya que según el informe del concesionario no existen pruebas de la relación causal invocada por la parte reclamante.

Octavo. Segunda solicitud de certificación acreditativa del silencio administrativo.- Obra en el expediente nuevo escrito formulado por el letrado reclamante el 21 de mayo de 2007, en el que, efectuando varias observaciones sobre las paralizaciones de plazo acaecidas durante el curso de la instrucción, se insta nuevamente la emisión de una certificación acreditativa del agotamiento del plazo de resolución establecido normativamente, así como de los efectos derivados de la falta de pronunciamiento por parte de la Administración.

A esta solicitud dio contestación el Jefe del Servicio de Asuntos Jurídicos de la Consejería con fecha 29 de mayo posterior, remitiéndole el certificado expedido en su día a tales efectos.

Noveno. Informe del Gabinete Jurídico.- Requerido el pronunciamiento del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades sobre el expediente instruido y la propuesta de resolución elaborada, una Letrada adscrita a dicha unidad emitió informe el 19 de julio siguiente pronunciándose en sentido desfavorable a la reclamación formulada.

Afirmaba que “el nexo causal carece del suficiente apoyo probatorio, ya que en el expediente administrativo no obra atestado levantado por los agentes de la Guardia Civil o de la Policía Local, ni el resultado de ninguna diligencia de inspección ocular, por lo que no existe constancia de las circunstancias en las que el accidente se produjo, tales como la adecuación de la velocidad del turismo o la actuación del conductor, apreciadas a través de huellas de frenada, derrape, etc.”. Añadía además que conforme a lo previsto en el artículo 97 de la Ley de Contratos e las Administraciones Públicas, en último extremo la empresa concesionaria sería la responsable del abono de la indemnización.

Décimo. Solicitud del dictamen del Consejo Consultivo y devolución del expediente.- Remitido el expediente al Consejo Consultivo en solicitud de dictamen con fecha 5 de julio de 2007, el Pleno de este órgano en sesión celebrada el 26 de julio posterior acordó la devolución del expediente a la Consejería consultante, al estimar que existían defectos sustanciales que podían viciar de nulidad el procedimiento tramitado. Se sugería así la práctica de la prueba propuesta por la parte, la aportación de la documentación rectora de la contratación existente con la empresa concesionaria y la sustanciación correcta de un nuevo trámite de audiencia en el que se incluyera a esta última.

Undécimo. Práctica de prueba.- Designada nueva instructora con fecha 24 de agosto de 2007, ésta retomó la tramitación del procedimiento y procedió a realizar la prueba propuesta por la parte, incorporando al expediente:

1.- Contrato suscrito el 5 de julio de 2003 entre la Consejería de Obras Públicas y la entidad T, para la construcción, conservación y explotación de la autovía de Los Viñedos (CM-42) en su tramo Toledo-Consuegra, así como el pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la contratación.

2.- Declaración suscrita el 7 de septiembre de 2007 por el titular de H, quien prestó el servicio de grúa al afectado en el siniestro, en la que señalaba que “recibí un aviso de S el día [22 de octubre de 2005] para ir a recoger un vehículo al kilómetro 33,8 de la ctra. CM-42, marca

SEAT Toledo. [...] Dicho vehículo se encontraba averiado al haber roto el cárter del mismo producido por el desprendimiento en la mencionada carretera de unas piedras que golpearon en la parte baja del vehículo, por lo que se procedió a llevar el vehículo a nuestros talleres a efectos de una posible reparación”. Adjuntaba factura emitida a nombre de S por la prestación de dicho servicio.

3.- Documentación obrante en poder de la entidad T en relación al siniestro, consistente en:

.- Parte de accidente de tráfico suscrito por una de sus vigilantes el día del accidente, en el que se expresan las condiciones en que se produjeron los hechos, destacando que existía poca visibilidad y que estaba nublado, hacía viento y llovía. Describía los hechos señalando que “circulando por el carril izquierdo adelanta a un camión cuando se ha encontrado con una piedra y la ha atropellado rompiendo el protector y el cárter del vehículo”. Añadía croquis descriptivo de la situación narrada.

.- Hoja de datos del vehículo dañado suscrita por la misma vigilante, en la que señala que interviene la Guardia Civil y aunque no hay atestado, sí existen fotografías. Tras reseñar los datos del vehículo y del conductor, reiteraba que “circulando por el carril izquierdo cuando adelantaba a un camión se ha encontrado con una piedra y la ha atropellado causando daños en su vehículo en el cárter y el protector”.

.- Informe de responsabilidad civil suscrito el 25 de octubre de 2005 por el Director Técnico de T, en el que manifestaba que “El vehículo A (M) circulaba por la CM-42 (autovía de los Viñedos) sentido Toledo y a la altura del kilómetro 33+800 efectúa un adelantamiento a un camión por el carril izquierdo de la calzada encontrándose una piedra en dicho carril, sin darle tiempo para salvarla, impacta con ella provocando la rotura del chárter del vehículo con el consiguiente vertido de aceite sobre la calzada. El vehículo A lleva sólo un ocupante (el conductor) que sale ileso de dicho percance. En dicha incidencia no interviene la Guardia Civil no existiendo atestado”. En el apartado de daños ocasionados señalaba la “rotura del chárter del vehículo ocasionado por el impacto con una piedra sobre la calzada”. Incorporaba al informe croquis descriptivo del accidente.

.- Escrito dirigido al Inspector de Control de Explotación de la Consejería por el Director Técnico de T con fecha 13 de septiembre de 2006, en el que manifestaba, en relación a dos reclamaciones presenta-

das ante la entidad por la parte, que “ambas reclamaciones se encuentran en manos de nuestro servicio jurídico, el cual, siguiendo instrucciones de T, siempre que se diese uno de estos casos: posible culpa del conductor por posibles despiste, exceso de velocidad, etc.; falta de constancia del suceso por el servicio de vigilancia de la concesionaria o de la Guardia Civil; falta de acreditación de la realidad de los daños y posible inclusión de partidas improcedentes, que ocurre en el 99% de las reclamaciones y en estas dos en particular, la decisión adoptada por esta concesionaria es no aceptar la reclamación y hacer frente al pago sólo una vez exista condena judicial firme”.

.- Informe descrito en el apartado cuarto de los presentes antecedentes.

Duodécimo. Nuevo trámite de audiencia.- El resultado de la prueba practicada se puso de manifiesto al reclamante, otorgándole un plazo de audiencia de diez días para formular alegaciones. Ante tal posibilidad presentó escrito el 9 de octubre de 2007 afirmando que “una vez realizada la prueba solicitada por esta parte, no cabe duda alguna de la realidad de los hechos que han dado origen a los daños que se reclama” y reiterando la existencia de relación de causalidad en cuanto la Administración “no ha sido capaz de evitar el desprendimiento de las piedras del talud cercano a la autovía quebrando la confianza en la seguridad de la conducción y [... produciéndose] un incumplimiento de su deber de mantener [la vía] en las debidas condiciones de seguridad para los conductores”. Concluía solicitando el abono por la Administración de la indemnización requerida y que, subsidiariamente, se pronunciara, oído el contratista, sobre a cuál de las partes contratantes correspondía la responsabilidad de los daños.

Igualmente y, conforme a lo indicado por este Consejo, la instructora otorgó trámite de audiencia de todo el expediente a la entidad concesionaria, cuyo representante presentó escrito de alegaciones el 8 de noviembre de 2007. Manifestaba que el supuesto examinado constituye un caso “de fuerza mayor, que excluyendo la relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público, determina la improcedencia de la reclamación instada” y aclaraba que “la existencia de una piedra en la calzada es totalmente imprevisible para la Administración o para mi representada, la misma podría haberse desprendido de cualquier vehículo o arrastrada allí por algún efecto meteorológico (como el viento o la lluvia), lo que en cualquier caso escapa a lo que humanamente se puede prever y excede del normal cumplimiento tanto de las obligaciones de la Administración como de T. [...] Esta

imprevisibilidad derivada de la fuerza mayor excluye la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño reclamado”.

Asimismo señalaba que “el conductor no habría adecuado su velocidad a las condiciones de la vía, circunstancia que se evidencia en el hecho de no haber podido detener su vehículo a tiempo cuando apreció la existencia de la piedra sobre la calzada, con lo que el conductor no habría cumplido las exigencias necesarias para la circulación derivadas del artículo 19 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial [...] reconociendo así la existencia de una conducta activa por su parte que obviamente, cuando menos, habría contribuido a la producción del daño”.

Concluía solicitando que se dictara resolución declarando no haber lugar a la exigencia de responsabilidad alguna a la entidad.

Décimo tercero. Propuesta de resolución.- Con fecha 13 de noviembre de 2007 la instructora formuló nueva propuesta de resolución, reiterando el sentido desestimatorio de la reclamación planteada. Afirmaba que no ha quedado demostrado que los daños en el vehículo hayan sido provocados por un desprendimiento procedente de un talud de la zona contigua a la vía, de modo que los documentos incorporados al expediente “sólo prueban la realidad de un accidente pero no las circunstancias del mismo. Sólo prueban que se produjo y pudo ser provocado por una piedra, pero no se deja constancia ni de la existencia de la piedra, ni del tipo de ésta, ni de la procedencia, ni del tiempo que ésta llevaba en la calzada”, sin que exista atestado de la Guardia Civil o diligencia del resto de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Añadía que “lo que sí queda probado en el expediente y en concreto en el parte de accidente de T es que en el día y hora de los hechos había poca visibilidad en la calzada, debido a que se trataba de un día nublado y lluvioso. Por tanto, las condiciones climáticas eran adversas y el interesado puede que no tomase las precauciones y medidas exigidas por los artículos 19.1 del Real Decreto Legislativo 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y 45 y 46 del Reglamento General de Circulación”.

Concluía argumentando igualmente que, en cualquier caso, el servicio de mantenimiento y conservación de la carretera lo presta una empresa concesionaria, siendo de aplicación el artículo 97 del Texto

Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en base al cual sería obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se hubiesen causado al interesado como consecuencia de las distintas actuaciones que requiriese la ejecución del contrato.

Décimo cuarto. Nuevo informe del Gabinete Jurídico.- De esta última propuesta de resolución y de todo el expediente en que trae causa se dio traslado al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades, uno de cuyos letrados emitió informe con fecha 3 de diciembre de 2007 en sentido desfavorable a la propuesta, ya que a su juicio “procedería dictar una resolución que se limitara a pronunciarse que [...] con fundamento en el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, [por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley] de Contratos de las Administraciones Públicas, la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al tercero corresponden en su caso a la empresa concesionaria T, a los efectos que el particular pueda accionar contra la misma en vía civil, sin hacer ningún pronunciamiento sobre la concurrencia o no de los requisitos de responsabilidad patrimonial”.

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 18 de diciembre de 2007.

A la vista de estos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- El dictamen de este Consejo Consultivo ha sido solicitado en cumplimiento del artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, y siguiendo las prescripciones previstas en el 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, en cuyo artículo 12.1 se establece que “concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano 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”.

El mencionado apartado del artículo 54 establece que el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que

versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando el importe de las mismas exceda de 601 euros.

En el presente supuesto, el interesado cuantifica la indemnización reclamada en 680,36 euros, cantidad ésta que excede de la citada en el párrafo precedente, por lo que, en aplicación de las disposiciones mencionadas, procede emitir el presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- Previamente al estudio de fondo de la cuestión planteada, procede acometer el examen del procedimiento de responsabilidad tramitado, analizando su adecuación a lo establecido en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común antes citada y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En un primer momento el interesado dirigió escrito a la Administración poniendo en conocimiento de aquélla la realidad del accidente acaecido, los daños sufridos en el vehículo y el coste derivado de la reparación de los mismos, el cual había sido soportado por sus mandantes. Manifestaba igualmente que la titularidad de la vía la ostentaba la Administración Autonómica, si bien se había informado de la existencia de un concesionario, por lo que en virtud de lo previsto en el artículo 97.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), solicitaba el pronunciamiento de la Administración -oído el contratista- sobre a cuál de las partes correspondía la responsabilidad por los daños, requiriendo asimismo la aportación de copia del contrato de concesión de la explotación de la auto-vía a fin de conocer el alcance de los compromisos estipulados por las partes.

La pretensión del particular plasmada en dicho escrito no era sino la solicitud del mero pronunciamiento previo de la Administración acerca del sujeto en quien debía residenciarse la responsabilidad por los daños padecidos, a fin de orientar su acción posterior. La Administración, sin dar contestación específica al requerimiento formulado, encauzó el mismo por la vía de la responsabilidad patrimonial y acordó la incoación del correspondiente procedimiento conforme a lo previsto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, citado anteriormente, designando al efecto el correspondiente instructor. Dicha proce-

dimiento ha de estimarse, por tanto, incoado de oficio, según lo previsto en el artículo 5 de la aludida norma reglamentaria.

Comunicada la iniciación del procedimiento tanto al requirente como al instructor -sin que por su parte se formulara causa de abstención alguna-, este último dirigió escrito al representante de los interesados solicitándole la subsanación de su solicitud mediante la aportación de determinada documentación. El citado representante dio traslado a la Administración de la documentación requerida, proponiendo igualmente la práctica de prueba consistente en la declaración del conductor de la grúa que intervino en el siniestro y la aportación del expediente de responsabilidad sustanciado al efecto por la entidad concesionaria con la referencia C.

La prueba propuesta no fue practicada, sin que tampoco se suscribiera por el instructor, tal como dispone el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, resolución motivada de su rechazo cuando sea manifiestamente improcedente o innecesaria. Esta circunstancia llevó al afectado a denunciar posteriormente en trámite de audiencia la indefensión que padecía y a reiterar la práctica de la prueba propuesta, que a su juicio acreditaría la realidad de los hechos alegados. Sin retrotraer el procedimiento al momento oportuno y sin acceder a la práctica de prueba propuesta, el instructor se pronunció en la propuesta de resolución sobre la innecesaria e improcedencia de su práctica, acción ésta censurable en cuanto tal pronunciamiento debe emitirse en la fase de instrucción y no en la propuesta de resolución a la que no tiene acceso el interesado, sin subsanar por ello la indefensión que padecía.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento tantas veces mencionado el instructor recabó el informe de la entidad T, concesionaria de la conservación y explotación de la vía en la que sucedieron los hechos. Tal entidad aportó al expediente el informe requerido, cuestionando la realidad y certeza del evento lesivo.

Como continuación del procedimiento, el instructor otorgó, conforme a lo previsto en el artículo 11 de la norma reglamentaria tantas veces aludida, trámite de audiencia al reclamante, facilitándole una relación de toda la documentación que obraba en el expediente, a fin de que pudiera formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimara pertinentes durante el plazo de diez días, según lo señalado en tal precepto. Ante tal posibilidad, el perjudicado accedió al expediente y retiró copia del informe mencionado en el párrafo precedente, presentando escrito de alegaciones en el que -como se ha indica-

do- reiteraba su solicitud de prueba y mantenía la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de mantenimiento de carreteras y los daños sufridos.

A la vista de todo lo actuado, el instructor formuló propuesta de resolución de conformidad con lo previsto en el artículo 11.1 del Reglamento, en sentido desfavorable a la estimación de la responsabilidad patrimonial, aduciendo que no existía certeza de que las circunstancias del accidente fueran las relatadas por el interesado, al no aportarse atestado de la Guardia Civil, por lo que no era posible trabar el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño padecido y pronunciándose sobre la inadmisibilidad de la prueba propuesta por la parte.

De tal propuesta de resolución y del resto del expediente se dio traslado al Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, a fin de obtener de aquél la emisión del informe exigido en el artículo 11.h) del Decreto 128/1987, de 22 de septiembre, regulador de su organización y funciones. A tal solicitud dio contestación una Letrada adscrita a dicha unidad pronunciándose en sentido favorable a la desestimación de la reclamación, ya que, a su juicio, el nexo causal carece del suficiente apoyo probatorio y, en cualquier caso, conforme a lo previsto en el artículo 97 del TRLCAP, la eventual responsabilidad sería imputable al concesionario.

Remitido el expediente con todo lo actuado por el Consejero de Ordenación del Territorio y Vivienda a este Consejo Consultivo con objeto de obtener su preceptivo dictamen, conforme a lo establecido en los artículos 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, y 12.1 del Real Decreto 429/1993 aludidos en la consideración primera, el Pleno de este órgano consultivo acordó con fecha 26 de julio de 2007 la devolución del mismo a la autoridad consultante, al existir defectos esenciales en la tramitación susceptibles de viciar de nulidad el procedimiento tramitado. De este modo y para subsanar tales deficiencias, se sugería a la autoridad consultante la práctica de la prueba propuesta por la parte, la aportación al expediente de la documentación rectora de la relación contractual existente entre la Administración y la empresa concesionaria y el otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia incluyendo a esta última.

Conforme a lo solicitado y aun sin retrotraer formalmente el procedimiento, el instructor procedió a la práctica de la prueba propuesta, incorporando a la tramitación el contrato y el pliego de condiciones eco-

nómico administrativas rector de la contratación, el informe emitido por el titular de la empresa que prestó el servicio de grúa para retirar el vehículo tras el siniestro y el expediente sustanciado por la empresa T tras el accidente en el que se incluyen varios partes del siniestro en los que se expresan las circunstancias en que se desarrollaron los hechos, el estado del vehículo e informe sobre lo ocurrido. De todo lo actuado hasta el momento se otorgó nuevo trámite de audiencia al representante de los afectados y a la entidad concesionaria, presentando ambos alegaciones dentro del plazo otorgado para ello. El primero manifestaba la constatación de los hechos alegados en los informes incorporados al expediente y el incumplimiento del deber de mantener la vía en condiciones de seguridad para la conducción, por lo que solicitaba que “se dicte propuesta de resolución o propuesta de acuerdo indemnizatorio por el que se indemnice a mis representados en la cantidad de 680,36 euros [...] de forma subsidiaria, a tenor de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, se pronuncie oído el contratista, sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, requiriendo en tal caso el pago a la empresa concesionaria en base al contrato de explotación de la autovía CM-42”. Por su parte, la concesionaria se exculpaba en su escrito de toda responsabilidad al estimar que la existencia de la piedra en la calzada se debe a un caso de fuerza mayor que excluye, por tanto, cualquier relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público, a lo que añadía la influencia de la actuación del conductor en el siniestro, en cuanto no detuvo el vehículo a tiempo cuando apareció la piedra en la calzada.

Se incorpora posteriormente nueva propuesta de resolución en la que se mantiene el sentido desestimatorio de la pretensión resarcitoria formulada, al estimar que no resulta probada la relación de causalidad necesaria y que, en cualquier caso, sería al contratista a quien correspondería indemnizar los daños y perjuicios producidos.

Por último se acompaña nuevo informe del Gabinete Jurídico en el que el Letrado informante expresa su disconformidad con la propuesta de resolución, dado que a su juicio la resolución que se emitiera debería limitarse a señalar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 del TRLCAP, que la responsabilidad de los daños corresponde a la concesionaria a efectos de que el particular pueda accionar contra la misma en vía civil, sin hacer mención alguna a la concurrencia o no de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial. No comparte este Consejo la tajante posición del Gabinete Jurídico, pues habiéndose tramitado

íntegra y válidamente un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, consentido tanto por el reclamante como por el propio concesionario, cabe legalmente la terminación del mismo mediante resolución que se pronuncie tanto sobre a quién corresponde la responsabilidad, como, si ha sido contraída, establecer la obligación de indemnizar los daños al reclamante cualquiera que resulte, Administración o concesionario, obligado al pago. En la consideración VI se razonará este criterio.

Por todo lo expuesto es preciso concluir que se ha dado cumplimiento a los trámites de procedimiento previstos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, regulador de los procedimientos para exigir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sin que, una vez subsanadas debidamente las deficiencias puestas de manifiesto por este Consejo, pueda ser objetable reparo esencial alguno a la sustanciación realizada que vicie de nulidad el mismo.

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, 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, 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 en 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)-.

Sin embargo, como dijo el Consejo de Estado en su dictamen de 3 de junio de 1999, “este carácter objetivo, tal y como en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, no implica que todos los daños pro-

ducidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos, de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan, que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la *lex artis*, de modo que tan solo en el caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la *lex artis*, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular, sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización”. En idéntica línea el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 2000 declaró que “el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es la de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado”, añadiendo en otra Sentencia de 25 de abril de 2002 que “prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas”.

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, de 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 amplia 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, dicha 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.- Con carácter previo al análisis pormenorizado de los requisitos de fondo exigidos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración antes mencionados, debe examinarse la concurrencia de las legitimaciones activa y pasiva ligadas a la pretensión indemnizatoria planteada por el reclamante y el plazo de ejercicio de la acción.

En cuanto a la legitimación activa de quien formula la pretensión resarcitoria nada es posible objetar, ya que resulta acreditada en cuanto la propugnan, a través de su representante, el titular del vehículo siniestrado y la compañía de seguros que tuvieron que hacer frente al coste de la reparación del vehículo accidentado -el primero asumiendo el coste de la franquicia pactada en su contrato de seguro y la entidad de la suma restante hasta la fijación de la totalidad del coste de la reparación-. Esta circunstancia queda acreditada por la factura expedida al efecto por el taller de reparación a nombre del titular del vehículo y en la que figura como pagada por éste el abono de la franquicia. Si bien no es posible estimar probado en el expediente el efectivo pago por la compañía aseguradora de la cantidad que le corresponde -tan sólo el titular del vehículo en declaración personal afirma que los costes de reparación “han sido asumidos” por la entidad a excepción de la cuantía correspondiente a la franquicia-, esta circunstancia no ha sido cuestionada por la Administración, sin que se haya requerido su oportuna justificación.

Igualmente es preciso señalar que ambos interesados actúan con representante designado al efecto, cuya condición ha resultado debidamente acreditada mediante sendas declaraciones suscritas por los afectados, dando así cumplimiento a lo previsto en el artículo 32.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva es necesario indicar en este punto que ha sido aceptada por la Administración Autonómica, al instruir de oficio un expediente de responsabilidad patrimonial en virtud de que los daños fueron causados en el desenvolvimiento del servicio público de conservación y explotación de una autovía de su titularidad, correspondiendo a aquélla, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 31.1.4ª del Estatuto de Autonomía, y de acuerdo con lo previsto en los artículos 20 y 20.bis de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha, su gestión y explotación, que comprende las medidas necesarias para la conservación y mantenimiento de la misma.

Esta legitimación pasiva, dada la existencia de un concesionario que tiene contractualmente encomendada la prestación del servicio público del mantenimiento de la autovía en la que se produjo el accidente, conlleva necesariamente no sólo el pronunciamiento de a cuál de las dos partes contratantes corresponde la responsabilidad -en virtud del artículo 97 del TRLCAP-, sino el examen de la procedencia o no de la reclamación y la declaración de la obligación de pago, si procediera, sea cual sea la entidad -Administración o concesionario- que resulte responsable.

En relación al plazo de ejercicio de la acción, hay que poner de manifiesto que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece el plazo de un año, debiéndose computar el mismo desde la fecha en que acaece el hecho que motive la indemnización o desde que la curación o la determinación de las secuelas en caso de daños de carácter físico o psíquico. En este supuesto, existiendo tan sólo daños materiales, la fecha de inicio del cómputo del plazo es la de producción del accidente, esto es, el 22 de octubre de 2005. Por lo tanto, ejercitada la acción el 11 de julio de 2006, debe entenderse que lo fue en el plazo legalmente establecido.

V

Efectividad del daño, examen de la relación causal y antijuridicidad.- En el expediente queda acreditada la realidad del daño alegado por el reclamante, consistente en el coste de la reparación del vehículo derivada de la rotura del cárter y el protector, pues así se deduce del informe de peritación elaborado a instancia de la compañía aseguradora y por la factura del taller descriptiva de las operaciones que fue necesario realizar para la reparación del turismo. Tal daño se corresponde con el que aparece descrito en los partes de accidente elaborados por la entidad concesionaria. Dicho daño es efectivo, evaluable económica-

mente, según se deduce de la propia factura, e individualizado tanto en la compañía de seguros -a quien corresponde el abono de la reparación en cumplimiento de la póliza suscrita-, como en el titular del vehículo -que abonó la cuantía correspondiente a la franquicia pactada en la misma-.

En cuanto a la relación de causalidad es preciso señalar que la parte anuda los daños a un anormal funcionamiento del servicio público de conservación de carreteras, pues mantiene que ha existido un incumplimiento del deber de mantener la vía circulatoria en adecuadas condiciones de seguridad para la conducción, al permitir la existencia de una piedra en la calzada proveniente de un talud cercano contra la que chocó el vehículo, produciendo los daños por los que reclama.

La propuesta de resolución, tras citar en términos generales que es doctrina de este Consejo la indemnizabilidad por los daños derivados de accidentes provocados por desprendimientos de piedras en vías circulatorias, afirma que sólo se ha probado por la parte la realidad del accidente, pero no las circunstancias del mismo, cuestionando incluso la existencia de la piedra en la calzada. Afirma así que “sólo prueban que se produjo [el accidente] y que pudo ser provocado por una piedra, pero no se deja constancia ni de la existencia de la piedra, ni del tipo de ésta, ni de la procedencia, ni del tiempo que ésta llevaba en la calzada. De existir dicha piedra, ésta podría haber sido depositada en la calzada como consecuencia de la acción de un tercero, incluso podría ser que procediese del camión que estaba adelantando, hipótesis más que razonable y no como consecuencia del desprendimiento del talud del lateral derecho de la calzada”.

Añadía que “en el parte del accidente redactado por el vigilante de la empresa de conservación y mantenimiento de la citada vía, no se observó tampoco la existencia de piedras desprendidas en la calzada de la citada carretera después del accidente, concretamente se especifica que en la calzada no hay ningún daño. No se dice que en la calzada hubiese piedra o piedras que hubiese que retirar, tan sólo se transcribe la declaración hecha por el interesado [...]. Si realmente el coche fue golpeado por alguna piedra ésta o sus restos deberían haber quedado en la calzada y el informe del vigilante de T no dice nada al respecto”.

Para contrastar estos datos sólo es posible recurrir a los documentos elaborados por la entidad concesionaria tras el accidente -cuya aportación al expediente ha venido siendo reiterada a lo largo del procedimiento por el interesado y sólo ha sido efectiva a petición posterior

de este Consejo-, sin que se haya practicado por los propios servicios de la Administración actuación instructora alguna dirigida a esclarecer los hechos y circunstancias que se cuestionan, pese a haber sido la propia Administración la que condujo el requerimiento inicial del reclamante a la vía de responsabilidad patrimonial de la Administración, sustanciando el oportuno procedimiento al efecto.

Atendiendo a tales documentos de la concesionaria T resulta que en el parte de accidente de tráfico suscrito por una vigilante adscrita a la entidad, se describe el siniestro indicando que “circulando por el carril izquierdo, adelanta a un camión cuando se ha encontrado con una piedra y la ha atropellado rompiendo el protector y el cárter del vehículo”. Adjuntaba croquis descriptivo en el que se reflejaba la existencia de la piedra en la calzada situada por delante del camión que estaba siendo adelantado y en el apartado de “daños producidos” refería: “en la calzada ninguno”.

En parte subsiguiente suscrito por la misma vigilante en relación a los datos del vehículo dañado, describe como “daños causados”, que “circulando por el carril izquierdo cuando adelantaba a un camión, se ha encontrado con una piedra y la ha atropellado, causando daños en su vehículo, en el cárter y el protector”.

En posterior informe emitido por el Director Técnico de T con fecha 25 de octubre posterior, señalaba que el vehículo “circula por la CM-42 (autovía de los Viñedos) en dirección a Toledo y a la altura del kilómetro 33+800 efectúa un adelantamiento a un camión por el carril izquierdo de la calzada encontrándose una piedra en dicho carril, sin darle tiempo para salvarla, impacta con ella provocando la rotura del chárter del vehículo con el consiguiente vertido de aceite sobre la calzada. El vehículo [...] lleva sólo un ocupante (el conductor) que sale ileso de dicho percance. En dicha incidencia no interviene la Guardia Civil no existiendo atestado”. En el apartado de “daños ocasionados” señala: “rotura de chárter del vehículo ocasionado por el impacto con una piedra sobre la calzada”. Adjunta en el informe croquis del accidente en el que figura la piedra ubicada en el carril izquierdo de la calzada por delante del camión al que estaba procediendo a adelantar.

Por su parte, el titular de la empresa H que prestó el servicio de grúa al conductor accidentado constata que el día 22 de octubre de 2005 recibió un aviso “para ir a recoger un vehículo al kilómetro 33,8 de la ctra CM-42, marca SEAT Toledo”. Añadía que “dicho vehículo se encontraba averiado al haber roto el cárter del mismo producido por el

desprendimiento en la mencionada carretera de unas piedras que golpearon en la parte baja del vehículo, por lo que se procedió a llevar el vehículo a nuestros talleres a los efectos de una posible reparación”.

Del contenido de los informes expuestos que, como se ha dicho, pese a ser cuestionado por la Administración no ha sido contrastado por ésta mediante actuación alguna, es posible estimar probada la existencia de una piedra en el carril izquierdo de la autovía CM-42 en el kilómetro 33,800, el impacto de dicha piedra contra los bajos del vehículo del que es titular el reclamante mientras se encontraba efectuando una maniobra de adelantamiento de un camión que circulaba por el carril derecho de la calzada, y como consecuencia de dicha colisión la producción de daños tales como la rotura del cárter y el protector con el consiguiente vertido de aceite en la calzada, que conllevaron la inmovilización del vehículo y su traslado en grúa a un taller de reparación. De tal siniestro derivaron únicamente tales daños materiales.

En cuanto al origen de la piedra, si bien no consta en los informes aportados, no es posible aceptar la hipótesis que la propuesta de resolución plantea como más razonable, de que la misma procediese del camión que se estaba adelantando, pues en los croquis descriptivos del accidente incorporados a los documentos elaborados por el personal de la empresa concesionaria, dicha piedra se sitúa por delante de la posición del camión, lo que imposibilita que físicamente proviniera del mismo. En el informe del conductor de la grúa se expresa que la piedra provenía “de un desprendimiento en la mencionada carretera” y en la propia propuesta de resolución se cita sin cuestionar su existencia el “talud del lateral derecho de la calzada”, lo que permite aceptar la posibilidad más que razonable de que la piedra tuviera tal procedencia. Tampoco ha mostrado la Administración en su actuación instructora la debida diligencia para averiguar el tiempo que la piedra había transcurrido en la calzada, a fin de justificar la imposibilidad de su actuación inmediata para mantener la vía en condiciones de seguridad.

La existencia de tal piedra en la calzada causante del accidente y la falta de acreditación de las circunstancias expresadas, evidencia una quiebra en las condiciones de conservación de la vía y del mantenimiento de la seguridad en la circulación que corresponden a la Administración y que entra en colisión con los deberes dimanantes de lo establecido en el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y 139 del Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo de

aquél, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, que establecen que “corresponde al titular de la vía la responsabilidad de mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales”.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha, encomienda a la Administración titular de la vía la gestión de la misma, concepto en el que se integra su explotación, la cual, conforme a lo previsto en el artículo 20.bis, comprende “las operaciones de conservación y mantenimiento”, que incluyen “todas las actuaciones necesarias para preservar en el mejor estado posible el patrimonio viario”.

El incumplimiento de los deberes de adecuada conservación y mantenimiento de la vía en condiciones de seguridad impuestos por las normas citadas, lleva consigo la existencia de un funcionamiento irregular del servicio público encomendado. Así lo ha venido admitiendo este Consejo Consultivo en supuestos similares al ahora examinado (valgan por todos el 162/2004, de 16 de diciembre, el 94/2003, de 24 de julio, el 116/2002, de 2 de octubre y el 145/2001, de 27 de diciembre), en los que ante un desprendimiento en la calzada que ha dado lugar a un accidente del que derivan daños, se ha apreciado la concurrencia de nexo de causalidad entre dichos daños y el funcionamiento del servicio público, por la falta de previsión o diligencia de quien debía vigilar el mantenimiento y conservación de la vía circulatoria, a quien compete también el cuidado de los taludes adoptando las medidas pertinentes para evitar desprendimientos y, por ende, los correlativos daños.

Esta conclusión no puede verse distorsionada en el presente caso por las afirmaciones vertidas de modo gratuito y careciendo de todo respaldo probatorio por la Administración en la propuesta de resolución, al señalar que “las condiciones climáticas eran adversas y el interesado puede que no tomase las precauciones y medidas exigidas por los artículos 19.1 del Real Decreto Legislativo 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y los artículos 45 y 46 del Reglamento General de Circulación, [que exigen a los conductores la moderación de la velocidad para adaptarla a sus concretas condiciones físicas y psíquicas y a las específicas meteorológicas o de la vía]. Si no se circulaba a la velocidad adecuada al ser un día lluvioso no se pudo frenar a tiempo o esquivar la presunta piedra que se encontraba en la calzada”.

Si bien de los partes e informes obrantes en el expediente se deduce que era un día lluvioso y que la visibilidad era reducida, esta circunstancia no supone que la maniobra de adelantamiento fuera incorrectamente realizada o que el conductor actuara indebidamente al no hacer uso del freno o no pretender esquivar el obstáculo, ya que tales actuaciones, lejos de evitar el accidente, hubieran supuesto un peligro potencial evidente para los eventuales conductores que utilizaban la autovía en ese momento. Asimismo, de tales documentos no es posible deducir indicio alguno -no se refleja que hubiera huellas de frenada, se constata expresamente que la carretera no presentaba ningún desperfecto- que permita concluir en que el afectado circulaba a una velocidad superior a la limitada para la vía por la que discurría, o no adecuada a las condiciones existentes, careciendo de base tal imputación.

Por otro lado no es posible aceptar la alegación formulada por la empresa concesionaria en el trámite de audiencia en relación a la ruptura del nexo causal al tratarse de un caso de fuerza mayor, al ser “la existencia de una piedra en la calzada totalmente imprevisible”, pues la normal conservación de la vía implica la vigilancia de la misma para mantenerla libre de obstáculos de todo tipo y las simples condiciones meteorológicas adversas con lluvia o viento no suponen por sí mismas sin más la concurrencia de fuerza mayor, la cual se caracteriza por la imprevisibilidad e inevitabilidad. Presupuestos que en este caso no ha resultado probado que concurrieran.

En suma, de todo lo expuesto no es posible sino concluir que existe nexo causal entre el funcionamiento irregular del servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras y los daños sufridos en el vehículo siniestrado, procediendo el abono de la correspondiente indemnización derivada de tales daños.

VI

Declaración del obligado al pago.- Establecida en la anterior consideración la conclusión de que procede la reparación de los daños causados por el irregular mantenimiento y conservación de la autovía, procede ahora determinar quién ha de resultar obligado al pago en virtud de la resolución que ponga fin al procedimiento tramitado.

Este planteamiento implica, por tanto, la admisión de que dicha resolución declare la obligación del concesionario; dicho de otro modo, que la Administración no está obligada a limitar su pronunciamiento a declarar la legitimación pasiva del concesionario, remitiendo al reclamante a la vía judicial para vindicar su derecho a ser indemnizado.

A juicio del Consejo este planteamiento no resulta extraño sino concorde con nuestro ordenamiento jurídico, por las siguientes razones, atinentes tanto a supuestos similares como a los daños causados a terceros por causa de la ejecución de los contratos que incluyen la prestación por el concesionario del servicio de mantenimiento de las carreteras de titularidad pública.

1.- Existe una previsión concreta en el supuesto de la responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria, prevista en la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé que “la responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del sistema nacional de salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”.

Es doctrina de este Consejo -dictamen 174/2006, de 11 de octubre, reiterada en otros posteriores- que en estos supuestos de causación de daños a pacientes por tratamientos producidos en centros sanitarios privados concertados se impone una interpretación sistemática del artículo 97 del TRLCAP y la mencionada disposición adicional 12^a-, de la que cabe extraer las siguientes proposiciones:

“- La referencia a la prosecución del procedimiento de responsabilidad patrimonial incluida en la citada disposición adicional 12^a hace inapropiado invocar falta de legitimación pasiva por parte de la Administración Sanitaria para conocer de reclamaciones como la planteada, en la que se le exige indemnización por los daños derivados de la asistencia médica prestada fuera de su red asistencial, pero por encargo de aquélla.

- A tenor de las facultades que en tal sentido se reconocen al órgano de contratación en el procedimiento singular regulado en el artículo 97. 3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -a cuyo cuerpo normativo remite globalmente el concierto suscrito por la entidad titular de la Clínica [...]-, resulta procedente que el órgano administrativo facultado para resolver sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial emita un pronunciamiento declarativo de la responsabilidad producida en el que se señale que ésta recae sobre el contratista o entidad suscriptora del concierto, si se dan los supuestos

caracterizadores del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

- El procedimiento al que alude el apartado 4 del artículo 97 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la reclamación de los daños imputados al centro sanitario concertado con la Administración, en estos supuestos, es el procedimiento de responsabilidad patrimonial al que se refiere la indicada disposición adicional 12^a, que conduce lógicamente al ulterior conocimiento de la cuestión por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

- El sistema apuntado resulta plenamente operativo y garantista de los derechos de los usuarios que son derivados a clínicas y hospitales concertados, puesto que en el caso de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial antedicho concluyera con una resolución estimatoria para el perjudicado, que declare la responsabilidad del centro concertado y la suma en que se cifre la indemnización, éste último, a quien se habrá de notificar la resolución adoptada, podrá impugnar la decisión de la Administración llevando a conocimiento del orden contencioso-administrativo todas las cuestiones suscitadas, con plena salvaguarda de los intereses del damnificado, o aceptar dicha declaración de responsabilidad permitiendo su firmeza, con la consiguiente asunción de la obligación de indemnizar [...]”.

2.- La previsión para el caso de los daños derivados de la actuación de concesionarios se contempla expresamente en nuestra legislación en el artículo 123 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, precepto que no ha sido objeto de derogación expresa y que, a juicio de este Consejo, se encuentra vigente. Su tenor literal expresa: “Cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, en la forma prevista en el párrafo 2 del artículo 122, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla, de acuerdo con el párrafo 2 del artículo 121. Esta resolución dejará abierta la vía contencioso-administrativa, que podrá utilizar el particular o el concesionario, en su caso”.

El sector doctrinal que cuestiona su vigencia vincula su tácita derogación al artículo 97 del TRLCAP. Es criterio de este Consejo que no existe incompatibilidad entre el contenido de uno y otro precepto.

El procedimiento regulado en el artículo 97, entendido como el mero pronunciamiento ante el tercero dañado, sobre a cuál de las par-

tes contratantes corresponde la responsabilidad por el hecho causante, no está en contradicción con la posibilidad de integrarlo o convertirlo en un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, en el que se examina la relación causal. Negar esta posibilidad legal implica abocar a una división de la contigencia de la causa pues, declarada por la Administración solamente la legitimación pasiva del contratista concesionario, orientando con ello al tercero dañado al ejercicio de su acción en vía civil frente al mismo, éste no sólo tendría que plantear su defensa en dicho orden jurisdiccional, sino que podría también recurrir en vía contencioso-administrativa el pronunciamiento de la Administración.

En suma, el artículo 97 si es entendido como contrario a su compatibilidad con el 123 de la Ley de Expropiación Forzosa genera más problemas de índole procedimental y procesal a todas las partes intervinientes: las contratantes y el tercero dañado como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.

Como se verá a continuación la ejecución del contrato en este caso requiere en virtud de sus cláusulas la indemnización de “manera inmediata” del tercero dañado por el contratista concesionario.

3.- El objeto del contrato de concesión de obra pública suscrito en fecha 5 de junio de 2003 entre la entonces Consejería de Obras Públicas y la entidad T, incluyó tanto la redacción de proyecto y construcción, como la posterior explotación, mantenimiento y conservación de la autovía de CM-42 en el tramo Toledo-Consuegra, por un periodo de treinta años.

La Ley aplicable al mismo es la siguiente:

Conforme al artículo 343 del TRLCAP es obligación general del concesionario en este tipo de contratos la de “indemnizar los daños que se ocasionen a terceros por causa de la ejecución de las obras o de su explotación, cuando le sean imputables según el artículo 97 de esta Ley”. Asimismo, el artículo 244.1 dispone en cuanto al uso y conservación de la obra pública, que “el concesionario deberá cuidar de la adecuada aplicación de las normas sobre uso, policía y conservación de la obra pública”, especificando en su apartado 4 que “el concesionario deberá mantener la obra pública de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación”.

Estas obligaciones legales se han trasladado y concretado en el presente caso en el Pliego de cláusulas económico-administrativas rector de la concesión, que prevé así en la cláusula 24.1 que “el concesionario asumirá los riesgos y responsabilidades de toda índole que se deriven de la redacción del proyecto de construcción y de la financiación, construcción, explotación, mantenimiento y conservación de la autovía y de aquellos otros elementos comprendidos en el contrato”. Y en la cláusula 24.16 señala que el concesionario “mantendrá en perfecto estado la autovía, terrenos e instalaciones afectas, dentro de las normales condiciones de pulcritud y cuidado estético, obedeciendo las indicaciones que sobre el particular le haga la Administración, en cuyas funciones colaborará activamente. Deberá tener personal disponible para hacer frente a las anomalías en el estado de la carretera, adoptando las medidas necesarias para corregirlas. Por anomalías se entienden aquellas situaciones que inciden sobre el normal desarrollo del tráfico, como accidentes, retenciones, obstáculos en la carretera, inundaciones, nevadas y otros de naturaleza análoga”.

Asimismo, en la cláusula 24.17 indica que: “[...] Conservará las instalaciones fijas en perfecto estado para la prestación de los servicios, efectuando el mantenimiento y conservación y las reparaciones necesarias para ello”.

Para la efectividad del cumplimiento de tales obligaciones el artículo 249.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ha previsto como prerrogativa de la Administración la de “vigilar y controlar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario”.

Por último, la cláusula 24.15 del Pliego de Cláusulas Económico-administrativas rector de la contratación, aceptado y suscrito por el contratista, señala que:

“Será obligación del concesionario indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros y a la Administración o al personal dependiente de la misma como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, en la forma que señala el artículo 97 de la LCAP.

De acuerdo con el párrafo anterior, el contratista deberá proceder de manera inmediata a indemnizar y reparar de forma totalmente satisfactoria dichos daños y perjuicios”.

Por todo lo anterior es evidente que la obligación de indemnización corresponde al concesionario y es parecer de este Consejo que dictar una resolución que le obligue a reparar los daños ocasionados por el irregular estado de la vía, es la forma más adecuada que tiene la Administración de hacer cumplir esta última cláusula contractual citada, resolución administrativa que, dado su carácter ejecutivo, es el medio pertinente para cumplir la exigencia de inmediatez que establece la cláusula citada en último lugar.

La incoación de oficio -puesto que en un principio no había reclamación dirigida frente a la Administración- del expediente de responsabilidad patrimonial supone, de modo implícito, una interpretación de dicha cláusula que avala la posibilidad de una resolución administrativa que obligue al concesionario al pago de los daños causados.

Esta solución no es sólo plenamente garantista de los derechos del usuario de los servicios públicos, sino que también, respetando los derechos del concesionario, garantiza el mejor cumplimiento del contrato.

En definitiva, en el presente supuesto la responsabilidad existente es imputable al concesionario, procediendo que la Administración declare la misma y la obligación de indemnizar al usuario afectado en los términos que se expresarán en la consideración siguiente.

VII

Sobre la indemnización solicitada.- El interesado cuantifica la indemnización solicitada en 680,36 euros, cantidad ésta que se corresponde con el importe de la factura expedida con fecha 9 de diciembre de 2005 por la entidad R a nombre del titular del vehículo, tras la reparación del mismo, y que comprende tanto la parte correspondiente a la compañía aseguradora (379,85 euros), como la relativa a la franquicia que contrató el particular (300,51 euros).

La citada factura reúne básicamente los requisitos de contenido exigidos en el artículo 6 del Real Decreto 1496/2003, de 28 noviembre, por el que se aprueba el reglamento que regula las obligaciones de facturación, y dan cumplimiento a las exigencias de detalle establecidas en el Decreto 96/2002, de 25 junio, sobre protección de los consumidores en la prestación de servicios por talleres de reparación de vehículos automóviles.

Si bien la parte correspondiente a la franquicia aparece abonada,

tal como se acredita en documento firmado por la empresa citada, no se ha acreditado así -como se ha indicado en consideraciones precedentes- la parte correspondiente a la compañía aseguradora, por lo que tal aspecto debería ser cumplimentado previamente al pago de la indemnización.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que existiendo relación de causalidad entre los daños sufridos por el vehículo M tras el accidente acaecido el día 22 de octubre de 2005 en el punto kilométrico 33,800 de la autovía CM-42 y el servicio público de conservación de la vía prestado por la entidad concesionaria T, procede dictar resolución estimatoria, reconociendo el derecho del interesado a la percepción de una indemnización de 680,36 euros, y declarando la obligación de pago de la citada entidad concesionaria en los términos señalados en la Consideración VI, con notificación de la resolución a ésta y al reclamante.”

Toledo, 16 de enero de 2008

DICTAMEN EMITIDO POR EL CONSEJO CONSULTIVO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL A INSTANCIA DE D. X Y D^a Z, COMO CONSECUENCIA DEL FALLECIMIENTO DE SU HIJO, D. W, EL DÍA 16 DE ENERO DE 2006, EN ACCIDENTE DE TRÁFICO OCURRIDO EN LA CARRETERA CM-412

Resulta de los ANTECEDENTES

Primero. Reclamación.- Con fecha 5 de enero de 2007 tuvo entrada en el registro correspondiente escrito dirigido a la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, mediante el cual D. X y D^a Z interponían reclamación de responsabilidad patrimonial como consecuencia del fallecimiento de su hijo, D. W, el día 16 de enero de 2006, en accidente de tráfico, ocurrido en la carretera CM-412.

Según relatan los reclamantes, “el accidente se produjo cuando W [...] y a la altura del punto kilométrico 291,800 de la carretera comarcal 412 (Porzuna-Almansa) -término municipal de Albatana-, se produce colisión por embestida perpendicular central entre los vehículos implicados Ford Escord 1.3 matrícula K conducido por W y Renault Trafic matrícula F conducido por R”.

Se continuaba exponiendo que “el vehículo conducido por W iba en dirección Porzuna y el vehículo conducido por R iba en dirección Almansa, cuando en un momento dado aquel pierde el control sobre el vehículo iniciando una trayectoria sinusoidal invadiendo el carril contrario de forma repetitiva es decir “haciendo eses” hasta el punto que queda atravesado en dicho carril contrario y es investido en su lado derecho por el frontal del vehículo Renault Trafic, arrastrando al Ford Escord hasta empotrarlo con el guardarrail de la parte derecha de la calzada según sentido de circulación ordinario que llevaba W, falleciendo prácticamente en el acto. [] Si bien en el citado atestado, los agentes instructores concluyen como causa de la pérdida del control del vehículo, una eventual distracción o desatención de W, lo cierto es que tal pérdida de control fue causada única y exclusivamente porque la calzada estaba impregnada de una sustancia deslizante que impedía la normal

adherencia a la calzada de los neumáticos del vehículo conducido, máxime cuando dicha sustancia había sido diluida y expandida más por la carretera como consecuencia del agua de lluvia que estaba cayendo”.

Estiman los reclamantes que “se dan las condiciones para que nazca la obligación de indemnizar por el fallecimiento de W, puesto que se acredita la relación causal entre dicho daño y el actuar incorrecto del servicio de mantenimiento de la carretera, el cual teniendo conocimiento de las circunstancias de la calzada y de la existencia de otros accidentes previos provocados por esa mancha de líquido deslizante, no pusieron los medios a tiempo de evitar dicho accidente como habría podido ser a título de ejemplo, señalizar la zona, limpiarla o cubrirla con arena u otras actividades adecuadas para eliminar dicho grave riesgo que ya se había materializado antes en algún accidente en la misma zona”.

Los interesados consideraban que “en el presente supuesto, o bien algún vehículo que circulaba por esa carretera derramó líquido deslizante, lo que ocurrió antes de las 16 horas del día 16-1-06, o bien simplemente la carretera estaba manchada de dicho líquido deslizante desde hacía tiempo y fue activado por la acción de la lluvia. En cualquiera de ambos supuestos, existió demora en la reacción para solventar el problema una vez conocido el mismo, puesto que al menos una hora y media antes del accidente de W, e incluso con mayor tiempo de antelación, la Guardia Civil tuvo conocimiento del peligro existente en la vía por haberse producido otros accidentes o deslizamientos de vehículos, siendo avisado el servicio de mantenimiento de la carretera, que no se desplazó de forma inmediata y diligente al lugar, es decir, con la premura exigida por las circunstancias para cumplir su obligación de eliminar objetos, elementos o sustancias peligrosas para la circulación. () Ello supuso que nuestro hijo no pudiera ser avisado del peligro o que éste se hubiera suprimido y por ello se produjo un accidente que era evitable a tenor de las circunstancias concurrentes”.

La cantidad reclamada como indemnización se cifró en un total de 98.419,23 euros más actualización e intereses legales, montante que se desglosaba en 88.562,94 euros como indemnización por muerte, de acuerdo a la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 24 de enero de 2006, el 10% de esta cantidad y 1.000 euros correspondientes a los restos del vehículo siniestrado.

Al escrito de reclamación adjuntaron los siguientes documentos:

- Informe pericial de fecha 26 de diciembre de 2006, elaborado

por Ingeniero Superior Industrial, en el que se concluye que “la pérdida de control acaecida al Ford Escord en el momento de salir de la curva fue debida a la falta de adherencia de los neumáticos sobre la calzada de circulación, producida por la existencia de alguna sustancia sobre la superficie de la misma”.

- Sentencia de 10 de octubre de 2006, dictada por el Juzgado de Instrucción número 2 de T, por la que se absuelve a D. R de la falta de imprudencia con resultado de muerte de la que fue imputado, declarando como hecho probado que tanto en el tramo donde se produjo el accidente como en otros tramos cercanos y en el mismo carril “tuvieron lugar ese mismo día y media hora o una hora antes varios accidentes de circulación, en concreto cuatro coches se salieron de la calzada debido a la existencia de aceite u otro fluido similar en la calzada, y otros dos conductores perdieron el control del vehículo o éste le hizo un “extraño” por esta misma razón”. En los fundamentos jurídicos reseñaba que “en cuanto a la prueba practicada en orden a probar que en la carretera había aceite u otro elemento que causó otros accidentes o incidentes ese mismo día y en el mismo tramo, hay que afirmar que sí se estima probado y así se ha declarado, pero no puede decirse que esta fuera la causa de que el conductor del turismo perdiera el control de su vehículo porque no se trataría más que de una hipótesis, sin olvidar que nos encontramos en sede penal y que el denunciado es R y es la diligencia de éste la que hay que examinar y no la conducción realizada por W que se examinará, en su caso, si se reclama contra su aseguradora en el correspondiente procedimiento civil”.

- Acta de comparecencia ante la Guardia Civil de Tráfico de T de D. L en fecha 17 de enero de 2006, quien manifestaba que el día anterior a las 15.00 horas en la carretera CM-412 a la altura del punto kilométrico 295 a la salida de Ontur “aprecia una sustancia deslizante en el asfalto la cual le hace perder el control del vehículo a la salida de una curva, provocando que el mismo se saliera de la vía tras haber dado varios bandazos quedando el mismo empotrado en el lado derecho de la mencionada vía en dirección a Hellín. Que encontrándose en el lugar del accidente esperando la grúa de asistencia, varios usuarios de la misma vía se pararon a observar el accidente, manifestando éstos que habían sufrido deslizamientos con sus vehículos. Que a la llegada de la grúa de asistencia el conductor de la misma manifiesta que el asfalto se encontraba resbaladizo con reflejos sugerentes de la existencia de algún tipo de vertido. [...] Que en la misma zona y en el mismo tramo horario se produjeron al menos tres accidentes más [...lo que] hace pensar que el estado del asfalto no era el adecuado. [...] Que sobre las 16:00

horas del mismo día del accidente llamó a la Guardia Civil de Tráfico de Albacete para explicarle lo sucedido, informando que tenían constancia de otros deslizamientos en la misma zona y que hacía una hora que habían dado aviso al servicio de mantenimiento de carreteras para que lo solucionase”.

- Declaración de testigo practicada en diligencias previas procedimiento abreviado ./2006 seguido ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de T en la que comparece D. U como representante de Grúas G, afirmando que en la tarde del 16 de enero de 2006 prestó cuatro servicios en la carretera CM-412 en el tramo Fuente Álamo a Mora de Santa Quiteria. En el accidente que se produjo a la salida de Ontur “pudo apreciar la existencia de una gran mancha de cuatro o cinco metros de gasoil, extendida en la carretera, pegada a la línea blanca en el lado derecho. Que estando en el accidente de Albatana que motiva las presentes diligencias el testigo vio al equipo de conservación de obras públicas y allí oyó que iban a echar unos sacos de arena. Que de lo que vio en este accidente no le llamó nada la atención, que cree que la causa fue el agua”.

Segundo. Admisión a trámite.- La Secretaria General Técnica de la Consejería de Obras Públicas, en fecha 19 de enero de 2007, acordó incoar el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y designar instructor del mismo, informando a los reclamantes de la competencia y el plazo máximo para resolver, así como de los efectos de la falta de resolución en dicho plazo.

Tal acuerdo fue comunicado al instructor designado y notificado por éste a los interesados el 1 de febrero de 2007, requiriéndoles, asimismo, para que aportaran determinada documentación relacionada con el vehículo siniestrado, el accidente y la acreditación de los daños reclamados.

Mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2007 los interesados aportaron la documentación requerida, entre la que se encontraban los siguientes documentos:

- Documentación del vehículo siniestrado, en la que consta que su propietario era D. X, uno de los reclamantes.

- Declaración jurada de los reclamantes, de fecha 9 de enero de 2007, en la que declaran haber recibido de compañía aseguradora B 15.000 euros para cada uno de los mismos, como progenitores del falle-

cido como consecuencia del accidente.

- Copia del Atestado instruido por la Guardia Civil como consecuencia del accidente, en el que se incluye como causa mediata del accidente “relativas a fenómenos atmosféricos: la calzada se encontraba mojada por lluvia, desconociéndose si en el momento del accidente llovía, o lo había hecho con anterioridad al mismo”. Y como causa principal o eficiente, se consideró la circunstancia de “invadir el carril reservado al sentido contrario debido a una posible distracción o desatención en la conducción por parte del conductor del turismo Ford Escord”. Asimismo, los instructores relataron la forma en la que, a su parecer, pudo tener lugar el accidente: “sobre las 16’20 horas del día 16 de enero de 2006, circulaba el turismo Ford Escord, matrícula K, conducido por D. W [...] por la carretera CM-412 (Porzuna-Almansa), sentido Porzuna, cuando al llegar a la altura del km 291,800, término municipal de Albatana (Albacete), Partido Judicial de Hellín (Albacete), su conductor, posiblemente por una distracción en la conducción, invade el carril reservado al sentido contrario, colisionando por embestida perpendicular central, contra el turismo [...] conducido por D. R [...] y ocupado por D. H[...], que circulaba por el carril derecho de circulación, sentido Almansa, con el resultado ya conocido”.

Los reclamantes solicitaron la práctica de prueba documental, consistente en los documentos presentados con el escrito inicial, así como nuevos documentos, incluido el CD conteniendo el acta del juicio ante el Juzgado de Instrucción de T; pericial para que el perito que emitió el informe presentado con la reclamación se ratifique en el mismo; así como la testifical de D^a C, D^a E, D. I y de D. L, para que todos ellos se ratifiquen en las declaraciones efectuadas ante el Juzgado.

Tercero. Informes emitidos.- En fecha 9 de abril de 2007 la Jefa de Sección de Contratación, Expropiaciones y Asuntos Jurídicos de la Delegación Provincial de Obras Públicas de Albacete emitió informe sobre el asunto, proponiendo la desestimación de la reclamación interpuesta, ya que “el factor preponderante del accidente y del resultado dañoso producido es la propia conducta del conductor reclamante, el cual como conductor no cumplió con los especiales deberes que pesan sobre el mismo [...]”.

El 16 de marzo de 2007 el Jefe de Sección, con el visto bueno del Jefe de Servicio correspondiente de la Delegación Provincial de la

Consejería de Obras Públicas en Albacete, informó en el siguiente sentido acerca del accidente:

“a) la única y posible conexión existente entre esta accidente y el resto de accidentes ocurridos en esa misma carretera, son las condiciones meteorológicas comunes a todos ellos: seguramente adversas (había llovido recientemente), y el pavimento que seguramente estaba mojado. Para cuyas situaciones, el conductor, debe atemperar la velocidad a la situación de la vía.

b) El accidente se produce seguramente a consecuencia de una distracción del conductor, seguramente agravada por una velocidad inadecuada de los vehículos para el estado de la vía. Hecho que queda entiendo demostrado, dado que la visibilidad del tramo de carretera, en el que produce el accidente, es muy bueno, y en cualquier caso ante las maniobras anormales avistadas por los conductores existe distancia suficiente como para reaccionar al accidente, o en cualquier caso que se hubiese producido una colisión más suave”.

Asimismo, el 16 de marzo de 2007 el Vigilante de Carreteras adscrito al Servicio de Carreteras de la Delegación Provincial de Obras Públicas en Albacete emitió el siguiente informe:

“Con motivo de una llamada recibida por parte del Servicio del 112 o de la Guardia Civil (no recuerdo con certeza), se sale a la carretera CM-412, p.k. 291+800, el día 16 de enero de 2006, a las 17,00 horas, a consecuencia de un accidente ocurrido en dicho lugar. En el trayecto de ida al lugar del accidente, nos llaman de nuevo al teléfono de emergencias, indicándonos que se había producido otro accidente de tráfico en esa misma carretera CM-412, pero a la altura del p.k. 301+050. No obstante por indicación de esa misma llamada, nos comunican que se trataba de un accidente leve, y que apenas existían restos del mismo en la cazada. Por lo que nos dirigimos directamente al p.k. 291+800, procediendo a la limpieza del lugar. Estando en el p.k. 291+800 limpiando el mismo, la Guardia Civil nos comunica de viva voz que se había producido un nuevo accidente en el p.k. 285+720. Por lo que nos dirigimos a éste lugar, y por último al p.k. 301+050. () Personado en los tres lugares indicados arriba, es decir en los p.k. 291+800, posteriormente en el p.k.285+720 y por último en el 301+050, se retiran de la cazada todos aquellos restos de los vehículos accidentados. No observándose en ningún caso en los lugares de los accidentes, ni en las inmediaciones, restos algunos de líquidos o cualquier otra sustancia deslizan-

te, salvo los propios perdidos por los vehículos implicados en esos mismos accidentes”.

El informe del Vigilante de Carreteras, D. M, de 17 de enero de 2006, dirigido al Jefe del Servicio de Carreteras en Albacete, dice que “Por la presente le comunicamos que en el día de referencia hubo salida de personal a carretera con objeto de retirar obstáculos del firme en tres accidentes de tráfico, según se detalla a continuación:

Carreteras:

CM-412, P.K. 285,720 - De Mora a Santa Quiteria de Albatana

CM- 412, P.K. 291,800 - De Albatana a Ontur

CM- 412, P.K. 301,050 -De Ontur a Fuente- Álamo

Personal:

M en horario de 17,00 h a 23,00 h ”.

Cuarto. Trámite de audiencia.- El 14 de mayo de 2007 los interesados recibieron notificación del oficio mediante el cual se les concedía un plazo de diez días para formular alegaciones, adjuntándose relación de los documentos obrantes en el procedimiento.

Tras recibir copia de la totalidad del expediente, los interesados presentaron escrito de alegaciones el día 13 de junio de 2007 en el que rebatiendo los informes incorporados al expediente, alegaron que “la circunstancia que ni el agente de la Guardia Civil ni el vigilante de carreteras aludan a la existencia de aceite o gasoil en la calzada, más bien consideramos que podría tener relación con un intento natural de no poner al descubierto la propia responsabilidad de tales funcionarios, en la medida que tenían conocimiento de dos accidentes similares ocurridos en la misma zona antes del ocurrido al hijo de los firmantes y no pusieron los medios para erradicar el riesgo de nuevos accidentes. Recuérdese que uno de los accidentados llamó por teléfono a la Guardia Civil par advertir del riesgo por la existencia de sustancias deslizantes en la carretera y no se llegó a accionar ningún dispositivo, razón por la que esta misma reclamación de responsabilidad patrimonial también se sigue ante el Ministerio del Interior -Jefatura Central de Tráfico de la Guardia Civil-”. Se terminó solicitando la práctica de prueba testifical de las siguientes personas: D^a P (accidentada), D. S (accidentado), D^a C

(accidentada), D. U (conductor de grúa), D. M (vigilante carretera); D. I (chofer de camión de gasóleos - manifestó ver rastros aceitosos desde Fuentealamo hasta Albatana y se le fue el camión en el mismo tramo).

Quinto. Primera propuesta de resolución.- Por parte del instructor del expediente se formula con fecha 12 de julio de 2007 propuesta de resolución en la que se propone la desestimación de la reclamación interpuesta, al entender que la mancha de aceite existente en la carretera fue obra de un tercero, lo que rompería el nexo causal, y además por la inexistencia de obligación alguna por parte de la Administración de reparar los daños producidos por ocasionales y no previsibles. Considera la propuesta que los servicios de vigilancia y mantenimiento de carreteras actuaron correctamente una vez que tuvieron conocimiento de los accidentes.

Sexto. Informe del Gabinete Jurídico.- El 10 de octubre de 2007 el Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha emitió informe mediante uno de sus letrados, considerando que “la futura resolución definitiva del expediente no debe partir de la existencia de la mancha de aceite como hecho probado por la Sentencia, por cuanto viene siendo expuesto, y en definitiva porque la propia juzgadora ha excluido tal circunstancia de su ámbito de decisión, y así debiera razonarse en orden a una correcta motivación sin perjuicio de que a continuación, con carácter subsidiario, se descarte igualmente la existencia de responsabilidad patrimonial sobre la base de la inexigibilidad de una actuación inmediata de los servicios de vigilancia y mantenimiento en la hipótesis rechazada de la presencia de aceite en la vía pública, en los términos en que la propuesta correctamente argumenta”. Asimismo, se compartía la improcedencia de reconocer el derecho a la indemnización solicitada.

Séptimo. Acuerdo del Consejo Consultivo.- Este Consejo Consultivo, con fecha 14 de noviembre de 2007, requirió a la Consejería consultante para que procediera a acordar lo procedente respecto a la solicitud de práctica de pruebas realizada por los interesados a lo largo del procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 80.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En el mismo Acuerdo el Consejo consideró necesario dar trámite de audiencia al Ministerio del Interior, al tener constancia de la exis-

tencia de una reclamación paralela a consecuencia de los mismos daños derivados del accidente. En cumplimiento de lo acordado se dio traslado del expediente al Ministerio del Interior y el día 28 de enero de 2008 tuvo entrada oficio de la Jefa de Servicio de Indemnizaciones Patrimoniales de dicho Ministerio en el que se comunica que se está tramitando reclamación por responsabilidad patrimonial en base a los mismos hechos, encontrándose el procedimiento en fase de instrucción.

De estas últimas actuaciones se ha dado traslado a los reclamantes, quienes mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2008 aportan copia del escrito de reclamación presentado el día 5 de enero de 2007 ante el Ministerio de Interior.

Octavo. Nueva propuesta de resolución.- La propuesta de resolución definitivamente suscrita por el instructor del expediente, que tiene fecha de 4 de marzo de 2008, propone la desestimación de la reclamación por las mismas razones que en la primera propuesta, esto es, por entender que la mancha de aceite existente en la carretera fue obra de un tercero, lo que rompería el nexo causal. Considera además que los servicios de vigilancia y mantenimiento de carreteras actuaron correctamente según el estándar de eficacia exigible a la Administración Autonómica que, en función de los medios de que dispone, se cumple cuando la periodicidad con que se procede a la conservación es de cada tres días, y es con esa periodicidad con que se producen dichas labores de prevención, por lo que no le es imputable los accidentes producidos. Se concluye afirmando que, por las razones expuestas, es innecesario determinar si la causa del accidente fue o no dicha mancha de aceite.

La propuesta de resolución responde a la cuestión suscitada por este Consejo sobre la necesidad de motivar en el procedimiento el rechazo de la apertura de trámite de prueba a instancias de los interesados, afirmando que, a la vista de lo establecido en el artículo 80.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, se han tenido por ciertos los hechos que se pretendían probar, por la vinculación que tiene para la Administración la declaración de hechos probados realizada por un órgano jurisdiccional, deviniendo por tanto innecesaria cualquier actividad probatoria.

En tal estado de tramitación VE. dispuso la remisión del expediente a este Consejo Consultivo, en el que tuvo entrada con fecha 17 de marzo de 2008.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- En el presente expediente se plantea a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha una pretensión indemnizatoria por responsabilidad patrimonial, tramitada de acuerdo a lo previsto en los artículos 139 a 144 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, regulador de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, en cuyo artículo 12.1 se establece al efecto: “Concluido el trámite de audiencia, en el plazo de diez días, el órgano 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. A este efecto, remitirá al órgano competente para recabarlo todo lo actuado en el procedimiento, así como una propuesta de resolución que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 13 de este Reglamento o, en su caso, la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento”.

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 el Consejo Consultivo deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando el importe de las mismas exceda de seiscientos un euros.

Consiguientemente, dado que los daños reclamados han sido cuantificados en 98.419,23 euros, cantidad que excede de la cifra a la que se anuda la obligatoriedad de la consulta, ha de conferirse al presente dictamen carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- En la tramitación del procedimiento se ha seguido, en lo sustancial, el cauce formal definido en el Capítulo II del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que desarrolló lo previsto en el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hallándose el expediente remitido adecuadamente ordenado y debidamente foliado, lo que ha propiciado su normal examen y cono-

cimiento.

No obstante lo anterior, del conjunto de lo actuado debemos destacar la irregularidad que se produce en el procedimiento en el que se ha omitido una resolución motivada sobre la propuesta de prueba efectuada por los reclamantes.

Así, en escrito presentado el día 9 de febrero de 2007 los interesados propusieron la práctica de prueba documental, para lo que aportaron diversos documentos, entre otros, la grabación del juicio celebrado en el Juzgado de Instrucción nº 2 de T; pericial, para lo que aportaron informe escrito de perito; así como testifical, para lo que solicitaron que se tomase declaración a cuatro personas a fin de que se ratificasen en las declaraciones efectuadas en el juicio celebrado en el Juzgado de Instrucción. Asimismo en el escrito de alegaciones reiteraron su petición y ampliaron el número de testigos, señalando a otros afectados por accidentes en esa vía el mismo día del siniestro, al conductor de la grúa y al vigilante de carreteras que se personó en el lugar, reservándose la parte la aportación del listado de preguntas relacionadas con los hechos y circunstancias de los accidentes.

Al no haberse pronunciado el instructor sobre la admisión o el rechazo de la prueba propuesta, el Consejo advirtió sobre esta deficiencia en el acuerdo adoptado el 14 de noviembre de 2007.

Tras el citado acuerdo, la propuesta de resolución ha fundamentado la falta de pronunciamiento expreso sobre la prueba solicitada en la vinculación a los hechos probados de la Sentencia de un juicio de faltas celebrado ante el Juzgado de Instrucción de T, que hacía innecesaria la prueba; considerando que es facultad del instructor acordar la apertura de periodo de prueba cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados o la naturaleza del procedimiento lo exija (artículo 80.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Una interpretación acorde con el tenor literal del artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como con la finalidad de la prueba y sus garantías en el procedimiento, llevan a este Consejo a considerar que se imponía una resolución motivada de inadmisión de la prueba propuesta por los interesados, porque en este caso no puede afirmarse que el instructor tuviera por ciertos todos los hechos alegados por los reclamantes y porque, como luego se expondrá, la vinculación a los hechos declarados probados por una sentencia penal, dictada en un procedimiento en el que fue imputada una tercera persona ajena a la

Administración, no hacía innecesaria la actividad probatoria en un procedimiento administrativo por distinta causa y objeto.

Comenzando por la primera cuestión, se ha de observar que en el apartado 2 del artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se alude a los hechos “alegados” por los interesados, no a los relevantes y, si bien a la postre serán los relevantes los que fundamentarán la decisión de la Administración, ello no significa que su selección pueda ser decidida a priori al margen del proceso lógico y formal por el que los hechos pueden ser traídos al procedimiento administrativo. Además, en ese proceso de construcción de los hechos del procedimiento administrativo es preciso que se posibilite la intervención de los interesados, con el fin de evitar que se produzca indefensión.

Con dicha finalidad de garantizar la efectividad de la tutela de sus derechos e intereses legítimos, facilitando su intervención en la proposición y práctica de la prueba, la facultad que el apartado 2 del artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, confiere a la Administración se limita en el apartado 3, según el cual, “el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias mediante resolución motivada”. Ello exige que, cuando los reclamantes soliciten la práctica de pruebas que consideren necesarias para la defensa de su derecho, el instructor podrá rechazarlas, pero deberá hacerlo ofreciendo las razones por las cuales las considera manifiestamente improcedentes o innecesarias, para lo que deberá emitir una resolución motivada.

En el presente caso la naturaleza del procedimiento en el que son controvertidos hechos de trascendencia para fundamentar la resolución de fondo, habría aconsejado la apertura formal del trámite de prueba, a tenor del apartado 2 del artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o cuanto menos una resolución motivada conforme al apartado 3 del mismo precepto.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a los efectos sobre este procedimiento de la Sentencia dictada por el Juzgado de Instrucción de T, este Consejo considera que no existe una norma legal procesal de la que resulte una vinculación absoluta como la que se ha hecho valer hasta el punto de hacer innecesaria la prueba propuesta.

En el dictamen 45/2008 de 12 de marzo, en el que la vinculación a los hechos de la sentencia penal resultaba de la aplicación de lo pre-

visto en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al aparecer imputadas personas al servicio de la Administración, se afirmó que la vinculación a los hechos probados de la sentencia penal no excluía el derecho de la parte reclamante a la prueba en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.

Con mayor fundamento debió de respetarse el derecho de la parte a la prueba en el presente caso, en el que no resulta aplicable el citado artículo 146.2 como tampoco podría ser aplicable el artículo 7.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por analogía, como con notable imprecisión se afirma en la propuesta de resolución. En el primer caso, porque el proceso penal no se dirigió contra ninguna persona al servicio de la Administración, sino contra un tercero ajeno a la misma; y en el segundo porque falta la identidad de razón de los supuestos, entre los que no existe la similitud que posibilitaría la aplicación analógica de la norma (artículo 4.1 del Código Civil). Dicha norma es además una norma especial de procedimiento en materia sancionadora ajena al ámbito administrativo en el que nos encontramos.

Ahora bien, que no sea aplicable el artículo 146.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por cuanto el proceso penal fue seguido frente al conductor de un vehículo que circulaba en dirección contraria al del fallecido, al que se le imputaba una falta de imprudencia del artículo 621.2 en relación con el artículo 621.4 del Código Penal, no significa desconocer los hechos declarados probados por la sentencia penal.

Tal respeto a los hechos probados de la Sentencia del Juzgado de Instrucción de T, que no será consecuencia del respeto a la cosa juzgada material, en su vertiente positiva, de total vinculación a los hechos probados de la sentencia penal, ni en la negativa, de impedir otro proceso con el mismo objeto entre las mismas partes, se impondría en este caso por otras razones.

Dichas razones son las consideradas por la doctrina constitucional, a partir de la Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, en la que el Tribunal Constitucional, no sólo tomó en consideración en aquél caso la prohibición de la duplicidad sancionadora, que se derivaría de la falta de respeto a la cosa juzgada, sino que alumbró la doctrina conocida como de “las dos verdades”, según la cual, “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”. Desde esta segunda perspectiva, el respeto a la declaración de hechos probados de la sentencia penal, sin que sea aplicable el artículo 146.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, no supone excluir la prueba sobre hechos

relevantes para la resolución de la reclamación en el procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Una vez sentado lo anterior, este Consejo ha analizado la relevancia que en el procedimiento pudieran tener los hechos sobre los que los interesados fundamentan su reclamación, algunos de los cuales han sido controvertidos; así como los que a lo largo de la instrucción han sido tenidos por ciertos por la Administración, examinando los medios de prueba de los que han intentado valerse y sobre los que se ha omitido un pronunciamiento. Todo ello a fin de poder determinar si en el caso concreto la omisión de una resolución expresa sobre la prueba propuesta por los reclamantes pudiera viciar de nulidad lo actuado porque hubiera causado efectiva indefensión material.

Al respecto se repara en que la prueba documental propuesta ha sido aportada por los reclamantes y obra en el expediente. También la pericial propuesta ha sido admitida al haberse aportado el informe escrito elaborado por un perito designado por la parte.

Más dudosa es la valoración que puede hacerse de omisión de la práctica de la prueba testifical, que no podría ser convalidada a pesar de que los testimonios de algunas de las personas propuestas- todas, salvo el del vigilante de carreteras, que no depuso en la vista oral y el del conductor de la grúa- constan en la transcripción del acta del juicio oral, celebrado ante el Juzgado de Instrucción, tanto en soporte escrito como en soporte digital.

Teniendo en cuenta que tales testimonios se han producido en un proceso con objeto distinto, a pesar de las garantías que su práctica ofrece, al haberse realizado en presencia judicial, no es posible considerar que con ello se haya dado satisfacción al derecho de la parte a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, mediante la práctica de los medios de prueba propuestos para hacerlos valer.

La anterior afirmación es extensible con mayor motivo a las personas propuestas que no depusieron en el juicio de faltas, como es el caso del vigilante de carreteras, cuyo informe escrito ha sido aportado al procedimiento administrativo. En ambos casos, la no intervención de las partes en la práctica de la prueba, al no haber podido formular sus preguntas ante el instructor del procedimiento, suscita serias dudas de indefensión, porque los hechos alegados no han podido ser objeto de prueba, con la amplitud y garantías requeridas para que la instrucción hubiera podido disponer de todos los elementos de convicción necesari-

rios para poder fundamentar con objetividad su resolución sobre el fondo.

Estima el Consejo que no procede reiterar el requerimiento ya efectuado el 14 de noviembre de 2007, y no atendido por la Consejería instructora en este aspecto aquí tratado, por lo que la valoración de la prueba que en la consideración V se hará, está afectada por la carencia puesta de relieve.

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, 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 en 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)-.

Sin embargo, como dijo el Consejo de Estado en su dictamen de 3 de junio de 1999, “este carácter objetivo, tal y como en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, no implica que todos los daños producidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos, de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan, que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la *lex artis*, de

modo que tan solo en el caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la *lex artis*, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular, sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización”. En idéntica línea el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 2000 declaró que “el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es la de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado”, añadiendo en otra Sentencia de 25 de abril de 2002 que “prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas”.

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 previs-

to en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada Ley 30/1992, de 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 amplia 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, dicha 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.- Con carácter previo al análisis pormenorizado de los requisitos de fondo exigidos para el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración antes mencionados, debe examinarse la concurrencia de las legitimaciones activa y pasiva ligadas a la pretensión indemnizatoria planteada por el reclamante y el plazo de ejercicio de la acción planteada.

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, la documentación obrante en el procedimiento permite atribuir a D. X y a D^a Z, dicha legitimación toda vez que ha quedado suficientemente demostrado que el conductor fallecido en el accidente era su hijo, y que el vehículo por cuyos daños se reclama también era propiedad de D. X.

Respecto a la legitimación pasiva, en el supuesto examinado, el evento dañoso se produjo en una carretera de titularidad autonómica, estando atribuida a la Administración regional la responsabilidad de su mantenimiento y conservación.

Los reclamantes además de dirigir su reclamación a la Administración Autonómica, titular de la carretera CM-412, en la misma fecha de presentación de la reclamación, presentaron otra reclamación dirigida al Ministerio del Interior.

Este Consejo, mediante acuerdo de 14 de noviembre de 2007, estimó que podría darse un supuesto de concurrencia de ambas Administraciones, incardinable en el artículo 140.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Por ello, consideró conveniente dar audiencia al citado Ministerio, lo que se ha efectuado, habiéndose informado de que se tramita procedimiento de responsabilidad patrimonial, sin que esta Administración conozca el contenido de las actuaciones del citado procedimiento, aunque sí conoce el contenido del escrito de reclamación que los interesados han dirigido a la Administración del Estado.

La reclamación dirigida a la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se fundamenta en la competencia que ostenta en relación con la conservación, mantenimien-

to y vigilancia de las carreteras de titularidad autonómica, como es el caso, en orden a mantenerlas limpias y expeditas para garantizar la seguridad de la circulación. Esta competencia viene atribuida por el artículo 20.bis de la Ley 9/1990, 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha, y así lo señalan expresamente los interesados.

Por su parte, la reclamación que éstos han presentado ante el Ministerio del Interior atribuye la responsabilidad del accidente al incumplimiento por parte de la Guardia Civil de Tráfico de sus obligaciones respecto a la vigilancia de la circulación, tránsito y transporte en las vías urbanas, debiendo proceder al cierre del tráfico, con carácter excepcional, de carreteras o tramos de ellas, por razones de seguridad o fluidez, todo ello de acuerdo a lo preceptuado por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y de las Policías Locales; y por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. En su reclamación al Ministerio imputan a la Guardia Civil de Tráfico no haber puesto “los medios a tiempo de evitar el accidente como habría sido señalar la zona y dirigir y controlar personalmente el tráfico advirtiendo del peligro a los conductores”.

Si bien podría considerarse en una primera lectura de ambas reclamaciones, que los reclamantes acotan el título de imputación al Ministerio del Interior en la falta de un dispositivo de seguridad del tráfico en la zona a partir de la producción de otros accidentes que precedieron al del hijo de los reclamantes y que el título de imputación a esta Administración sería distinto, ceñido a las obligaciones dimanantes de la titularidad y conservación de la carretera eliminando los obstáculos, -como ya se anticipó por el Consejo en el acuerdo de 14 de noviembre de 2007, antes citado- no cabe descartar una eventual concurrencia de ambas Administraciones en la producción del daño, conforme al artículo 140.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

De acuerdo con el apartado 2 del citado artículo 140, en los supuestos de concurrencia distintos a los contemplados en el apartado 1, esto es, los dimanantes de fórmulas de gestión conjunta- lo que no es el caso- “la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención”.

A favor de la concurrencia en el presente caso, aparece el dato de

que los reclamantes se han dirigido simultáneamente a ambas Administraciones en la misma fecha. También que reclamen a cada una de ellas el importe total de la indemnización en igual cuantía, con origen en unos mismos hechos. Esta conducta procesal, aunque no apunte inicialmente a la solidaridad, no sólo no niega la concurrencia de deudores en una misma obligación, a tenor del artículo 1137 del Código Civil, sino que supone que los reclamantes atribuyen el resultado lesivo a las dos Administraciones, aunque no hayan delimitado la incidencia de la actuación de cada una en el resultado.

Conforme a lo previsto en el artículo 140.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, corresponde fijar a cada Administración la responsabilidad, atendiendo a los criterios señalados por la norma, sin perjuicio de que, si no fuera posible delimitar la responsabilidad de cada una de las Administraciones concurrentes, se hubiera de reconocer la solidaridad de ambas.

A falta de otros mecanismos procedimentales -que el legislador no ha previsto en caso de concurrencia y cuando se presentan de forma simultánea dos reclamaciones ante distintas Administraciones por un mismo resultado lesivo-, considera el Consejo que para evitar una eventual duplicidad de indemnizaciones es conveniente que las dos Administraciones tengan cumplido conocimiento de las actuaciones y de la resolución que en su día se dicte en cada uno de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

Por último, en cuanto al plazo de ejercicio de la acción, hay que poner de manifiesto que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece el plazo de un año, debiéndose computar dicho plazo desde la fecha en que acaece el hecho que motive la indemnización o desde la curación o la determinación de las secuelas en caso de daños de carácter físico o psíquico. En este supuesto, el accidente con resultado muerte se produce el 16 de enero de 2006. Interpuesta la reclamación el 5 de enero de 2007, se ha presentado dentro del plazo legalmente establecido.

V

Requisitos sustantivos: daño, relación de causalidad y anti-juridicidad de aquél.- En el expediente consta debidamente acreditado el daño por el que se reclama, pues se ha producido el fallecimiento del hijo de los interesados en el accidente por el que se imputa responsabilidad patrimonial, amén de daños materiales por el vehículo que, según los reclamantes, fue declarado siniestro total.

Los padres del conductor fallecido, D. W, han configurado la causa de la reclamación sobre la base de un funcionamiento anormal del Servicio de conservación de carreteras de la Administración Regional. Consideran que la causa eficiente del accidente fue únicamente la existencia de aceite u otro fluido deslizante similar en la calzada que, a su juicio, habría provocado que el conductor fallecido no pudiera controlar su vehículo, invadiendo el carril contrario y siendo embestido en su lado derecho por otro vehículo implicado en el accidente.

La reclamación acota la imputación en “la demora en la reacción para solventar el problema una vez conocido el mismo, puesto que al menos una hora y media antes del accidente de W, e incluso con mayor tiempo de antelación, la Guardia Civil tuvo conocimiento del peligro existente en la vía por haberse producido otros accidentes o deslizamientos de vehículos, siendo avisado el servicio de mantenimiento de la carretera, que no se desplazó de forma inmediata y diligente al lugar, es decir, con la premura exigida por las circunstancias para cumplir su obligación de eliminar objetos, elementos o sustancias peligrosas para la circulación”.

Los deberes inherentes al funcionamiento del Servicio de conservación de carreteras, imputado en este procedimiento, quedan genéricamente reseñados en el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y su concordante artículo 139 del Reglamento General de Circulación, aprobado por Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre de 2003, que establecen: “Corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación y la instalación y conservación en ella de las adecuadas señales y marcas viales”.

Por su parte, el artículo 20 bis de la Ley 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos de Castilla-La Mancha -agregado por el artículo único, apartado 3, de Ley 7/2002, de 9 mayo, por la que modifica dicha Ley-, concreta el alcance de las funciones de gestión y explotación residenciadas en los titulares de las carreteras sometidas a su ámbito de aplicación, señalando: “1. La explotación de las carreteras comprende las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a señalización, ordenación de accesos, y uso de las zonas de dominio público, de servidumbres y de afección. [...] 2. Las operaciones de conservación y mantenimiento incluyen todas las actuaciones

necesarias para preservar en el mejor estado posible el patrimonio viario. Las actuaciones de defensa de la carretera incluyen las necesarias para evitar actividades que perjudiquen a la misma, a su función o la de sus zonas de influencia. Las actuaciones encaminadas al mejor uso de la carretera incluyen las destinadas a facilitar su utilización en condiciones de seguridad, fluidez y comodidad adecuadas”.

Dentro de los posibles factores de riesgo en una carretera cabe distinguir aquellos inherentes al propio servicio de conservación y mantenimiento, como el trazado y la señalización de las vías o la existencia de riesgos dentro del propio dominio público de la carretera, de aquellos, como el presente, derivados de actuaciones dolosas o culposas de terceros o de sucesos de carácter fortuito.

En estos casos, la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, así como la sostenida por este Consejo concordante con la del Consejo de Estado y con la que se sigue con carácter general por otros Consejos consultivos, rechaza la responsabilidad patrimonial, sobre la base de considerar que la intervención en el hecho causante del accidente de un tercero desconocido ajeno a la Administración que ocasionó consciente o inadvertidamente la situación de peligro generadora del daño rompe el carácter directo entre el actuar administrativo y el perjuicio ocasionado porque, si bien es cometido del organismo correspondiente la vigilancia de las carreteras para mantenerlas útiles y libres de obstáculos de todo tipo que impidan o dificulten su uso con las debidas garantías de seguridad y aún cuando conste en el expediente que tal función de policía se realizaba en aquella zona en la forma habitual, la naturaleza del factor causante del accidente y la posibilidad de que se hubiera producido poco antes de ocasionarse aquél, hace que por muy estricto concepto que se tenga de esa función de vigilancia, no quepa imputar a la Administración la responsabilidad por no eliminar perentoriamente y con toda urgencia una mancha de aceite, que en un momento determinado se puede producir de forma tan repentina como impensable, lo que rompe el nexo causal entre el daño ocasionado y el actuar de la Administración en el mantenimiento del servicio público de carreteras. Sirvan de cita las Sentencias de Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1986, Ar. RJ 5663, y de 11 de febrero de 1987, Ar. RJ 535 y los dictámenes del Consejo de Estado 1131/2002 de 30 de mayo, 2458/2001, de 4 de octubre, 1177/2001, de 31 de mayo, 842/2006, de 19 de julio y 635/2006, de 9 de septiembre, entre los más recientes.

En igual sentido, se viene pronunciando este Consejo

Consultivo, sirviendo de cita lo expresado en el dictamen 115/2001, de 23 de octubre, en el se afirmó que “por extremas que sean las medidas de vigilancia adoptadas por una Administración, la inmediatez con que puede acontecer un accidente tras la producción de un vertido sobre la calzada hacen inviable responsabilizar a aquélla de los accidentes acaecidos por tal causa, salvo que se acredite que entre la producción del derramamiento y la intervención del servicio de mantenimiento de la vía haya mediado un espacio de tiempo realmente inapropiado”. Este criterio, que se viene reiterando hasta la fecha-entre los más recientes dictámenes, en el 210/2007, de 10 de octubre así como en el dictamen 80/2008, de 16 de abril, es el que a sensu contrario impone en este concreto caso un análisis más detallado del actuar del Servicio de conservación y mantenimiento de carreteras.

A diferencia de los casos vistos en otros dictámenes, que conforman el grueso de la doctrina antes citada relativa a accidentes debidos a líquidos deslizantes vertidos en las vías de circulación, la existencia de otros accidentes en el mismo tramo de la vía constituye en este caso un indicio suficiente como para desvirtuar la presunción que, a falta de prueba en contrario, permitiría excluir a priori la relación causal entre unos estándares de conservación generales o específicos y el resultado dañoso por la inmediatez entre la acción debida a un tercero y el hecho lesivo.

La existencia de aceite en el punto en que tuvo lugar el accidente ha sido negada por la Guardia Civil, la cual atribuyó el accidente a una distracción del conductor y a la adversa meteorología, teniendo en cuenta que la carretera estaba mojada por lluvia.

El hecho de la existencia de líquido deslizante en el citado punto kilométrico, así como en los demás del tramo en el que sucedieron otros accidentes, ha sido un hecho controvertido a lo largo del expediente, si bien el informe de la instrucción y la propuesta de resolución -no así el Gabinete Jurídico- consideran que, por respeto a los hechos probados de la Sentencia del Juzgado de Instrucción, se habría de admitir que en el tramo de la carretera donde tuvo lugar del accidente había una mancha de aceite, aunque no se haya acreditado que tal circunstancia fuera la causa del mismo.

Es en este punto donde resulta aplicable la doctrina de las dos verdades, que supone reconocer que es un hecho probado que en el tramo en que sucede el accidente había aceite u otro líquido similar, porque la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 2 de T, bajo el enun-

ciado de “Hechos Probados” contiene un hecho probado único en el que se dice lo siguiente: “que tanto en ese tramo de carretera como en otros tramos cercanos y en el mismo carril tuvieron lugar ese mismo día y media hora o una hora antes varios accidentes de circulación, en concreto cuatro coches se salieron de la calzada debido a la existencia de aceite u otro fluido similar en la calzada y otros dos conductores perdieron el control del vehículo o éste les hizo un extraño por esa misma razón”.

A partir de tal hecho probado de la Sentencia, se ha de partir del presupuesto de hecho de que en el tramo de carretera donde se produjo el accidente, así como en otros de la misma carretera, había aceite u otro líquido similar. Ello no significa que se haya acreditado en dicho procedimiento penal que fuera la causa eficiente del accidente. Así se deja sentado cuando entre los razonamientos de la sentencia se declara que, “en cuanto a la prueba practicada en orden a probar que en la carretera había aceite u otro elemento que causó otros accidentes o incidentes ese mismo día y en el mismo tramo, hay que afirmar que sí se estima probado y así se ha declarado, pero no puede decirse que esta fuera la causa de que el conductor del turismo perdiera el control de su vehículo porque no se trataría más que de una hipótesis; sin olvidar que nos encontramos en sede penal y que el denunciado es R y es la diligencia de éste la que hay que examinar y no la conducción realizada por W que se examinará, en su caso, si se reclama contra su aseguradora, en el correspondiente procedimiento civil”.

La no acreditación de la causa eficiente del accidente en el proceso penal, cuyo objeto no hacía necesario que tal extremo fuera acreditado, es compatible con la hipótesis de que la existencia probada de un líquido deslizante, mancha de aceite o similar en el tramo de carretera por el que circulaba el fallecido, pudiera haber sido la causa de la pérdida de control del vehículo y el resultado lesivo. Tal hipótesis no ha podido ser descartada a la vista de los datos del atestado y de los demás del expediente. El informe pericial aportado por los reclamantes considera que “la pérdida de control acaecida al Ford Escort en el momento de salir de la curva fue debida a la falta de adherencia de los neumáticos sobre la calzada de circulación, producida por la existencia de alguna sustancia sobre la superficie de la misma”.

A partir de dicha hipótesis, se habría de examinar el funcionamiento del servicio, al que se imputa una demora en la actuación que, de no haber existido, habría podido prevenir o evitar el accidente.

Para verificar si el funcionamiento del servicio fue el adecuado sería preciso conocer cuándo pudo ser avisado de la existencia de aceite o similar en la calzada. A tal fin el único dato con el que se cuenta, en virtud de la prueba practicada, es el facilitado por uno de los conductores, que también sufrió un accidente el mismo día, en el punto kilométrico 295,300 y en la misma dirección. Dicho conductor, D. S, compareció a las 9 horas del día siguiente, 17 de enero, ante el destacamento de Tráfico de T, manifestando “haber llamado a las 16 horas desde T a la Guardia Civil de Tráfico de Albacete, para explicarle lo sucedido, informando de que tenían constancia de otros deslizamientos en la misma zona y que hacía una hora que se habían (sic) dado aviso al servicio de mantenimiento de carreteras para que lo solucionase”.

De este accidente que tuvo lugar a las 15.00 horas del mismo día existe constancia por el atestado instruido. Pero aunque el afectado manifestó en su comparecencia que había una sustancia deslizante en el asfalto, el atestado refiere que el siniestro ocurrió “a consecuencia de circular a una velocidad inadecuada para el estado de la vía (mojada por la lluvia)”, sin que se señale nada sobre la existencia de sustancias en la calzada.

La declaración del conductor, efectuada al día siguiente en comparecencia ante la Guardia Civil, que fue reiterada en el juicio de faltas, no ha sido corroborada ni por la Guardia Civil ni por el Servicio de Carreteras.

Sin negar veracidad a dicho testimonio, se trata del único que se ha producido. Siendo un testimonio de referencia, es insuficiente para considerar acreditado que el Servicio fue efectivamente avisado en la forma y en el momento en que se dice y desvirtuar lo que en sentido contrario afirma el personal implicado en la prestación del servicio, cuando informa de que el primer aviso se recibió a raíz del accidente del hijo de los reclamantes.

Los restantes datos sobre otros accidentes o incidencias en la carretera, extraídos de los elementos de juicio que proporciona la prueba practicada, tampoco permiten alcanzar la conclusión de que el Servicio de mantenimiento y conservación de carreteras pudiera haber tenido conocimiento de la anomalía de la existencia de un vertido en el tramo de vía afectado o de que hubiera sido advertido con antelación suficiente, como para llevar a cabo alguna labor de restauración de las condiciones de la vía antes de que tuviera lugar el accidente de W.

Así, se comprueba que se produjo un segundo accidente- sufrido por D^a P, a las 15.30 horas, en el kilómetro 301,0 término de Fuente Álamo, del que también existe atestado- pero, según se informa por el Servicio de Carreteras, de este accidente tuvo conocimiento al ser avisado por la Guardia Civil, a través del teléfono de emergencias, “en el trayecto de ida al lugar del accidente” de W.

Por último, existe constancia de un tercer accidente, ocurrido en el punto kilométrico 285,720, tramo de Mora de Santa Quiteria a Albatana, sin que en el expediente sea posible identificar ni la hora en que se produjo ni el conductor del vehículo, pues no existe atestado. De este accidente se da cuenta en la información facilitada en el mismo informe anterior del Servicio de carreteras, redactado por el vigilante, en el que se dice que “tuvo noticias del mismo cuando se lo comunicó la Guardia Civil de viva voz en el lugar del siniestro de W, mientras estaba retirando los restos del vehículo”.

Además, de estos accidentes, en el juicio de faltas otras personas también declararon haber sufrido deslizamientos de sus vehículos ese mismo día, en la misma carretera y dirección, pero no precisan el punto kilométrico, ni la hora en que tuvieron lugar. Tampoco se ha acreditado que se produjeran daños materiales o personales, ni que por parte de las personas afectadas que depusieron en el juicio de faltas se hubiera avisado a la Guardia Civil o al Servicio de carreteras.

En resumen, de lo razonado se concluye que los accidentes de los que hay constancia, por haberse elaborado atestado de la Guardia Civil o por referirse a ellos el informe del Servicio de Carreteras, se produjeron en un tramo de unos 15 kilómetros de la vía CM-412 (entre el punto 285,720 y el 301,050), en el plazo aproximado de hora y veinte minutos -entre las 15,00 horas y las 16,20 horas-. Pero no se ha acreditado que el Servicio de Carreteras hubiera sido avisado de alguno de dichos accidentes ni de las circunstancias en que se produjeron, con antelación a la hora en que tuvo lugar el accidente de W, que sucedió a las 16,20 horas, en un punto intermedio del tramo afectado, el kilómetro 291, 800 dirección Porzuna.

Así en definitiva se expresa en el informe del vigilante de carreteras, cuando afirma que “salieron a la carretera a las 17,00 horas, cuando tuvieron noticia del accidente de W”, sin que pueda precisar si se recibió la llamada desde el Servicio 112 o de la Guardia Civil. Respecto a la hora en que la Guardia Civil recibió la noticia del accidente de W, consta en el expediente que se recibió a las 16,35 horas, por medio de

aviso del operador de la Central Operativa de Servicios del Subsector de Albacete.

Sobre tales hechos, que son los que se han acreditado en el procedimiento administrativo tramitado, no es posible establecer una precisa conexión causal entre el resultado lesivo y el Servicio de Carreteras, al que no se le podría exigir una actuación o intervención decisiva en evitación del accidente de W, por no existir constancia de que hubiera sido advertido a tiempo de la existencia de una mancha de aceite o líquido similar en un tramo tan extenso de la carretera como el considerado; ni de que hubiera podido tener conocimiento por cualquier otro medio, con la suficiente antelación, como para haber podido restablecer la normalidad en la calzada a lo largo de dicho tramo.

De todo lo cual se concluye que, suponiendo que la causa del accidente fuera la falta de adherencia de los neumáticos sobre la calzada de circulación producida por la existencia de alguna sustancia deslizante sobre la superficie de la misma, bien como única causa directa o inmediata, bien concurriendo con otros factores, como el estado mojado de la vía, o la distracción del conductor, no puede afirmarse la existencia de un nexo causal preciso y directo entre el funcionamiento del Servicio de mantenimiento y conservación de carreteras dependiente de la Administración Regional y el accidente que provocó la muerte del hijo de los reclamantes.

Es preciso por último advertir, que en este dictamen no se hace consideración alguna sobre la actuación de la Guardia Civil de la que queda constancia que estuvo personada en el lugar de los hechos, cuestión ésta que, como es obvio, habrá de ser tratada por la Administración del Estado en el procedimiento que tiene abierto al efecto.

VI

Sobre la indemnización solicitada.- Si bien no procede la estimación de la reclamación de responsabilidad planteada por las razones expuestas, resulta conveniente realizar una breve consideración sobre la cantidad solicitada como indemnización por los interesados.

La indemnización reclamada por los daños personales consistentes en la muerte del hijo de los reclamantes se atiene al Baremo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, actualizado para el año 2006 mediante Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos

de Pensiones de 24 de enero de 2006, periodo en el que se produjo el accidente. No es posible apreciar la aplicación del factor de corrección del 10% que propone la parte porque entre los contemplados en la tabla II sólo podrá resultar aplicable el relativo a los ingresos anuales de la víctima, pero no se ha acreditado nada en el expediente.

Respecto a los daños materiales, éstos no constan acreditados, ya que no se ha aportado elemento de valoración alguno de los restos del vehículo por los que se reclama indemnización.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que, no existiendo relación de causalidad entre el servicio público de Carreteras de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los daños y perjuicios alegados por D. X y D^a Z, como consecuencia del fallecimiento de su hijo, D. W, procede dictar resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada.”

Toledo, 16 de abril de 2008

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

COMENTARIO GENERAL DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

Miguel Angel Collado Yurrita (Coordinador)

Gracia M^a Luchena Mozo (Coordinadora)

Pedro José Carrasco Parrilla

María Prado Montoya López

Saturnina Moreno González

Gemma Patón García

M^a Esther Sánchez López

José 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>

Sumario: I. Principios constitucionales con incidencia 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 Públicos¹.

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CON INCIDENCIA EN EL ÁMBITO TRIBUTARIO.

I. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA Y LEY DE PRESUPUESTOS. ELEMENTOS ESENCIALES DEL TRIBUTO. MODIFICACIÓN Y ADAPTACIÓN DEL TRIBUTO A LA REALIDAD.

Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 y 9 de abril de 2008

Las dos sentencias objeto del presente comentario constituyen un interesante ejemplo de la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los límites a la utilización de la Ley de Presupuestos Generales del Estado como fuente del Derecho tributario. Recuérdense que, según el artículo 134.7 de nuestra Carta Magna, la Ley de Presupuestos no puede crear tributos, pero puede modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.

Antes de proceder al análisis de estos pronunciamientos, conviene recordar brevemente la hoy lejana sentencia del Tribunal Constitucional nº 27, de 20 de julio de 1981, que se pronunció sobre el significado que cabe atribuir a algunas de las expresiones empleadas en el referido precepto constitucional. A los efectos de este comentario, interesa particularmente destacar la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en relación con el término “modificación”. El TC reconoció que “cabén diversas interpretaciones que van, desde la muy estricta, que quisiera asimilarlo a cualquier variación en no importa cual de los elementos integrantes del tributo o, al menos, a cualquier variación que redunde en la cuantía de la deuda tributaria, hasta una interpretación muy lata, que concluyese en que la Constitución se refiere tan sólo a aquellas modificaciones que supongan un cambio total en la naturaleza del impuesto” (FJ. 2º). Sin embargo, como reconoce la propia sentencia, admitir esta última interpretación significaría asimilar la modificación a la creación de tributos, lo cual no tendría sentido, pues la Constitución se refiere a ambas como supuestos distintos. Por tanto, para el TC, lo que la Constitución prohíbe es la creación indiscriminada de tributos en la Ley de Presupuestos, pero permite su modificación, “aunque se trate de alteraciones sustanciales y profundas del impuesto, siempre que exista una norma adecuada que lo prevea y, en todo caso, no obsta a un tratamiento en la Ley presupuestaria de mera adaptación del tributo a la realidad” (FJ. 2º).

La interpretación efectuada por el TC fue objeto de abundante crítica doctrinal. En esencia, se objetaba que el Tribunal Constitucional había introducido una diferencia entre “modificación” y “mera adaptación del tributo a la realidad” que no se desprendía del precepto constitucional y, por otra parte, se advertía si, acaso, la mera adaptación del tributo a la realidad no implicaba su modificación. Finalmente, se llamaba la atención sobre el peligro de que a través del expediente de la “mera adaptación del tributo a la realidad” se pudieran llevar a cabo modificaciones en los elementos definitorios o esenciales del tributo. Para el Tribunal Constitucional, en cambio, esta interpretación tendía precisamente “a posibilitar el uso ponderado del sistema tributario

mediante la adecuación de lo que sea preciso para, sin modificación sustancial, realizar la política económica que reclame cada momento, en cooperación del Ejecutivo y las Cortes Generales” (FJ. 4º).

Pues bien, estas dos sentencias del Tribunal Supremo responden a sendos recursos de casación interpuestos por el Abogado del Estado contra sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, estimatorias, a su vez, de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, en materia de canon de superficie de minas.

Los hechos de los que traen causa ambos recursos de casación son los siguientes: La Unidad Central de Gestión de Grandes Empresas, de la Oficina Nacional de Inspección, notificó a una empresa petrolera numerosas liquidaciones en concepto de canon de superficie de minas, correspondientes a permisos de investigación o concesión de explotación de los ejercicios 1996 y 1997. El cálculo de la cuota correspondiente se había efectuado a partir de la elevación del tipo del canon establecido en sucesivas Leyes de Presupuestos, pero no prevista por ninguna norma tributaria sustantiva habilitante.

El Abogado del Estado alega infracción del artículo 134.7 de la Constitución. En primer lugar, una actualización o subida de los tipos fijos del canon implica precisamente aquella adaptación del tributo a la realidad que expresamente permite el TC. A ello hay que añadir que el artículo 10 de la Ley 8/1989 (tanto en su redacción anterior como posterior a la Ley 25/1998), permite “en materia de tasas, una reserva de ley un tanto degradada”, pues se permite concretar, mediante norma reglamentaria, las cuantías exigibles para cada tasa, por lo que no sería lógico que tales desarrollos no pudieran ser abordados por una norma con rango de ley, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Por otra parte, la actualización de tipos no pone en cuestión el principio de seguridad jurídica, ya que el ordenamiento jurídico se resiste a ser petrificado en un momento histórico. Por último, señala que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, se remite y da por buenas las actualizaciones previstas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1998 para las tasas a las que se refiere, y la Disposición Final Segunda sanciona que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado podrán modificar la cuantía de las tasas incluidas en ésta.

El Tribunal Supremo desestima el recurso del Abogado del Estado sobre la base de los siguientes fundamentos (FJ. 3º de ambas sentencias):

En primer lugar, por lo que respecta a la naturaleza jurídica del canon, éste se configura como una tasa fiscal en la Ley 41/1964, de Reforma del Sistema Tributario, y en el Decreto 3059/1966, de 19 de diciembre, por el que se aprobó el Texto Refundido regulador de las Tasas Fiscales. Y su evolución normativa posterior permite seguir conceptuándolo como una tasa.

En segundo lugar, el canon minero se consagró en la Ley 6/1977, de 4 de enero, de Fomento de la Minería, en cuantías que han permanecido invariables en los sucesivos ejercicios porque ni en esta Ley ni en ninguna otra posterior se contenía habilitación alguna a favor de la Leyes de Presupuestos para actualizar la cuantía del canon. A pesar de ello, a partir de los años 1995 y 1996, la Administración empezó a girar liquidaciones que pretendían actualizar el canon aplicando los coeficientes de actualización contenidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1995.

En tercer lugar, el Tribunal Supremo recuerda que desde la publicación de la Ley 25/1998, de 13 de julio, se permite a la Ley de Presupuestos actualizar el importe de las tasas estatales (y el canon minero lo es). No obstante, no debe olvidarse que este mismo Tribunal ha declarado como doctrina legal, en su sentencia de 23 de enero de 2007, que dicha autorización opera sólo a partir la publicación de aquella Ley, de modo que en relación a las liquidaciones de 1996 y 1997, objeto de controversia, no se había habilitado a la Ley de Presupuestos para modificar anualmente la cuantía de la tasa.

Finalmente, el Tribunal Supremo considera que, aunque a tenor del artículo 134.7 CE y de lo expresado en la STC 27/1981 la Ley de Presupuestos puede realizar una mera adaptación del tributo a la realidad sin contar con una ley tributaria sustantiva que la habilite para ello, “la elevación del tipo de las tasas estatales de cuantía fija –y, por ende, del canon de autos– no es una mera adaptación del tributo a la realidad sino una alteración sustancial, necesitada de una Ley tributaria sustantiva habilitante, como se infiere de la STC 197/1992 al declarar que «con la elevación de los tipos se incidía sobre un elemento que define y configura el tributo, cuya modificación exigía la existencia de un instrumento habilitante, que sería una Ley sustantiva en la que se contemplara expresamente la posibilidad de que la Ley de Presupuestos modifica-

ra ese elemento esencial del tributo». Y en el bloque normativo regulador del canon de autos no existe una Ley habilitante de las características expresadas para efectuar una modificación trascendente del tributo como es la de la alteración de los tipos, sin que el silencio al respecto de la Ley preconstitucional 6/1977 pueda y deba interpretarse como una autorización tácita [...]. No cabe entender, pues, como propugna la Administración recurrente, que las actualizaciones de los tipos de las tasas efectuadas por las Leyes de Presupuestos sean una mera adaptación de tales tributos a la realidad, ya que, según lo previsto en el art. 10 de la Ley General Tributaria [arts. 8 a) y 55 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre], el tipo de gravamen es un elemento esencial y configurador del tributo y, por tanto, su actualización ha de conceptuarse como una verdadera modificación del mismo y exigir para ello una Ley tributaria sustantiva habilitante”.

La conclusión que puede extraerse de las sentencias comentadas es que, para el Tribunal Supremo, de acuerdo con la doctrina constitucional, la Ley de Presupuestos sólo podrá modificar elementos esenciales cuantificadores del tributo (base imponible y tipo de gravamen) si cuenta con la habilitación previa de una ley tributaria sustantiva.

2. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y TASA MUNICIPAL POR ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007

La sentencia de referencia responde al recurso de casación interpuesto por varios particulares y una asociación de familias numerosas de Aragón contra la sentencia de 23 de febrero de 2005, dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma en el marco de un procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Los recurrentes argumentan vulneración del principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), ya que, a su juicio, las familias numerosas sufren una discriminación en el pago del servicio público esencial de abastecimiento domiciliario de agua potable (que comprende tanto dicho abastecimiento como el saneamiento de aguas residuales). En concreto, alegan que el agua consumida por los ciudadanos de Zaragoza (incluidas las familias numerosas) se viene cobrando a diferentes pre-

cios, en función de una compleja tarifa. La referida tarifa parte de un consumo mínimo que cubre las necesidades básicas de la persona: hasta un consumo teórico de 0,205000 m³/día (205 litros por día) se aplica un precio de 0,21 €/m³, y va creciendo progresivamente en función de un mayor consumo, y tras recorrer distintos tramos prevé, para un consumo máximo de 135,73 m³/día, un precio de 1,61 €/m³. El precio mínimo es el que pagan todos los abonados de Zaragoza que viven solos, siempre que su consumo diario no exceda de los 205 litros. En cambio, las familias numerosas de Zaragoza vienen siendo gravemente discriminadas, a juicio de los recurrentes, debido a que las tarifas y consumos se basan en el concepto de “abonado”, sin distinguir el número de personas que viven en el domicilio que recibe el suministro. La facturación se hace en función del consumo total o global, sin valorar que el consumo per capita sea o no inferior o superior al considerado como suficiente para las necesidades básicas. En ocasiones, debido al efecto discriminatorio de las tarifas municipales, una familia numerosa está pagando por el agua indispensable para vivir, un precio en más de tres veces superior al que pagaría si se valorase el consumo per cápita y no el consumo global. La reducción de la tarifa general del 25% sobre la factura de suministro de agua para las familias numerosas que lo soliciten, con independencia del número de sus componentes y siempre con el límite de un metro cúbico de consumo diario, aprobada por el Ayuntamiento y vigente en la fecha de la demanda, no consigue neutralizar, sino reducir parcialmente, los efectos discriminatorios denunciados.

La sentencia recurrida desestimó el recurso al considerar que no se había ofrecido un término de comparación que permitiera ilustrar la desigualdad denunciada, condición *sine qua non* para apreciar una vulneración del art. 14 CE. La situación invocada por los recurrentes es igualmente aplicable a todos aquellos que en igual número al de los integrantes de sus respectivas unidades familiares convivan en una misma vivienda, puesto que el servicio lo contrata el abonado con independencia de las personas que convivan con él y la facturación se hace, por un lado, atendiendo al servicio prestado (cuota fija en función de la capacidad potencial de consumo) y, por otro, atendiendo al consumo de agua habido en la vivienda (cuota variable), facturando el agua consumida por igual a todos y cada uno de los abonados. Cuantos más consumidores de agua haya en la vivienda, sean componentes o no de una familia numerosa, mayor será el importe que haya que abonar por consumo en aplicación de los últimos tramos de la tarifa. Por consiguiente, el término comparativo lo sería en relación con el dato de mayor número de personas conviviendo y, por tanto, mayor consumo de agua, no

por constituir una familia numerosa. Por otra parte, el TSJ de Aragón entiende que el sistema de tarifa atiende objetiva y razonablemente, en la consideración del agua potable como un recurso escaso, al mayor consumo de agua por abonado, por lo que no puede hablarse de discriminación alguna a él atribuida. Y, además, en la aplicación de la tarifa se evidencia, según los datos que obran en el expediente, que no existe relación directa entre el mayor número de integrantes del grupo familiar y mayor consumo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo es del parecer de los recurrentes y estima, en nuestra opinión acertadamente, el recurso de casación por infracción del principio de igualdad ante la ley. A su juicio, “es evidente que la tarifa cuestionada, al contener una parte fija y una variable, se convierte en una exacción dotada, de un lado, de una finalidad recaudatoria evidente y, además, de una finalidad no fiscal, dirigida a reducir el consumo del agua, al tratarse de un bien escaso, por lo que en principio estaría justificada esa parte variable de la misma que eleva el precio del agua en la medida en que comienza a ser excesivo en relación con el considerado como normal. Pero este distinto tratamiento fiscal, al que nada hay que reprochar, sí vulnera el principio de igualdad, por omisión, cuando grava en mayor medida a quienes no incurrir en el exceso de consumo”. El Tribunal Supremo reconoce que dentro del sistema tributario existen gravámenes objetivos que, sin embargo, no necesariamente han de ser calificados como inconstitucionales, pues esa opción puede estar justificada por diversos motivos. Sin embargo, en el presente caso no se está en esa situación, “sino ante una tarifa que en parte tiene una finalidad no fiscal, dirigida a desincentivar mediante el aumento del precio del agua, a quien se excede del consumo ordinario previsto; y es precisamente en este punto, donde la Administración, al no tener en cuenta para su cálculo, en la parte variable, el número de personas que habitan en cada domicilio (para cuya aplicación bastaría tener en cuenta el padrón municipal), trata de forma distinta a quienes conviven en un mismo domicilio, teniendo derecho al consumo de agua, en los mismos términos que cualquier ciudadano que habite solo en un domicilio, cobrando a aquéllos más por un supuesto exceso de consumo”. Por ello, ese distinto tratamiento de la norma resulta incompatible con el artículo 14 de la Constitución, sin que pueda entenderse, como hace la sentencia recurrida, que al existir otros sujetos o colectivos discriminados, además de las familias numerosas, no puede reconocerse la conculcación de este derecho fundamental (FJ. 4º).

Conviene recordar, en este sentido, que la STC 45/1989, de 20 de febrero, sostuvo que “la sujeción conjunta al impuesto de los miem-

bros de la unidad familiar no puede transformar el impuesto sobre las personas físicas en un impuesto de grupo, porque esta transformación infringe el derecho fundamental de cada uno de tales miembros, como sujetos pasivos del impuesto a contribuir, de acuerdo con su propia capacidad económica, en la misma cuantía en que habrían de hacerlo si, manteniendo esa misma capacidad, tributasen separadamente. La igualdad absoluta, matemática, es, ciertamente, tal vez un ideal inalcanzable en cada caso concreto, pero el sistema debe tender hacia ella y, en consecuencia, la consideración conjunta de todas las rentas, su adición, no puede ser utilizada como un procedimiento suficiente para determinar por sí sólo la base imponible, sin combinarlo con alguna técnica que tome en consideración el número de miembros que componen la familia y, eventualmente, la distribución real entre ellos de las rentas adicionales”.

II. CATEGORÍAS Y ELEMENTOS TRIBUTARIOS

1. REQUERIMIENTOS MASIVOS DE OBTENCIÓN DE INFORMACIÓN EFECTUADOS A ENTIDADES DE SERVICIOS DE MEDIOS DE PAGO. DISTINCIÓN ENTRE REQUERIMIENTO INDIVIDUALIZADO Y SUMINISTRO DE INFORMACIÓN. EXAMEN DE LA TRASCENDENCIA TRIBUTARIA A LA LUZ DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 3.2 DE LA LGT.

Sentencia del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de noviembre de 2007

El presente pronunciamiento tiene por objeto el análisis de la posibilidad de atender un requerimiento de información, emitido por el Equipo Central de Información, de la Oficina Nacional de Investigación del Fraude, a una sociedad con la finalidad de que aportara datos relacionados con más de 500.000 establecimientos económicos en cada uno de los períodos abarcados por el requerimiento (esto es, los años 2004 y 2005).

Es cierto, como señala el órgano juzgador (FJ. 4º) que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93 de la LGT, el concepto de reque-

rimiento individualizado se refiere a la entidad o sujeto a quien se dirige el mismo y no al número de datos requeridos. Sin embargo, es cierto también que la individualización debe ser enjuiciada, no solamente desde la perspectiva, como es obvio, de que la información solicitada tenga la preceptiva trascendencia tributaria sino a la luz de la suficiente especificación o concreción de los mismos (además de ser conocidos, en el caso que nos ocupa, por la entidad a quien se solicitan) así como desde la proporcionalidad de la información requerida en orden a la posibilidad de su cumplimiento (requisitos, ambos, directamente relacionados, a nuestro modo de ver, con el enjuiciamiento de la trascendencia tributaria de los datos solicitados, siendo así que el carácter genérico de la información es directamente proporcional a la posibilidad de enjuiciar la trascendencia tributaria de la información requerida).

Es así, como el Tribunal apela al contenido del artículo 3.2 de la vigente LGT y, particularmente, al principio de proporcionalidad en orden a fundamentar la anulación del requerimiento comentado radicando, precisamente, en ello, y desde nuestra perspectiva, la novedad, del pronunciamiento objeto de análisis que rompe, en buena medida, con la justificación (desde algunas instancias jurisdiccionales) de muchos requerimientos de información individualizados realizados por parte de los órganos competentes de la Administración tributaria, imprimiendo, en consecuencia, seguridad jurídica sobre la situación de los contribuyentes sobre los que es susceptible de recaer el deber comentado. Principio, por otro lado, que, como sabemos, debe regir toda actuación de la Administración y cuya apelación adquiere más importancia, si cabe, en un momento en que los deberes de carácter formal adquieren un papel esencial en relación con el adecuado funcionamiento del procedimiento de aplicación de los tributos, debiendo señalar, para finalizar, y en conexión con lo expuesto, que cuando lo que se pretende es un conocimiento generalizado de una pluralidad de operaciones debe acudir a la vía, también prevista legalmente (ex art. 93.2 de la LGT) de la obtención de dicha información a través de la modalidad de suministro (idea a la que también se refiere el Tribunal en el FJ. 4º). A lo que debe añadirse la posibilidad, también señalada en la sentencia comentada, de que, en ocasiones, los requerimientos de carácter individualizado obedecen “a la comodidad de obtener una información omnisciente de los datos correspondientes” (STS de 12 de noviembre de 2003), debiendo indicar, en este sentido, las grandes posibilidades con que hoy en día cuenta la Administración tributaria de conocimiento de datos a partir del suministro periódico de información impuesto a terceras personas.

2. ANÁLISIS DE ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS A LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: EL EFECTO DE LA INTERPOSICIÓN DEL ESCRITO DE ALEGACIONES Y EL EXAMEN DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO FORMAL POR PARTE DEL OBLIGADO TRIBUTARIO DE LAS ACTUACIONES DIRIGIDAS A LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008 y Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2008

Las dos Sentencias indicadas tienen en común el examen del modo de operar el plazo de prescripción, que llevaremos a cabo a continuación por separado, y en concreto de la virtualidad interruptiva, por un lado, del escrito de alegaciones (STS de 24 de enero de 2008) y, por otro, el enjuiciamiento del cumplimiento, exigido por parte de LGT de 1963, en su artículo 66.1.a) (que, coincide en este sentido con lo dispuesto en el art. 68.1.a) de la vigente LGT), del conocimiento formal por parte del obligado de las actuaciones dirigidas a la interrupción del procedimiento (SAN de 31 de enero de 2008).

Pues bien, comenzando por el primero de los pronunciamientos mencionados, en la Sentencia del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación para la unificación de criterio, se destaca el diferente papel que cumple el escrito de alegaciones en orden a considerar interrumpida la prescripción, según el mismo se inserte dentro de la vía de las reclamaciones económico-administrativas o bien en el seno del procedimiento de gestión.

Así, y en el marco de la primera vía indicada, y según doctrina reiterada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS “y completamente consolidada” (SSTS de 29 de octubre y 18 de diciembre de 2002), la presentación de dicho escrito interrumpe el plazo de prescripción. Conclusión fundamentada, a juicio del Tribunal, en el contenido del art. 66.1.b) de la derogada LGT que establece que la prescripción se interrumpe por “la interposición de reclamaciones o recursos de cualquier clase” (y que coincide en su finalidad con lo dispuesto en el art. 68.1.a) de la LGT vigente), “supuesto en que -añade el Organo juzgador- el escrito de alegaciones presentado por los contribuyentes juega un papel esencial, principalmente en las reclamaciones económico-administrativas” (FJ. 3º). Doctrina que el TS trae a colación basándose en la jurisprudencia de dicho Organo contenida en las SSTS de 29 de octubre y 18

de diciembre de 2002.

Por el contrario, en el seno del procedimiento de gestión y, en concreto, en relación con la resolución de los expedientes contradictorios iniciados por las actuaciones de la Inspección de los Tributos, con disconformidad de los contribuyentes, quien, en principio interrumpe la prescripción es la propia Inspección de Hacienda, sin que, en consecuencia, pueda asignarse este efecto al escrito de alegaciones presentado por los contribuyentes inspeccionados, “pues se trata de un trámite propio de un expediente iniciado de oficio por la Administración, supuesto completamente distinto al de los recursos y reclamaciones económico-administrativas interpuestos por los propios contribuyentes” (FJ. 4º).

El objeto que centra, en segundo lugar, la Sentencia de la Audiencia Nacional se encamina al análisis del requisito, señalado más arriba, de que para que tenga lugar la interrupción del plazo de prescripción de la deuda tributaria, es necesario que la acción administrativa se realice “con conocimiento formal del sujeto pasivo”, para lo cual puede mediar, en su caso, la persona capacitada para representarlo.

A partir de aquí, debe señalarse que, en el supuesto enjuiciado, el requisito señalado no se respetó debido a que las actuaciones de la Inspección de los Tributos se dirigieron en todo momento al representante de una sociedad escindida habiendo tenido conocimiento de este hecho, por otra parte, la Administración tributaria en varias ocasiones, ya que la propia sociedad compareció ante las dependencias administrativas para notificar la escisión y facilitar la denominación de las cuatro entidades resultantes habiendo sido remitida, previo requerimiento, la escritura pública correspondiente (FJ. 1º).

Situación a partir de la cual, en el momento de reiniciarse las actuaciones de la Administración tributaria, después de haberse paralizado las mismas (si bien sin efecto interruptivo del plazo de prescripción debido a lo más arriba expuesto), dicho plazo ya había transcurrido, según razona la AN (FJ. 3º). En consecuencia, y como declara el Órgano juzgador, “en el presente caso, la acción administrativa estaba prescrita cuando la Administración dictó el acuerdo de liquidación” (FJ. 4º).

III. GESTIÓN Y LIQUIDACIÓN

1. COMPROBACIÓN GESTORA. FACULTADES DE COMPROBACIÓN. EXAMEN DE CONTABILIDAD.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 5 de diciembre de 2007

En este asunto se aborda una cuestión recurrente, como es el alcance de las facultades de comprobación que ostenta la Administración tributaria en el desarrollo de actuaciones de comprobación abreviada –la denominada “comprobación limitada” en la actual Ley General Tributaria–. Así, el Tribunal Económico-Administrativo Central dicta una Resolución ante el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio que se había interpuesto frente a una liquidación tributaria, al considerar el recurrente que la oficina gestora era incompetente para dictar la liquidación impugnada.

De este modo, el objeto de litigio se centra en dilucidar si la Oficina gestora se ha excedido en el ejercicio de sus competencias en desarrollo de la comprobación abreviada, trasgrediendo lo establecido en el antiguo artículo 123.2 LGT de 1963 que establecía el límite de aquéllas en el “examen de la documentación contable de actividades empresariales o profesionales”. Pues bien, en el fundamento jurídico 4º queda evidenciado que el cálculo del límite de dotación a la Reserva para Inversiones en Canarias precisa de la verificación de la contabilidad de la entidad, entre otros variados requisitos y de distinta naturaleza. Por tanto, según el artículo 123 LGT, la comprobación de tales requisitos deberá ser realizada por los órganos de Inspección.

Ahora bien, la cuestión es que la Oficina Gestora en este caso se basa en los datos declarados por el sujeto pasivo para la comprobación del importe máximo de la reserva –en concreto, los conceptos “resultado contable” y “correcciones al resultado contable” del modelo 501-, de manera que el órgano no recurre a la utilización en ningún momento a la contabilidad de la entidad. En otras palabras, la Oficina gestora no usa facultades que le están vetadas, pues se sirve de los datos proporcionados por el mismo contribuyente para aplicar la reducción en la base imponible del IS (FJ. 5º).

En definitiva, el Tribunal Económico-Administrativo Central

viene a resolver que las actuaciones de comprobación abreviada previstas en el art. 123.2 de la derogada Ley General Tributaria 230/1963 permiten comprobar el importe máximo que el art. 27.2 Ley 19/1994, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, admite reducir en la base imponible del IS en cada ejercicio en concepto de reserva para inversiones en Canarias.

La conclusión extraíble de esta Sentencia goza de cierta trascendencia porque tradicionalmente se ha venido justificando que en el ámbito de la comprobación gestora la potestad de examinar la contabilidad quedase circunscrita en manos de la Inspección por la complejidad que conlleva tal actividad, por lo que se ha efectuado un paralelismo que no siempre resulta ser exacto entre este límite competencial y la imposibilidad de determinar la base imponible del IS por los órganos gestores. Cuestión distinta es que, el órgano inspector pueda, posteriormente, en uso legítimo de sus potestades, examinar la contabilidad y llegar a una regularización distinta del IS.

2. COMPROBACIÓN DE VALORES. NOTIFICACIÓN DEL ACTO DE LIQUIDACIÓN.

Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2008, de 10 de marzo

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional trae causa en la presentación de un recurso de amparo contra un acto de notificación de una liquidación provisional y el acuerdo de comprobación de valores dictados por la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados.

La demandante de amparo alega que se ha infringido su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, propiciando una situación de indefensión, ya que la notificación del acto de liquidación y de comprobación de valores se hizo a quien presentó el documento a liquidación –que no es el sujeto pasivo del impuesto- y ello no garantiza su conocimiento efectivo por la interesada para que ésta pudiera acceder a la jurisdicción dentro del plazo legalmente establecida para su defensa.

Por su parte, el Abogado del Estado alega que la autoliquidación se presentó por un gestor administrativo que ostenta el carácter de mandatario de la entidad recurrente, acordado por ambas partes. En consecuencia, entiende el representante de la Administración que la notificación a la empleada de la mandataria profesional fue válida y eficaz en

virtud del régimen general de la presentación y de las notificaciones.

Pues bien, el Tribunal resuelve por remisión a la STC 113/2006, en cuyo FJ. 5º se ponía de relieve la incidencia que la previsión legal del artículo 59.2 del Real Decreto Legislativo 3050/1980, de 30 de diciembre, y, por extensión, el artículo 56.3 del mismo Real Decreto, podía tener en el derecho a la tutela judicial efectiva de los obligados tributarios “en la medida en que la notificación de los actos de gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados a quien no siendo sujeto pasivo del mismo presenta el documento, puede constituir un obstáculo insalvable para los obligados tributarios en orden al acceso a la jurisdicción en aquellos casos en los que el presentador no les comunique dichos actos no lo haga temporáneamente”. Así, el TC se pronuncia afirmando que dicha incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el precepto prevé que la notificación de los actos de gestión del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados se efectúe directamente a personas distintas del propio sujeto pasivo o su representante, que “admite que dichas personas sean terceros que no guarden la debida relación de proximidad geográfica con el interesado y, en fin, que no ofrece a este último la posibilidad probar que no se le trasladó el contenido de dichos actos a tiempo de poder reaccionar en defensa de sus derechos e intereses, establece un obstáculo desproporcionado al acceso a la jurisdicción y, por tanto, lesiona el art. 24.1 CE (FJ. 8º).

Todo ello, lleva a la concluir que la notificación del acto administrativo de comprobación de valores, así como de la correspondiente liquidación del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados se realizó a la gestoría que presentó la escritura pública de compraventa para la liquidación del Impuesto, sin que el sujeto pasivo tuviera noticias de aquella notificación por otros medios, constituye una circunstancia que le impidió al sujeto pasivo tener conocimiento de la existencia de dichos actos administrativos y le imposibilitó recurrirlos en la vía jurisdiccional. Se considera, pues, vulnerado el derecho a la tutela efectiva sin indefensión de la recurrente, a la que se otorga el amparo y ello con independencia de que existiera un mandato representativo voluntario. De hecho, afirma el TC que el art. 56.3 LITP establece “un mandato ex lege” que nace con independencia de la voluntad de las partes, y que no queda supeditado “a la autonomía de la voluntad” (FJ. 3º).

3. LIQUIDACIÓN TRIBUTARIA. MEDIOS DE PRUEBA. DATOS RESULTANTES DE UNA LIQUIDACIÓN ANTERIOR.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de abril de 2007

En este asunto se resuelve un recurso de alzada presentado frente a la liquidación provisional dictada por la Unidad Regional de Gestión de Grandes Empresas por la que se regulariza un ejercicio de IVA.

La entidad recurrente fundamenta sus alegaciones principalmente en una falta de motivación de la liquidación impugnada, al considerar que la validez de la prueba de la mencionada Unidad Regional, en concreto, el acta de disconformidad, se encuentra recurrida y pendiente de la resolución de un litigio. Ello lleva a entender a la recurrente que el acta no puede servir de prueba ni motivación a la Oficina gestora, puesto que el acta carece de firmeza. Por tanto, el TEAC ha de analizar la procedencia de practicar una liquidación provisional basándose en la regularización practicada por la Inspección en relación con los ejercicios anteriores, mientras el acuerdo de liquidación no es firme por estar en litigio su conformidad a derecho.

Es posible dictar una liquidación provisional tomando como base los datos resultantes de otra liquidación anterior consecuencia de actuaciones de comprobación, aunque esta última no sea firme por haber sido recurrida. Nada impide que se dictase una liquidación provisional tomando como base los elementos regularizados por la Administración, máxime cuando no se ha acreditado en ningún momento que el acuerdo dictado pro la Inspección de los tributos estuviese suspendido.

La legitimación de esta actuación se encuentra recogida en el artículo 123 de la antigua LGT, en tanto que posibilita la práctica de liquidaciones provisionales por los órganos de gestión cuando los elementos de prueba que obren en su poder pongan de manifiesto la existencia de elementos determinantes de la deuda tributaria distintos a los declarados; y por otro lado, el artículo 145.3 del mismo cuerpo normativo establece la validez como prueba de los hechos recogidos en las actas y diligencias. Este precepto no añade nada más al respecto, pero el TEAC se sirve adicionalmente del artículo 101 de la actual LGT, donde se establece expresamente la posibilidad de dictar liquidaciones provisionales en función de los elementos regularizados de otras obligaciones, aunque sea “mediante liquidación definitiva que no fuera

firme”.

En el presente asunto la liquidación provisional que se impugna se motiva en otra liquidación anterior, determinando así un menor importe a compensar para ejercicios posteriores. Pues bien, teniendo en cuenta lo explicitado, el TEAC afirma la licitud de la liquidación provisional al tomar como base los elementos regularizados por la Administración, sobre todo, teniendo presente que “no se ha acreditado en ningún momento que el acuerdo dictado por la Inspección de los Tributos estuviese suspendido”.

En nuestra opinión, el TEAC echa mano de la nueva normativa que no es aplicable al caso, ya que la LGT se aprueba con posterioridad a la actuación gestora realizada, cuando podía haber justificado dicha actuación en la mera presunción de veracidad que se atribuye a los elementos recogidos en un acta inspectora.

V. RECAUDACION

1. SOLICITUD DE APLAZAMIENTO DE LA DEUDA TRIBUTARIA. EXAMEN DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE LA EXISTENCIA DE DIFICULTADES ECONÓMICO-FINANCIERAS POR PARTE DEL CONTRIBUYENTE.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 8 de noviembre de 2007

La cuestión sometida a examen en el presente pronunciamiento se centra en la concurrencia de las dificultades transitorias económico-financieras que en la derogada LGT se exigían en orden a la concesión del aplazamiento o fraccionamiento de una deuda tributaria (art. 61.4), tras la solicitud del mismo por parte del contribuyente, y que, actualmente, continúa erigiéndose en presupuesto de esta figura, tal como se recoge en el art. 65 de la Ley Codificadora vigente centrándose, concretamente, el interés de la sentencia comentada en el análisis de la discrecionalidad que, en la normativa derogada, parecía erigirse en elemento de valoración de la concesión del aplazamiento o fraccionamiento del pago de las deudas tributarias.

Controversia, pues, que tiene su punto de arranque en la denegación del fraccionamiento solicitado, en este caso, por parte de la Dirección de Tributos de Barcelona de la Generalitat de Cataluña y que el TSJ de Cataluña analiza acertadamente, desde nuestra perspectiva, desde una interpretación de la discrecionalidad con que la Administración podía valorar la concesión del mismo (según el tenor de los arts. 48.1 y 54.1 del derogado RGR) dentro del contexto de los parámetros que el art. 48.1 del citado RGR exigía en orden a la valoración de su otorgamiento, esto es, “la falta de liquidez y la capacidad para generar recursos”, entendiéndolo, en este sentido, que “la frase ‘discrecionalmente apreciada’, referida a la situación económica del solicitante, no puede interpretarse como ‘apreciará arbitrariamente’” (...), “de tal suerte que la Administración ha de razonar su medida, para que la denegación sea legítima, en base a la concurrencia de dichos elementos” (FJ. 3º). Posición jurisprudencial que sigue, de este modo, la opinión generalizada que, en relación con este punto, ostenta desde hace tiempo la doctrina científica y que parece haber sido seguida por parte del vigente Reglamento de Recaudación, aprobado mediante R.D. 939/2005, de 29 de julio, que elimina toda referencia a la mencionada discrecionalidad recogiendo expresamente, en el art. 51.1 de dicho texto, que el órgano competente para la tramitación de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento “examinará y evaluará la falta de liquidez y la capacidad para generar recursos y valorará la suficiencia e idoneidad de las garantías...”.

Razonamiento al que se añade que el concepto dificultad transitoria de tesorería puede considerarse, como así lo entendemos nosotros también, como un concepto jurídico indeterminado susceptible, en consecuencia, de control judicial.

Consideraciones, finalmente, en base a las cuales, entiende el Tribunal que procede desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Generalitat de Catalunya contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de dicha Comunidad, basando su resolución, además de en los anteriores fundamentos, en la declaración de que “la resolución de la Dirección General de Tributos considera sin más que no quedan suficientemente acreditadas las dificultades de tesorería a que alude el contribuyente, basándose en que el contribuyente solicita reiteradamente el aplazamiento de pago, utilizando esta posibilidad no como un medio de cumplimiento de sus deberes tributarios sino para dilatar en el tiempo su cumplimiento”, lo que debe considerarse insuficiente a efectos de la denegación del aplazamiento de la deuda tributaria, en el presente supuesto, habiendo debido la

Administración tributaria “requerir a la empresa la acreditación de las circunstancias a que alude en su petición (...) valorando correctamente a posteriori la procedencia” de la concesión o denegación del aplazamiento solicitado, tal como contemplaba el ya derogado art. 54 del RGR (FJ. 5º).

VI. INFRACCIONES Y DELITOS

1. INFRACCIONES Y SANCIONES. INSPECCIÓN TRIBUTARIA: INTERRUPCIÓN INJUSTIFICADA. INGRESOS ESPONTÁNEOS.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2008

En su redacción originaria, el art. 31.4, letra b), del hoy derogado Reglamento General de Inspección de 1986 (Real Decreto 939/1986, de 25 de abril), establecía: «La interrupción injustificada de las actuaciones inspectoras, producida por causas no imputables al obligado tributario, producirá los siguientes efectos:/ [...] b) Los ingresos pendientes realizados después de la interrupción de las actuaciones inspectoras, sin nuevo requerimiento previo, comportarán el abono del correspondiente interés de demora sin que proceda la imposición de sanción por la ausencia inicial de dicho ingreso. Las demás declaraciones o comunicaciones presentadas fuera de sus plazos reglamentarios se entenderán realizadas espontáneamente a cuantos efectos procedan».

En la controversia sometida al Tribunal se cuestiona el alcance de este precepto. Se trata de dilucidar si sólo los ingresos realizados después de la interrupción de las actuaciones inspectoras habrían quedado excluidos de sanción. A juicio del Supremo, «no existían razones objetivas suficientes para diferenciar a estos ingresos de los realizados después del inicio de las actuaciones inspectoras pero antes de la concurrencia de la interrupción». Ciertamente, «en los dos casos los ingresos se realizan en el seno de un procedimiento inspector, y, por tanto, en ambos quien ingresa actúa movido por la actuación de la Administración, encontrándonos, pues, con dos supuestos en los que no existe una auténtica espontaneidad en la realización del ingreso». En definitiva,

«como el precepto atribuye la consideración de espontáneo a los ingresos realizados después de la interrupción, desde el momento que se da la circunstancia, aunque fueran realizados antes, se les debe reconocer el mismo efecto para ser coherente con el espíritu y finalidad del precepto». El Supremo pone de manifiesto en ese sentido que el art. 150.2, letra b), de la vigente LGT «considera espontáneos los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras».

2. INFRACCIONES Y SANCIONES. ERROR INEXCUSABLE. NEGLIGENCIA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2007

Destacaremos, como punto de partida, la referencia de este pronunciamiento al art. 91.Uno.3.1.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA, en cuanto a la aplicación de tipo reducido, del 7 por 100, a «las ejecuciones de obras, con o sin aportación de materiales, consecuencia de contratos directamente formalizados entre el promotor y el contratista que tengan por objeto la construcción o rehabilitación de edificaciones o partes de las mismas destinadas principalmente a viviendas, incluidos los locales, anejos, garajes, instalaciones y servicios complementarios en ellos situados».

Pues bien, en el supuesto al que se refiere la Sentencia, no procede la aplicación del tipo reducido, pues la empresa cliente actuó como entidad constructora y no como promotora. Por lo que respecta a la existencia o no de infracción tributaria, establece el Tribunal que la actora ha incurrido en negligencia. «En el presente caso no se puede hablar de un supuesto error excusable inducido por la conducta engañosa de la empresa cliente». La resolución que nos ocupa insiste en la doctrina sentada por el propio Tribunal Superior de Justicia castellano-manchego (*vid.* Sentencia de 9 de septiembre de 2000 –autos 78/98–). Así pues, se advierte que «la complejidad en la interpretación ha de ir referida especialmente a las personas físicas, a los particulares que por su desconocimiento de la materia tributaria y la posible falta de costumbre en la tramitación de asuntos con transcendencia jurídico-tributaria pueden verse superados por la complicación de preceptos similares al que hoy nos ocupa. Pero ese nivel menor de exigencia no puede predicarse de igual manera, como pretende la actora, respecto de personas

jurídicas como la sociedad hoy recurrente por la naturaleza de las funciones que realizan, la reiteración de operaciones relacionadas con la Administración tributaria y con materias referidas a los tributos en general»; y es que se encuentran «lo suficientemente acostumbradas como para no desconocer la gestión de estas cuestiones». Hay que tener muy presente al respecto que «la publicidad de las obras facilita el conocimiento de las actividades que realizan los distintos agentes de la construcción». Los archivos de los Ayuntamientos, en los que constan las licencias de obra, o el Registro de la Propiedad, donde constan las declaraciones de obra nueva, «disipan y diluyen cualquier equívoco que pudiera existir al respecto».

3. INFRACCIONES Y SANCIONES. INTERPRETACIÓN RAZONABLE INEXISTENTE. NEGLIGENCIA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 11 de junio de 2007

Dispone el art. 99.Uno de la Ley 37/1992, del IVA, que «en las declaraciones-liquidaciones correspondientes a cada uno de los períodos de liquidación, los sujetos pasivos podrán deducir globalmente el montante total de las cuotas deducibles soportadas en dicho período del importe total de las cuotas del Impuesto sobre el Valor Añadido devengadas durante el mismo período de liquidación en el territorio de aplicación del Impuesto como consecuencia de las entregas de bienes, adquisiciones intracomunitarias de bienes o prestaciones de servicios por ellos realizadas». Y según el número Cinco, también del art. 99, «cuando la cuantía de las deducciones procedentes supere el importe de las cuotas devengadas en el mismo período de liquidación, el exceso podrá ser compensado en las declaraciones-liquidaciones posteriores...» Y añade la norma: «No obstante, el sujeto pasivo podrá optar por la devolución del saldo existente a su favor cuando resulte procedente [...] sin que en tal caso pueda efectuar su compensación en declaraciones-liquidaciones posteriores...»

En ese contexto normativo, se somete a la consideración del Tribunal si la compensación a la que alude el número Cinco del art. 99 podría tener lugar, como pretende el actor, en aquellos trimestres en los que la diferencia entre el IVA repercutido y el IVA soportado deducible fuera negativa. Admitir esto implicaría además que, cuando esa diferencia fuese positiva, la cantidad a compensar se aplicaría no sólo hasta el límite dado por el resultado positivo, sino más allá de éste, determinan-

do a su vez una nueva cantidad a compensar en el futuro.

Como no podía ser de otro modo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha rechaza la pretensión formulada. Destaca que el término «compensar», según el Diccionario de la Real Academia Española, significa «igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra», lo que conlleva la idea de eliminación o anulación, «y no la de adición de elementos semejantes en naturaleza (en este caso, partidas semejantemente negativas), o la de cómputo en negativo más allá del límite de lo compensado con su contrario». Por otro lado, «el mismo sentido dimana de los preceptos del Código Civil que regulan el instituto jurídico de la compensación (arts. 1195 y siguientes)».

En el caso de autos, el Tribunal no admite que haya tenido lugar una interpretación razonable de la norma. Consiguientemente, «en cuanto a la sanción impuesta [...] la regulación, aunque se refiera a una materia compleja, presenta claridad suficiente como para rechazar la interpretación del actor como forzada y ajena al tenor normativo claro que regula la materia, sin que haya por tanto circunstancia que excluya la negligencia en la determinación de bases inferiores a las legalmente procedentes».

VII. REVISIÓN

1. NULIDAD DE PLENO DERECHO. FALTA DE MOTIVACIÓN.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 28 de Febrero de 2008

En el presente recurso contencioso-administrativo se impugna una Resolución dictada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, que estimando en parte la reclamación económica-administrativa contra la liquidación y acuerdos sancionadores de la Inspección de la Delegación Especial de Madrid, anula las liquidaciones impugnadas, así como las sanciones de ellas derivadas, por falta de motivación del acto de liquidación, y del acta del que deriva.

La entidad recurrente funda su impugnación en los siguientes

motivos: 1) Incongruencia omisiva de la resolución impugnada, pues no entró a analizar las cuestiones planteadas por la entidad en la reclamación económico-administrativa, causándole indefensión; 2) en relación con el expediente sancionador improcedencia de la sanción e imposibilidad de la aplicación de la agravante del art. 82.1 LGT.

Nos interesa destacar la decisión del Tribunal, acerca de la falta de motivación alegada que juzga, finalmente, ajustada a Derecho. Así, recuerda la doctrina consolidada del Tribunal Supremo sobre los actos nulos de pleno Derecho, al igual que los inexistentes, en tanto que no producen efecto alguno, directo ni indirecto, y, por lo tanto, carecen de virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción de la potestad administrativa sobre liquidación de las deudas tributarias. Asimismo, la Sala pone de relieve los efectos beneficiosos que la declaración de nulidad produce a favor de la entidad recurrente, en el supuesto de que se produzca una nueva liquidación, en cuyo procedimiento podrá hacer invocar dichas consecuencias, pues el motivo de su estimación fue la falta de motivación del acto de liquidación, que constituye vicio de nulidad de pleno Derecho (FJ. 4º).

2. DEVOLUCIÓN DE INGRESOS INDEBIDOS. TITULARES DEL DERECHO A DEVOLUCIÓN. SUJETO REPERCUTIDO

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Enero de 2008

Actualmente, el tema de los titulares del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos, tanto de retenciones como de cuotas repercutidas, está generando una intensa litigiosidad, teniendo por objeto el art. 14 Real Decreto 520/2005, (Rgto General de Revisión). Esta Sentencia que resuelve un recurso de casación, trae causa en el acta de disconformidad girada por la Oficina Nacional de Inspección en concepto del Impuesto del Valor Añadido. La entidad inspeccionada, como parte interesada, solicitó la devolución de las cantidades indebidamente repercutidas por el vendedor e ingresadas por el IVA repercutido, por lo que estima es un ingreso indebido del vendedor.

A tenor del art. 14 del Rgto General de Revisión sólo resultan legitimados para solicitar la devolución de ingresos indebidos en el IVA los sujetos pasivos que hubieran efectuado la repercusión de las cuotas, sin perjuicio de lo cual, el beneficiario es la persona que ha soportado la repercusión, ya que sólo el sujeto pasivo forma parte de la relación jurídico tributaria, mientras que quien soporta la repercusión es extraño a

dicha relación, por lo que sólo tendría acción civil para obtener la devolución, de quien realizó el acto de repercusión.

Sin embargo, al mismo tiempo, como expresa el art. 9.2.3º párr. Real Decreto 1163/1990, que regula el procedimiento para la devolución de ingresos indebidos, se da la paradoja de que “las cuotas repercutidas serán devueltas a la persona o entidad que haya soportado la repercusión”, no dejando de ser contradictorio que quien puede interponer una reclamación económico-administrativa, por ostentar la condición de interesado y, sobre todo, a quien se le reconoce el derecho a la devolución de las cuotas repercutidas, declaradas excesivas, no pueda solicitar su devolución.

Por otro lado, ha de añadirse que el concepto de “interés legítimo” tiene raíz constitucional como base de legitimación y que, como se ha sostenido el TS en ocasiones anteriores, no puede quedar limitado exclusivamente a las fases de amparo constitucional o del recurso contencioso-administrativo, ordinario o especial, sino que es aplicable también a la vía administrativa previa, que es presupuesto sine qua non de la jurisdiccional y, en su caso, de la constitucional, pues, de no aceptarse dicho criterio amplio y extensivo, la restrictiva interpretación de la legitimación en esa vía administrativa, ante la que se recaba la inicial tutela general de las expectativas individuales, haría inoperante e impediría la amplitud de la legitimación activa con la que el art. 24.1 de la Constitución ha configurado la defensa de las mismas, tanto por medio del recurso de amparo constitucional, como del recurso contencioso-administrativo en general.

Además, la remisión del repercutido al orden jurisdiccional civil para resolver su controversia con el sujeto pasivo, por entender que se trata de una cuestión inter privados, supone imponerle un largo proceso para que pueda facilitar la prescripción del derecho a reclamar frente a la Hacienda Pública. Pero es que además, actualmente en nuestro Derecho interno, y aun cuando las normas no sean directamente aplicables por razón del tiempo, tras la atribución del carácter de obligado tributario a quien sufre la repercusión (art. 35.2 g) Ley 58/2003, se ha reconocido su legitimación para solicitar la devolución, a través del art. RD 520/2005 (Rgto General de Revisión) (FJ. 3º).

Finalmente, debe añadirse que el TJCE respeta el sistema arbitrado en cada Estado miembro para la devolución, pero también invoca constantemente la conocida doctrina del principio de efectividad, y en la STJCE, de 15 de marzo de 2007 (Asunto nº C-35/05), ha declarado

que “los Estados miembros deben establecer instrumentos y las normas de procedimiento necesarias para permitir al destinatario de los servicios recuperar el impuesto indebidamente facturado con el fin de respetar el principio de efectividad” (FJ. 3º).

Por todas estas razones, el TS concluye aceptando la legitimación para iniciar el procedimiento de devolución de ingresos indebidos de quien ha soportado la repercusión por ostentar la condición de interesado. Y entendemos que, de igual manera, debe hacerse extensiva esta legitimación a los sujetos retenidos por las cantidades excesivamente retenidas, para la solicitud, en su caso, de ingresos indebidos, debiéndose considerar como interesados.

VIII. RENTA Y PATRIMONIO

1.- RENTAS IRREGULARES. REQUISITOS. CONTRATO DE PREJUBILACIÓN. IMPROCEDENCIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 18 de abril de 2008

Constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional la resolución del TEAR de Castilla y León, Sala de Burgos, de 30 de noviembre de 2006, desestimando la reclamación económico administrativa formulada por el recurrente contra el acuerdo de la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Segovia, que desestima la solicitud de rectificación de declaración autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio 2002. Alega el recurrente en apoyo de sus pretensiones anulatorias que las cantidades percibidas en concepto de prejubilación son una indemnización derivada la extinción del contrato de trabajo y por ello están exentas en los límites fijados por el Estatuto de los Trabajadores, como lo ha entendido la Sala de Murcia, y que dicha indemnización se ha generado durante el tiempo de trabajo en la empresa, por lo que dicha indemnización aunque recibida fraccionadamente constituye una renta irregular.

Dos son las cuestiones suscitadas en el presente recurso, por un lado, si parte de las cantidades percibidas por el recurrente por la suspensión de su contrato de trabajo con la entidad financiera Banesto 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.

Así, en cuanto a la primera cuestión, hemos de partir del art. 7 de la LIRPF 40/1998 en su redacción originaria aplicable al ejercicio 2002, conforme al cual están exentas del Impuesto las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato. Pues bien, resulta que las cantidades percibidas por el 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 la no exención de la renta que pretende el recurrente. Pero es que además recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo al respecto en sentencia de 14 de febrero de 2007, y aunque referido a la Ley 18/1991, su doctrina es perfectamente aplicable al caso cuando dice: “Como del expediente administrativo se deduce que el cese de los respectivos trabajadores tuvo su origen en el acuerdo entre empresa y trabajadores, las cantidades percibidas por los mismos tienen la consideración de renta a efectos fiscales y se encuentran sujetas al Impuesto”.

La segunda cuestión es determinar si a las cantidades percibidas mensualmente por el actor durante el ejercicio 2002, 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 en la redacción originaria. A propósito de esta cuestión, la Sala ha tenido ocasión de pronunciarse con reiteración ya desde el año 2001, a propósito de prejubilaciones de entidades.

En el presente caso, los rendimientos de los que trae causa el litigio, son el resultado de un contrato de prejubilación suscrito entre el recurrente trabajador y la entidad financiera Banesto, en virtud del cual se procedía a la suspensión de mutuo acuerdo del contrato de trabajo que vinculaba a ambas partes. Como contraprestación, según el

Convenio aplicado, la entidad financiera se comprometía a abonar al recurrente una renta mensual fija durante el período de prejubilación, mediante mensualidades vencidas, conforme a las condiciones establecidas en la oferta de prejubilación a la que se acogió el recurrente voluntariamente, siendo aceptada tal solicitud de adhesión por el Banco, según se desprende de la comunicación de aceptación por parte de éste, obligándole a suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social hasta el día en el que cumpla los 60 años de edad, fecha en el que solicitará su jubilación para percibir las prestaciones que por tal motivo le correspondan, abonando el Banco en esa fecha un complemento anual bruto allí estipulado, comprometiéndose a reembolsar al recurrente el gasto originado por el pago de la cuota a satisfacer a la Seguridad Social derivado del Convenio Especial suscrito en el que deberá mantener su actual nivel de cotización a la Seguridad Social y actualizarlo anualmente, hasta que alcance el derecho a la pensión de jubilación de la Seguridad Social o hasta su fallecimiento o invalidez permanente en cualquiera de sus grados, si tuviera lugar antes de acceder a dicho derecho.

Partiendo de estas premisas, procede examinar si a las cantidades percibidas mensualmente por la actora en este concepto, les son de aplicación la reducción del 30 por 100 reseñada. A ello la Sala estima que “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. Como ha puesto de manifiesto la Dirección General de Tributos en varias contestaciones -entre otras, de

20-10-99 y 28-4-00 - cuyas consideraciones compartimos “debe rechazarse la existencia de un período de generación, pues aunque la antigüedad en la empresa se hubiera computado a efectos de calcular los importes mensuales que percibirán los trabajadores prejubilados, se trata de un acuerdo consensuado entre la entidad de crédito y cada trabajador del que surgen, en ese momento, obligaciones económicas a cargo de dicha entidad, a cambio de la extinción de la relación laboral, y los correspondientes derechos del empleado. En definitiva, los derechos económicos derivados de la extinción de la relación laboral pactada de mutuo acuerdo no se han ido consolidando durante el tiempo que duró la relación laboral, sino que nacen ex novo a raíz del acuerdo realizado entre las partes para llevar a cabo dicha extinción”. 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 la 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. 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, 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.

Ante ello la Sala estima que “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 Sr. 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... En consecuencia, el tratamiento fiscal que han de recibir las percepciones percibidas por la recurrente, con base en el contrato de prejubilación, ha de ser el de rentas regulares, lo que conlleva la desestimación del recurso interpuesto, sin que resulten aplicables al presente caso las sentencias invocadas por el recurrente, ya que los pronunciamientos allí vertidos, se produjeron en interpretación de la anterior LIRPF de 1991, que no es aplicable al presente supuesto, atendido el ejercicio económico que aquí examinamos, sin perjuicio de que esta Sala, aún con la vigencia de la Ley anterior, llegó a las mismas conclusiones que las aquí expuestas, justificando el porqué de no seguir el criterio sustentado por la recurrente. Criterio de esta Sala por lo demás que queda ratificado por las valoraciones realizadas al respecto por el Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de mayo de 2006” (FJ. 5º).

2.- INCREMENTO DE PATRIMONIO. DETERMINACIÓN DEL VALOR INICIAL. SEGREGACIÓN DE FINCAS. DICTAMEN DE PERITOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y PRUEBA PERICIAL. VALORACIÓN

Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2008

La cuestión objeto de debate consiste en determinar la adecuación a Derecho de la liquidación impugnada en tanto trae causa y fundamento de una valoración pericial llevada a cabo por técnicos de la Administración, en informe que lleva fecha de 31 de mayo de 1995 y, esencialmente, si los criterios de valoración escuetamente señalados en el mencionado dictamen son correctos o se habrían visto desacreditados con los informes periciales que, a instancia de la parte recurrente, se han practicado en este litigio, con todas las garantías procesales, por peritos imparciales, designados sin intervención de la expresada parte.

Como quiera que se han efectuado distintas valoraciones de los bienes transmitidos, tanto en la vía inspectora, como en este proceso jurisdiccional, es preciso razonar cuál o cuáles de los emitidos debe ser

prevalente, acudiendo a la operación lógica, pero con transcendencia jurídica, de motivar adecuadamente por qué uno u otro debe considerarse que refleja con mayor exactitud el valor económico que ha de servir de base para el cálculo del incremento patrimonial, de conformidad con lo establecido en el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación al caso que, en cuanto a la “valoración del dictamen pericial” preceptúa que “el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica”.

La Sala, dando contenido en este concreto caso, a ese concepto jurídico indeterminado de “las reglas de la sana crítica” que, proyectado sobre el caso que nos ocupa, se dirige a la concreción de otro concepto jurídico indefinido “a priori”, cual es el del valor de mercado, ha de efectuarse la inicial aclaración de que, en principio, los dictámenes emitidos en el curso del proceso jurisdiccional y llevados a cabo con todas las garantías procesales, deben prevalecer sobre los documentados en el seno del procedimiento administrativo, tal como sienta una inveterada doctrina jurisprudencial.

Ante el dilema que, en términos generales, puede razonablemente suscitarse a la hora de valorar la prueba y escoger entre los informes técnicos emitidos por funcionarios públicos en el curso de las actuaciones administrativas, y los practicados procesalmente por profesionales elegidos por las partes, debe resaltarse que la vieja regla sobre la mayor independencia y objetividad que cabía presumir en el perito judicial, dadas las garantías que rodeaban no sólo la elección del perito sino la proposición y práctica de la prueba, no puede ser traída automáticamente, sin más, a la prueba pericial regida por la nueva LEC, en particular la practicada conforme a la norma de su artículo 336. Esta dificultad añadida nos exige ponderar, de manera detallada, otros aspectos diferentes de los dictámenes en pugna, tales como la razonabilidad de sus conclusiones, la motivación de éstas, el método seguido, la concordancia con otros dictámenes, las circunstancias tenidas en consideración para especificar los valores asumidos y, en suma, los elementos objetivos que se reflejen en los dictámenes y permitan un reflejo más adecuado de la “razón de ciencia” del perito. Dentro de tales presupuestos de valoración de la prueba, la Sala considera que el dictamen pericial y las declaraciones de los peritos nombrados en el seno de este proceso reflejan más fielmente los valores que deben analizarse que lo que se recoge en los informes técnicos de la Administración, lo que justifica oportunamente en el fallo.

En definitiva, “de entre los dos dictámenes periciales, la Sala se

inclina, por su solidez, su exhaustividad y por el reflejo constante del método empleado y la explicación satisfactoria de las magnitudes que alcanza, el elaborado por el ingeniero agrónomo, cuyo resultado final es el más alejado de la liquidación del incremento patrimonial y, consiguientemente, del informe de peritos en que éste se fundamenta, lo que determina que, conforme a lo que cabría presumir, la diferencia de valor entre lo que se adquirió el 17 de junio de 1992 (que no deja de ser un valor virtual o presunto, pues lo que se adquirió, por vía de partición hereditaria, fue la parte indivisa de una finca después segregada) y lo que se enajenó el 30 de junio siguiente, es significativamente menor que la explicitada por los peritos de la Administración, conclusión a la que se llega tras analizar de forma ordenada y detallada la totalidad de los factores que influyen en la determinación del precio y consignar los diferentes métodos comúnmente aceptados por la ciencia para valorar las diferentes clases de bienes, en función de los casos, actividad que va mucha más allá de la llevada a cabo en el informe de 31 de mayo de 1995, que se limita, sin más explicación, a afirmar que la totalidad de la finca tenía un valor unitario en el conjunto de su superficie, lo que no se acredita con respaldo técnico o con la aportación complementaria de datos de clase alguna” (FJ. 5º). Lo anterior lleva a la Sala a la estimación íntegra de la demanda que se satisface plenamente anulando los actos impugnados que se reflejan en el suplico, tanto los dictados por la inspección como los recaídos en la vía económico-administrativa, puesto que los recurrentes no solicitan, como bien podrían, aun cuando ello no fuera necesario, sustituir la valoración en que se fundamenta la liquidación por otra distinta, como por ejemplo la suministrada por una de las dos pruebas periciales, la más favorable a sus intereses, lo que daría lugar a la práctica de una nueva liquidación que la Administración habría de acometer con sujeción a las bases sentadas en la sentencia, lo que aquí no sucede.

IX. SOCIEDADES

1. SUBCAPITALIZACIÓN. ENDEUDAMIENTO DIRECTO O INDIRECTO DE UNA SOCIEDAD CON OTRA VINCULADA NO RESIDENTE QUE EXCEDE DEL RESULTADO DE APLICAR EL COEFICIENTE REGLAMENTARIO A LA CIFRA DEL CAPITAL FISCAL. CONSIDERACIÓN A EFECTOS FISCALES

DE LOS INTERESES SATISFECHOS. RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO: EXISTENCIA. INCOMPATIBILIDAD DE LA NORMA CON EL DERECHO COMUNITARIO

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2008 y Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2008

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Segunda, de 8 de noviembre de 2002, que desestimó el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por Rodamco Inversiones, SL, anteriormente denominada Promociones San Ignacio, SA, contra la resolución del TEAC de 19 de noviembre de 1999, en virtud de la cual se estimaba parcialmente el recurso de alzada formulado en su día por la sociedad contra la desestimación por silencio administrativo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de la reclamación económica-administrativa promovida frente a la denegación presunta de la solicitud de rectificación de la autoliquidación del Impuesto sobre sociedades, ejercicio 1992-1993, por no haber deducido como gasto los intereses correspondientes a los préstamos concedidos por “Goethe Finance, B.V.”, sociedad residente en Holanda, con la que mantenía relaciones de vinculación, en los términos previstos en el art. 16 de la Ley 61/1978.

El TEAC, en la resolución dictada, entendió aplicable el art. 16, 9 de la Ley 61/1978, en la redacción dada por la Disposición Adicional quinta de la Ley 18/1991, a los intereses devengados, por estar vinculada la sociedad española con la entidad holandesa, en los términos previstos por el art. 16, apartados 4 y 5 de la referida Ley 61/1978, y por tener Promociones San Ignacio, SA, deudas con la entidad no residente, que rebasaban el resultado de aplicar el coeficiente 2 al capital social. Por tanto, estimó que se estaba ante un caso de infracapitalización que determinaba que los intereses correspondientes al exceso tuviesen la consideración de dividendos, resultando aplicable el art. 9 del Convenio de Doble Imposición España-Países Bajos de 1971, si bien se reconoce, dado que los intereses eran gasto fiscalmente deducible, que la entidad tenía derecho a rectificar su autoliquidación por los referidos intereses, siempre que correspondieran a una financiación efectiva en condiciones normales de mercado, dejando la cuantificación a la Inspección, ante la falta de información en el expediente sobre esta cuestión. La Sala de instancia confirmó la tesis del TEAC. Los motivos que invocan la parte

recurrente tienen que ver con la posible vulneración los principios de no discriminación y de libertad de establecimiento contemplados en el Ordenamiento comunitario, así como los artículos 9 y 26.4 del Convenio para evitar la doble imposición de 16 de junio de 1971, suscrito entre España y Holanda.

Partiendo la Sala de los principios sobradamente conocidos de jerarquía de Derecho comunitario y de las normas de Derecho internacional que formen parte de nuestro Ordenamiento, entiende que lleva razón la recurrente cuando denuncia el vicio de incongruencia de la Sentencia recurrida por no pronunciarse sobre si la norma española aplicada desconocía el principio de no discriminación proclamado por el Derecho Comunitario. Pues bien, “no obstante la alegación de la parte de que el art. 16.9 de la Ley del Impuesto de Sociedades no era aplicable a sociedades domiciliadas en Estados miembros de la Unión Europea, para no desconocer el principio de no discriminación por razón de nacionalidad que establecía el Tratado de Roma, que es desarrollada ampliamente, con reseña de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986 , 8 de mayo de 1990 , 14 de febrero de 1995 y 7 de mayo de 1998 , es lo cierto que la Sala de instancia no reflexiona sobre esta cuestión, cuando la doctrina del citado Tribunal permitía afirmar que la prohibición de discriminación es una regla imperativa, que goza de efecto directo, siendo, por tanto, directamente invocable por los particulares ante los tribunales internos, con la consiguiente inaplicación de la norma interna por el juez nacional” (F.J. 3º).

Por lo que respecta a las alegaciones sobre los principios de no discriminación y libertad de establecimiento, la Sala lleva a cabo un exhaustivo análisis de la jurisprudencia comunitaria que sobre el tema ha recaído; estudio que le lleva a estimar que “ante la doctrina sentada por el TJCE, no cabe duda de la incompatibilidad de la norma española controvertida con la libertad de establecimiento, por lo que debe ser inaplicada, lo que nos conduce a la procedencia de la total deducción de los intereses satisfechos durante el ejercicio 1992/93 por Promociones San Ignacio, SA a Goethe Finance, B.V., como consecuencia de los préstamos concedidos por esta entidad, con la consiguiente estimación del recurso Contencioso-Administrativo, en este punto, resultando innecesario, ante la vulneración de la normativa comunitaria por el art. 16.9 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1978, que nos pronunciemos sobre la cuestión que se suscita en el tercer motivo de casación y que también se planteó en el escrito de demanda” (FJ. 5º).

Por lo que respecta al supuesto planteado en la Audiencia Nacional, el órgano resolutorio decide no pronunciarse sobre la posible incompatibilidad de la norma reguladora del Impuesto sobre Sociedades de 1978 respecto al convenio bilateral con los Países Bajos habida cuenta del pronunciamiento de Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 12 de diciembre de 2002, Lankhorst-Hohorst (asunto C-324/00), sobre el tratamiento diferente dispensado en el impuesto sobre sociedades a dos compañías nacionales que obtienen financiación de otra con la que se encuentran vinculada, en función de que esta segunda resida en el propio país o lo haga en otro Estado miembro, de modo que, en el segundo caso, los intereses pagados queden sometidos a un régimen tributario más desfavorable, contradice la libertad de establecimiento e infringe el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

En dicho caso, el Finanzgericht de Münster (Alemania) interrogó al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del mencionado precepto del derecho comunitario a la vista del artículo 8.º bis de la Körperschaftsteuergesetz (Ley del impuesto sobre sociedades), titulado «fondos recibidos en préstamo de los accionistas», cuyo apartado 1 dispone que «la retribución de los recursos ajenos que una sociedad de capital, sujeta sin limitación al impuesto, haya obtenido de un socio que carece de crédito fiscal, que haya poseído en el curso del ejercicio económico una participación sustancial en el capital de la sociedad, se considerará constitutiva de un reparto de beneficios encubierto cuando: [...] 2. se haya acordado una retribución calculada según un porcentaje del capital y los recursos ajenos tripliquen durante el ejercicio el valor de la participación de dicho socio, a menos que la sociedad hubiera podido obtener estos recursos ajenos de un tercero en iguales condiciones o si se trata de recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales. [...]»

Conforme al derecho alemán, en general no tienen derecho al crédito fiscal los socios no residentes. Para el Tribunal de Justicia esta norma supone que los intereses pagados por una filial residente como retribución de los recursos ajenos recibidos de su matriz no residente son gravados como distribución encubierta de dividendos al tipo del 30%, mientras que, si esa matriz se encuentra establecida en el mismo país, se consideran gastos y no dividendos encubiertos (apartado 29). Como se ve, la situación es la misma que la que deriva del artículo 16, apartado 9, de la Ley 61/1978, descrita en el último párrafo del fundamento jurídico anterior.

Pues bien, según el mencionado órgano jurisdiccional, dicha diferencia de trato entre filiales nativas en función del domicilio de su sociedad madre constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, que se opone al artículo 43 del Tratado, en la medida en la que hace menos atractivo su ejercicio por parte de las compañías domiciliadas en otros Estados miembros, las cuales, en consecuencia, podrían renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una sucursal en el Estado miembro que adopte una disposición con tales efectos (apartado 32).

Una medida de esa índole, por lo demás, carece para la sentencia que comentamos de justificación en un objetivo legítimo acorde con el Tratado. La disminución de ingresos fiscales, la lucha contra la evasión o la necesidad de garantizar la coherencia del sistema no la justifican (apartados 33 a 42). En consecuencia, habida cuenta que los Estados miembros han de ejercitar su poder tributario respetando el derecho comunitario, absteniéndose de toda discriminación por razón de la nacionalidad [sentencias de 11 de agosto de 1995, Wielockx (C-80/94), apartado 16; de 27 de junio de 1996, Asscher (C-107/94), apartado 36; de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland (C-311/99), apartado 19; de 13 de abril de 2000, Baars (C-251/98), apartado 17; y de 8 de marzo de 2001, Metallgesellschaft y otros (asuntos acumulados C-397/98 y C-410/98), apartado 37], concluye que el artículo 43 del Tratado se opone a una norma interna con un alcance como el de la disposición alemana controvertida.

La doctrina expuesta se ha reiterado en pronunciamientos posteriores, para situaciones muy semejantes a las que abordamos en el actual supuesto y en los que los rendimientos obtenidos por sociedades vinculadas reciben un tratamiento diferente en función del lugar de establecimiento. Así, podemos citar el auto de 10 de mayo de 2007, Lasertec (C-492/04), también referido a la legislación alemana. Más recientemente, la sentencia de 17 de enero de 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07), ha interpretado que el artículo 43 del Tratado, así como el 48, que hace extensiva a las sociedades la libertad de establecimiento, se oponen a una legislación nacional como la allí contemplada [el artículo 18, párrafo primero, punto 3.º, del code des impôts sur les revenus de 1992 belga (Código del impuesto sobre la renta), texto refundido aprobado mediante Real Decreto de 10 de abril de 1992]; la cuestión había sido propuesta por el rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen], según la cual los intereses abonados por una empresa residente de un Estado miembro a un administrador que sea una sociedad establecida en otro Estado miembro se recalifican como dividendos y se

someten como tales a tributación siempre que, al inicio del período impositivo, el importe total de los anticipos generadores de intereses sea superior al capital desembolsado incrementado por las reservas sujetas a tributación, mientras que, en las mismas circunstancias, si dichos intereses se abonan a un administrador que sea una sociedad establecida en el propio Estado miembro, no se recalifican como dividendos ni se someten como tales a tributación.

Lo anterior lleva a la Audiencia a estimar solventada por el Tribunal de Justicia la controversia suscitada en este proceso, ya que ofrecen las pautas pertinentes para despejar toda duda sobre la correcta aplicación del derecho comunitario y la inadecuación a sus postulados del artículo 16, apartado 9, de nuestra Ley 61/1978.

Ahora bien, antes de seguir adelante hay que solventar un último escollo. La sentencia de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* (C-524/04), teniendo a la vista el artículo 209, apartado 2, letra e), incisos iv) y v), de la *Income and Corporation Taxes Act 1988* (Ley del impuesto sobre la renta y sobre sociedades) y resolviendo una cuestión prejudicial remitida por High Court of Justice (England & Wales), declaró también que el artículo 43 del Tratado «se opone a una legislación de un Estado miembro que restringe la facultad de una sociedad residente de deducir a efectos fiscales los intereses de un préstamo financiero concedido por una sociedad matriz, directa o indirecta, residente en otro Estado miembro o por una sociedad residente en otro Estado miembro controlada por tal sociedad matriz, sin sujeta a dicha restricción a una sociedad residente que haya obtenido el préstamo de una sociedad también residente».

Dicha Sentencia introdujo una matización inexistente en las otras, pues consideró que la ilegitimidad comunitaria de una previsión de tal índole cede cuando concurren dos condiciones: 1.º) que se base en un examen de elementos objetivos y verificables que permitan identificar la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales, estableciendo la posibilidad de que el contribuyente pueda presentar, en su caso, y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la transacción de que se trata; y 2.ª) que, demostrada la existencia de tal montaje, la referida legislación sólo califique dichos intereses como beneficios distribuidos en la medida en que superen los que se habrían acordado en condiciones de libre competencia.

Pues bien, a juicio de la Sala ninguna de dichas dos condiciones

aparecen en la normativa española. Pues bien, la mera circunstancia de que una sociedad residente obtenga un préstamo de otra con la que se encuentra vinculada establecida en Estado miembro distinto no puede invocarse para amparar una presunción general de prácticas abusivas y servir de justificación a una medida que vaya en detrimento del ejercicio de una libertad fundamental garantizada por el Tratado [véanse las sentencias de 26 de septiembre de 2000, Comisión/Bélgica (C-478/98), apartado 45; de 21 de noviembre de 2002, X e Y (C-436/00), apartado 62; de 4 de marzo de 2004, Comisión/Francia (C-334/02), apartado 27; y de 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04), apartado 50].

Así las cosas, “dado que se presume ex lege que las operaciones entre entidades vinculadas se realizan del modo y con los designios expresados, en la disciplina de la Ley 61/1978 no se le ofrece al sujeto pasivo ninguna oportunidad de justificar que se pactaron a precios semejantes a los que hubieran acordado en el mercado personas independientes ni, por ende, de acreditar la inexistencia de ningún ánimo elusivo de las cargas tributarias. En esta tesitura parece evidente que, en la medida en que dicho trato sólo se dispensa a las empresas españolas que reciben préstamos de sus matrices establecidas en otros Estados miembros, mientras que las que realizan las mismas operaciones con entidades residentes en nuestro país disfrutan de un régimen fiscal más favorable, se obstaculiza la libertad de establecimiento proclamada en el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Este precepto, dada su primacía y su efecto directo [véase, por todas, la sentencia de 11 de diciembre de 2007 *The International Transport Workers’ Federation et The Finnish Seamen’s* (C-438/05), apartado 68], desplaza al artículo 16, apartado 9, de la Ley 61/1978 [sentencia de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal* (asunto 106/77)], provocando, por oponerse a sus dictados, la nulidad de la liquidación tributaria recurrida, así como la de las resoluciones económico-administrativas que lo confirmaron”.

El propio legislador español fue consciente de la oposición entre el artículo 16, apartado 9, de la Ley 61/1978 y el artículo 43 del Tratado, evidente desde el pronunciamiento de la sentencia *Lankhorst-Hohorst*. Así, al abordar en 1995 la nueva regulación del impuesto sobre sociedades [Ley 43/1995, de 27 de diciembre (BOE de 28 de diciembre)], en materia de subcapitalización excluyó del régimen específico de las operaciones de endeudamiento con personas vinculadas no residentes los casos en los que estas últimas se encontrasen establecidas en otro Estado miembro de la Unión Europea (artículo 20, apartado 4),

previsión que se reproduce en el mismo artículo y apartado del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo).

XI. SUCESIONES Y DONACIONES.

1. ADQUISICIONES MORTIS CAUSA: AJUAR DOMÉSTICO.

Sentencia de 26 de Junio de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

En la Sentencia objeto del presente comentario la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal arriba mencionado se cuestiona si resulta o no acreditada la inexistencia de ajuar doméstico de la causante y, en consecuencia, si ha de adicionarse o no a la herencia.

Pues bien, a tenor de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 29/1987, reguladora del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, “el ajuar doméstico formará parte de la masa hereditaria y se valorará en el tres por ciento del importe del caudal relicto del causante, salvo que los interesados asignen a este ajuar un valor superior o prueben fehacientemente su inexistencia o que su valor es inferior al que resulta de la aplicación del referido porcentaje”.

Efectivamente, en virtud de la normativa reguladora del impuesto, en toda herencia se presume la existencia de ajuar doméstico, si bien, la presunción admite prueba en contra, ya que, de no probarse su inexistencia, ineludiblemente se procederá a adicionarse a la herencia.

La Sala considera acreditadas las pretensiones de la parte actora, ya que, el causante a la fecha de su fallecimiento no poseía ajuar doméstico alguno, por cuanto él mismo procedió en el año 1979 a la donación de la que constituía su vivienda habitual, sin que en ningún momento posterior el causante procediera a la adquisición de ningún otro inmueble y, residiendo alternativamente con sus dos hijos hasta la fecha de su fallecimiento.

Por todo ello, la Sala concluye que en tal supuesto ha de consi-

derarse acreditada la inexistencia de ajuar doméstico a adicionar a la herencia del causante.

2.- ADQUISICIONES MORTIS CAUSA: TRATAMIENTO FISCAL DE LA SUCESIÓN EN UNIONES DE HECHO.

Sentencia de 28 de Junio de 2007 del Tribunal Superior de Justicia de La Región de Murcia

En la Sentencia de referencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del citado Tribunal parte del supuesto de hecho de que la actora de nacionalidad y residencia en Suecia, convivía de hecho con el causante y fue llamada a sucederle ab intestato en sus derechos sobre un inmueble sito en España.

El planteamiento de la Administración Tributaria española es que resulta de aplicación la normativa española a los derechos de los que era titular el causante y que han de ejercitarse en España y, como el derecho español, a efectos fiscales, no equipara las uniones de hecho al matrimonio, considera que la convivencia de hecho resulta equivalente a la situación de los extraños a los efectos de la aplicación de las disposiciones de determinación de la cuota tributaria.

No obstante, la Sala mantiene la necesidad de tomar en consideración que la relación de convivencia entre la actora y el causante contiene un elemento de extranjería que obliga a enfocar la cuestión desde una perspectiva diferente, lo que determina la obligación de acudir al Derecho Internacional Privado para dilucidar cual ha de ser el derecho aplicable a la relación entre el causante y su heredera.

En efecto, a tenor de la normativa vigente, la ley personal aplicable a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, de modo que la misma, ha de regir su capacidad y estado civil, los derechos y deberes de familia y, la sucesión por causa de muerte. Por ello, si la actora ostenta la nacionalidad sueca y el derecho sueco atribuye la condición de heredero ab intestato al conviviente de hecho, de modo que equipara en derechos las uniones de hecho al matrimonio.

Por todo ello, la Sala concluye que, primero, la actora ha de considerarse heredera ab intestato y, en segundo lugar, a efectos de la aplicación de las disposiciones para determinar la cuota tributaria no ha de considerarse sucesión entre extraños, sino como si la misma se hubiera producido entre cónyuges.

XII. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO

1. IVA. SUJETO PASIVO. ENTREGAS DE BIENES Y PRESTACIONES DE SERVICIOS. PRESTADOR DEL BIEN O SERVICIO. AYUNTAMIENTO. EXENCIONES INMOBILIARIAS.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de enero de 2008

La cuestión de fondo planteada en el expediente objeto de comentario trata de determinar si la operación contenida en la escritura de 22 de octubre de 2003 por la que el excelentísimo Ayuntamiento vende y transmite el pleno dominio de una finca en el ámbito de actuación número ... del plan parcial de ..., a la entidad X, S.L., que la compra y adquiere queda sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Para ello resulta preciso acudir a los antecedentes de hecho, en los que queda establecido que la parcela es propiedad del Ayuntamiento como consecuencia del Proyecto de Compensación de la Unidad de Ejecución. Como resultado del Proyecto de Compensación y de la normativa urbanística, se entregan al Ayuntamiento terrenos de cesión obligatoria. Uno de estos terrenos de cesión obligatoria es la finca objeto de transmisión con uso de industria-almacenaje y comercial en categorías II y III, en topología adosada, y es la que se vende a X, S.L. el 22 de octubre de 2003.

Pues bien, la primera cuestión que se plantea es si la entrega de la parcela anterior por el Ayuntamiento es una entrega sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido, o por el contrario es una operación que queda fuera del ámbito de aplicación de dicho impuesto. Para ello, la Sala acude al artículo 4.º de la Ley 37/1992 reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido que lleva a determinar que, en el presente supuesto, no existe controversia en cuanto a que nos encontramos ante una entrega de bienes (de las descritas en el artículo 8.º de esta Ley), realizada a título oneroso, tal y como se desprende de la estipulación CUARTA de dicha escritura. La cuestión se centra en fijar si dicha entrega de bienes se efectúa por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad empresarial.

A este respecto, el artículo 5.º de la Ley del Impuesto otorga los puntos necesarios para la reflexión. Así las cosas, la parcela obje-

to de la entrega, pertenece al Ayuntamiento como consecuencia del Proyecto de Compensación de la Unidad de Ejecución cuya escritura de protocolización se otorgó el día 16 de mayo de 2003. Es decir, que el día 24 de abril de 2003, la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento aprobó definitivamente el Proyecto de Compensación lo que produce automáticamente la cesión al Ayuntamiento de los terrenos de cesión obligatoria (entre los que se encuentra la finca objeto de transmisión por el Ayuntamiento) según el plan para su incorporación al patrimonio municipal del suelo, o a los usos generales. Estos terrenos, como expone la Sala, que se incorporan al patrimonio municipal en virtud de la citada cesión obligatoria forman parte, en todo caso de un patrimonio empresarial, por lo que la posterior transmisión de los mismos habrá de considerarse efectuada por parte del Ayuntamiento transmitente en el desarrollo de una actividad empresarial, quedando sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido tal y como se ha pronunciado también la Dirección General de Tributos, entre otras en las Consultas V1808-07, V1795-07, V1581-07 que tienen como fundamento la Resolución 2/2000 de 22 de diciembre de la Dirección General de Tributos, relativa a las cesiones de terrenos a los Ayuntamientos efectuadas en virtud de los artículos 14 y 18 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, y a las transmisiones de terrenos por parte de los mismos, y según la cual, las cesiones obligatorias de terrenos a los Ayuntamientos que se efectúen en virtud de lo dispuesto por la Ley 6/1998, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, no constituyen entregas de bienes ni prestaciones de servicios a los efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido, no existiendo por tanto ninguna operación sujeta al citado tributo por dicha cesión, sin embargo, dichos terrenos se incorporan al patrimonio municipal en virtud de la citada cesión obligatoria y forman parte, en todo caso y sin excepción, de un patrimonio empresarial, por lo que la posterior transmisión de los mismos habrá de considerarse efectuada por parte del Ayuntamiento transmitente en el desarrollo de una actividad empresarial, quedando sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido sin excepción.

Una vez determinada la sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido de la entrega de la parcela por el Ayuntamiento a la entidad X, S.L., habrá que analizar si dicha entrega está sujeta y exenta, o por el contrario no resulta aplicable ninguno de los supuestos de exención establecidos en la Ley 37/1992 reguladora del

Impuesto sobre el Valor Añadido. Para la Entidad Local resultaría de aplicación el art. 20.20 de la Ley del IVA. El Tribunal, con base en la resolución de este Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 23 de junio de 2001 (RG 6002/2001), según la cual si la parcela objeto de transmisión, se encuentra clasificada como de suelo urbanizable en el Plan Parcial aprobado, de manera que si la parcela vendida por el Ayuntamiento tiene la condición de suelo urbanizable, es lo mismo que terreno urbanizable. Lo que ahora corresponde analizar, es si tiene la consideración de edificable o no a los efectos de determinar la exención al Impuesto. Tal y como se desprende de la documentación que obra en el expediente administrativo, y en particular de la escritura de compraventa otorgada por el Ayuntamiento la parcela transmitida tiene la condición de terreno edificable y está sujeta y no exenta al Impuesto sobre el Valor Añadido, debiendo el Ayuntamiento repercutir dicho Impuesto.

“Es decir, de lo anterior se desprende, que las partes contratantes compartían en el momento del otorgamiento de la escritura de compraventa, la sujeción y no exención al Impuesto de la referida transmisión, repercutiendo el Impuesto correspondiente a la misma. Es decir, las actuaciones de las partes son acorde con esta interpretación efectuada por este Tribunal. Incluso aún suponiendo que las partes en el momento del otorgamiento de la escritura de transmisión, entendieran, a diferencia de lo expuesto y resuelto por este Tribunal, que la transmisión está exenta al Impuesto, la constancia expresa en escritura pública de sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido y de solicitud de no sujeción al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, determinarían la posible renuncia a la exención por el Ayuntamiento, con lo que la transmisión estaría igualmente sujeta al Impuesto. No obstante, no corresponde analizar la correcta renuncia a la exención, toda vez que este Tribunal, como ha quedado expuesto, considera que la entrega de la parcela está sujeta y no exenta, siendo correcta la repercusión del Impuesto efectuada en la escritura de compraventa” (FJ. 6º).

XIII. IMPUESTO SOBRE TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS

1. TRANSMISIONES PATRIMONIALES ONEROSAS. APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA ANTIELUSIÓN ESPECÍFICA DEL ARTÍCULO 108 DE LA LEY DEL MERCADO DE VALORES. CONCEPTO DE BIEN INMUEBLE.

Resoluciones de la Dirección General de Tributos de 19 de junio y 26 de septiembre de 2007

El artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de Mercado de Valores (LMV) constituye uno de los más claros ejemplos de cláusula antielusión específica de nuestro ordenamiento jurídico-tributario. Aunque su primer apartado establece que la transmisión de valores está exenta del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) y del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITP y AJD), el apartado segundo contiene una serie de supuestos de hecho a través de los cuales se pretende impedir operaciones de elusión fiscal de la tributación indirecta sobre la transmisiones de inmuebles mediante la interposición de sociedades. Uno de los casos en los que la transmisión de valores se sujeta al ITP y AJD tiene lugar “[c]uando los valores o participaciones transmitidos o adquiridos representen partes alícuotas del capital social o patrimonio de sociedades, fondos, asociaciones y otras entidades cuyo activo esté constituido al menos en un 50 por 100 por inmuebles situados en territorio español, o en cuyo activo se incluyan 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, siempre que, como resultado de dicha transmisión o adquisición, el adquirente obtenga una posición tal que le permita ejercer el control sobre esas entidades o, una vez obtenido dicho control, aumente la cuota de participación en ellas” [art. 108.2 a) LMV].

Desde su aparición, el artículo 108 LMV ha generado una fuerte conflictividad y ha sido objeto frecuente de comentario doctrinal. No obstante, el interés por esta norma ha aumentado considerablemente tras los cambios introducidos en ella por el artículo octavo de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Uno de los aspectos más controvertidos de esta norma antielusión (que no ha experimentado cambio alguno con la reforma del precepto) es si la calificación de un bien como “inmueble” ha de hacer-

se con arreglo al artículo 334 del Código Civil o conforme a otros criterios. La cuestión no es baladí, ya que, por ejemplo, el artículo 334 del Código Civil considera inmuebles, en sus apartados cuarto y quinto, los denominados “inmuebles por destino” (v. gr. máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados a satisfacer las necesidades de la industria o explotación), mientras que el artículo 6.3 de la Ley del IVA excluye tales inmuebles por destino del concepto de “edificación”, cuya transmisión vía sociedad parece difícil que encubra una operación elusiva.

Este es el problema abordado en las dos resoluciones de la DGT objeto de comentario. En la resolución de 19 de junio de 2007 se contesta a la consulta de una entidad que tiene la intención de adquirir las participaciones sociales de otra entidad, sociedad limitada unipersonal que explota unas instalaciones recreativas sobre un terreno de titularidad municipal, en virtud de una concesión administrativa de ejecución de obras, conservación y mantenimiento y explotación de las instalaciones durante 30 años. De acuerdo con el balance de dicha sociedad, cerrado a 31 de diciembre de 2006, más de un 50 por 100 del activo figura contabilizado en la cuenta 2210 “Construcciones”, y corresponde, básicamente, a obras de acondicionamiento realizadas sobre el terreno de titularidad municipal para la explotación de las instalaciones. Por otra parte, la Resolución de 26 de septiembre de 2007 responde a la consulta formulada por una entidad que tiene previsto transmitir la totalidad de las acciones que posee de otra sociedad anónima unipersonal, la cual es titular de una concesión administrativa para la construcción y explotación de un aparcamiento público para vehículos. La pregunta formulada a la DGT en ambas consultas es si las referidas concesiones administrativas deben ser consideradas como un bien inmueble a los efectos de lo previsto en el art. 108.2 LMV.

La DGT responde que, en el ITP y AJD, el art. 3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre) señala que “[p]ara la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo”. Además, este precepto añade que “[s]e considerarán bienes inmuebles, a efectos del impuesto, las instalaciones de cualquier clase establecidas con carácter permanente, aunque por la forma de su construcción sean transportables, y aun cuando el terreno sobre el que se hallen situadas no pertenezca al dueño de los mismos”. Por otra parte, el art. 334 del Código Civil define los bienes inmuebles y, en su

apartado 10º, considera como tales “[l]as concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles”.

Así pues, en cuanto a las concesiones administrativas objeto de las dos consultas (explotación de parque recreativo situado en terreno municipal y construcción y explotación de un aparcamiento público para vehículos), ambas comportan la realización o ejecución de una obra pública sobre un bien inmueble y, por tanto, deben ser calificadas como bienes inmuebles, tanto a efectos civiles como a efectos del ITP y AJD, calificación que resulta aplicable, asimismo, a efectos de lo dispuesto en el art. 108.2 LMV.

Por consiguiente, es doctrina del Centro Directivo que la transmisión de acciones de una sociedad que realiza obras públicas bajo el sistema de concesión está, en principio, sujeta al impuesto (siempre que concurren, claro está, el resto de requisitos establecidos en el art. 108.2 LMV). Sin embargo, como argumentos en contra de la tributación de estas operaciones, se ha señalado, de un lado, que la transmisión del derecho del concesionario no equivale a la transmisión de la propiedad del inmueble sobre el que se constituye la concesión y, de otro, que desde el punto de vista contable las concesiones administrativas son inmovilizado material. Por último, no debe olvidarse que aunque la finalidad de esta cláusula antielusión es evitar que la exención de la que disfruta la transmisión de valores en la imposición indirecta sea empleada para encubrir, mediante la utilización de fórmulas societarias, la transmisión de inmuebles, en la práctica el art. 108.2 LMV se aplica a cualquier transmisión de participaciones sociales de entidades cuyo activo esté mayoritariamente integrado por “inmuebles”, aun cuando se trate de sociedades plenamente operativas, y aunque tales inmuebles no puedan disociarse de la concreta actividad económica desarrollada por la entidad.

2. OPERACIONES SOCIETARIAS. EXENCIONES. DISTINCIÓN ENTRE APORTACIONES DINERARIAS Y NO DINERARIAS. AMPLIACIÓN DE CAPITAL REALIZADA MEDIANTE LA COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS EN DINERO.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de 6 de noviembre de 2007

La entidad recurrente formalizó una ampliación de capital en la

que unos suscriptores de acciones capitalizaron determinados créditos ostentados contra la sociedad. La entidad entendió que dicha operación consistía en una ampliación de capital mediante “aportaciones no dinerarias” –ya que tales accionistas no desembolsaron dinero, sino que compensaron los créditos que tenían contra la sociedad– y, por consiguiente, la aportación gozaba de la exención contemplada en el artículo 45.I.B).10º del Texto Refundido del ITP y AJD. Dicha entidad apoya, asimismo, su postura en que la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) ha asumido que el aumento de capital por compensación de créditos es, por su propia naturaleza, un aumento no dinerario.

En cambio, la Administración tributaria interpreta que la compensación de créditos tiene la conceptualización jurídica de aportación dineraria, entre otras razones, porque la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), cuando en sus arts. 154 a 157 trata el aumento de capital, enumera la aportación no dineraria (art. 155) como algo distinto del aumento de capital por compensación de créditos (art. 156), por lo que la exención sólo sería aplicable a las aportaciones no dinerarias distintas de la compensación de créditos.

La Sala desestima el recurso interpuesto por la entidad recurrente por diversos motivos. En primer lugar, porque de la lectura de los preceptos de la LSA sobre la ampliación de capital “se desprende la radical diferencia de tratamiento entre las aportaciones dinerarias (cuyo valor es su propio importe, sin necesidad de evaluación alguna) y las aportaciones no dinerarias (en las que es preciso valorar en dinero el importe económico de dichas aportaciones). En la ampliación por compensación de créditos no es necesaria tasación alguna de las aportaciones efectuadas, porque igualmente el valor de lo aportado se corresponde con el importe nominal de lo compensado. Se asimila, así, la figura de la compensación de créditos con la de la aportación dineraria” (FJ. 2º). En segundo lugar, porque cuando la norma fiscal establece exenciones para las aportaciones no dinerarias, se entiende que lo hace respecto de aquellas consideradas como tales en la LSA, es decir, de las que precisan una tasación y valoración para determinar en dinero lo que inicialmente no constituye una aportación dineraria; y la compensación de créditos, por la naturaleza de lo aportado, obtiene mejor acomodo entre las aportaciones dinerarias, ya que lo transferido a cambio de las acciones es, en definitiva, un crédito en dinero (FJ. 2º). En tercer lugar, porque si se acude al art. 1196 del Código Civil se advierte que para que proceda la compensación es preciso que “ambas deudas consistan en una cantidad en dinero”, por lo que si se admite una aportación sujeta al ITP, desde

luego esta aportación debe ser calificada de dineraria, ya que las deudas compensadas lo son “en una cantidad de dinero” (FJ 2º). En cuarto lugar, porque, a los efectos de la interpretación de las normas tributarias, carece de relevancia la interpretación que sobre la compensación de créditos se hace desde el punto de vista registral por la DGRN, pues dichas interpretaciones responden a finalidades distintas e indiferentes entre sí (FJ. 3º). Por último, la Sala recuerda que la exención se aplica a aportaciones no dinerarias de carácter especial y no cabe la interpretación analógica para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones; dicho de otro modo, no cabe la posibilidad que el recurrente invoque: que para la aplicación de una exención prevista para las aportaciones del art. 155 LSA se asimile la aportación por compensación de créditos del art. 156. El remedio de acudir a la analogía sí es posible a efectos registrales, lo que demuestra, a juicio de la Sala, que el argumento de acudir a la doctrina registral es de poco valor, ya que aunque en ese caso es posible la interpretación analógica, no lo es en el caso de las exenciones fiscales por expresa disposición legal (FJ. 3º).

3. ACTOS JURÍDICOS DOCUMENTADOS. DOCUMENTOS NOTARIALES. CUOTA GRADUAL. EXENCIÓN. NOVACIÓN DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN EL QUE SE MODIFICA LA MONEDA DESIGNADA PARA SU AMORTIZACIÓN.

Resolución de la Dirección General de Tributos de 24 de abril de 2008

El consultante es titular de un préstamo hipotecario concertado en euros con una entidad financiera y se está planteando efectuar una novación para convertirlo en un préstamo en divisas, nominado inicialmente en yenes japoneses, con posibilidad de conversión a diferentes divisas a lo largo de la vida del préstamo. El consultante desea conocer si dicha operación puede estar exenta de la modalidad Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, conforme a las modificaciones introducidas en la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre.

En relación con la cuestión planteada, la DGT, tras el análisis de los arts. 30.1 y 31.2 del TRLITP y AJD, de los arts. 9 y 40 del Reglamento del Impuesto (aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo), así como de su doctrina anterior sobre la materia, señala lo siguiente:

La operación de novación de préstamo hipotecario en la que se modifica la moneda designada para su amortización, pasando a divisas, constituye una novación de préstamo hipotecario. Así pues, la escritura pública en la que se formaliza la operación está sujeta a la cuota gradual de la modalidad AJD, documentos notariales, por reunir los requisitos exigidos por el art. 31.2 TRLITP y AJD.

La base imponible de la cuota gradual de AJD, documentos notariales, de la novación descrita será el valor en euros resultante de aplicar las reglas del art. 40 del Reglamento del Impuesto sobre el valor en moneda o divisa extranjera al importe de la responsabilidad hipotecaria total fijada en divisas, que comprenderá tanto el importe de la obligación o capital garantizado, como las sumas que correspondan a intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos.

En cuanto a la posible exención de la cuota gradual al amparo del art. 9 de la Ley 2/1994, dicho artículo establece la exención de la cuota gradual de AJD en el caso de que la novación modificativa se refiera a las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente, a la alteración del plazo del préstamo, o a ambas. Sin embargo, la novación descrita por el consultante, “se refiere al cambio del objeto de la obligación, resultando modificada la divisa, y no las condiciones del tipo de interés ni el plazo, por lo que no resulta aplicable dicha exención a la escritura notarial que documente la citada operación. A este respecto cabe precisar que no es lo mismo cambiar el tipo de referencia, pasando, por ejemplo, de ser el «EURIBOR» al «LIBOR», a cambiar la moneda o divisa de pago del préstamo, pasando, como en el supuesto planteado, de euros a yenes o a otras divisas, pues la tributación en el ITP es diferente”. Por tanto, la operación estará sujeta a la cuota gradual de la modalidad de AJD, documentos notariales, por cumplir todos los requisitos exigidos en el artículo 31.2 del TRLITP y AJD, sin que sea posible aplicar la exención regulada en el mencionado artículo 9 de la Ley 2/1994.

Por último, la DGT advierte que las modificaciones introducidas en la Ley 2/1994 por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, no han alterado la tributación en el ITP y AJD de las novaciones modificativas de préstamos hipotecarios en las que se modifica la moneda designada para su amortización (que pasa a divisas) que se mantiene en los términos expuestos.

XV. IMPUESTOS AUTONÓMICOS Y FORALES

IMPUESTO EXTREMEÑO SOBRE SUELO SIN EDIFICAR Y EDIFICACIONES RUINOSAS. BASE IMPONIBLE: REDUCCIÓN EN EL CASO DE ESTAR DESTINADOS LOS TERRENOS A USO INDUSTRIAL.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, de 20 de noviembre de 2007

En la presente sentencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura estima parcialmente el recurso interpuesto contra la resolución de la Junta Económico-Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura anula la liquidación tributaria por el impuesto extremeño sobre Suelo sin edificar y Edificaciones Ruinosas, regulado en la Ley autonómica extremeña 9/1998, por no ajustarse al ordenamiento jurídico, debiendo practicarse otra en la que se reduzca la base imponible del Impuesto exigido en un 50 por 100, y llevar a cabo la devolución procedente.

En el suplico de la demanda se solicita que se anule la resolución que liquida el citado impuesto y se deje sin efecto la liquidación originariamente impugnada, solicitando subsidiariamente que se proceda a una reducción del 50 por 100 de la base imponible.

La parte recurrente estima que no concurre el presupuesto del hecho imponible que se pretende gravar con el tributo, porque ésta había procedido a solicitar la licencia urbanística que constituye el presupuesto del Impuesto. En relación con la configuración del hecho imponible del Impuesto, por lo que se refiere al asunto enjuiciado, estaba regulado en el artículo 3.º de la Ley de la Asamblea de Extremadura 9/1998, de 26 de junio, Reguladora del Impuesto sobre Suelo sin Edificar y Edificaciones Ruinosas, según redacción dada por Ley Autonómica 8/2002, de 26 de junio, conforme al cual lo constituye «para el suelo edificable, no haber procedido a su completa edificación en el plazo de cinco años. Tal plazo se contará desde que adquirieron la condición de edificabilidad a que hace referencia el artículo 4.º de la Ley». Este último artículo de remisión, también conforme a la redacción dada en 2002, establecía que se considera «suelo edificable las superficies de suelo urbano aptas para la edificación, de acuerdo con el instrumento normativo de planeamiento urbano, que cuenten con acceso

rodado, abastecimiento de agua, evacuación de aguas y suministro de energía eléctrica, debiendo tener estos servicios características adecuadas para servir a la edificación que sobre ellos exista o se haya de construir».

Por lo que se refiere al devengo del impuesto, siendo éste de carácter anual, el periodo impositivo «coincide con el año natural» y «se devengará el 31 de diciembre de cada año y afectará a aquellas conductas tipificadas como hecho imponible en el artículo 3.º de esta Ley que se hubieran producido a lo largo del período impositivo» (artículo 13).

Teniendo en cuenta la normativa citada, sostiene la recurrente que, habiendo solicitado licencia urbanística en instancia presentada en el Ayuntamiento el 29 de agosto de 2003, y habiéndose concluido la edificación del solar el 2 de diciembre de 2005, según el certificado final de obra extendido por el arquitecto director de la misma aportado con la demanda, no existe el presupuesto del hecho imponible.

Teniendo en cuenta este planteamiento, entiende el Tribunal que “resulta manifiestamente improcedente la alegación porque a la fecha del devengo del Impuesto para la anualidad liquidada -2002-, no se había procedido la completa edificación del terreno, que es el presupuesto del hecho imponible, como ya vimos. Y si lo que se pretende, aunque nada se diga de manera expresa, es que no habían transcurrido los cinco años a que el primero de los preceptos se refiere, fácil habría sido a la recurrente acreditar que a aquella fecha de devengo del Impuesto no había transcurrido el referido plazo desde que fue declarado apto para la edificación. Consecuencia de ello es que procede rechazar el motivo examinado y, con él, de la petición principal de la demanda” (FJ. 2º).

En relación con el segundo de los motivos aducidos por la recurrente en apoyo de su pretensión revocatoria, éste se refiere a la reducción de la base imponible del Impuesto. El Tribunal advierte “que el artículo 10 de la Ley del Impuesto, en redacción dada por la Ley de 2002 (...), dispone que la «la base imponible de este impuesto estará constituida por el valor catastral de los terrenos», pero se añade que «para los terrenos destinados a uso industrial y dotacional, la base imponible estará constituida por el 50 por 100 de su valor catastral»”. En el caso objeto de enjuiciamiento se argumenta que el uso a que, conforme al Planeamiento vigente, estaban destinados los terrenos, es uso industrial, alegándose la procedencia de la reducción de la base en el porcentaje establecido en el cita precepto. No obstante, la

Administración tributaria niega esta calificación del terreno estimando que no ha quedado acreditado ese concreto uso. En efecto, la recurrente, al presentar la preceptiva declaración para practicarse la liquidación, no hizo indicación alguna a ese concreto uso industrial del terreno; pero aportó al expediente copia de la solicitud de licencia en la que expresamente se hacía referencia a la construcción de «almacén de venta al por mayor», lo que, a juicio del Tribunal “evidentemente ponía de manifiesto la calificación del terreno. Y si alguna duda existía al respecto, se ha aportado con la demanda certificación del Ayuntamiento, en la que se deja constancia indubitada de que el uso de los terrenos era el de uso industrial, lo que obligaba a la reducción de la base, conforme a lo que establecía el artículo 10 de la Ley” (FJ. 3º).

XVI. IMPUESTOS LOCALES

1. IMPUESTO SOBRE BIENES INMUEBLES. SUJETO PASIVO: COMUNIDAD DE USUARIOS DE UN APARCAMIENTO SUBTERRÁNEO PARA RESIDENTES AUNQUE NO SE HAYA FORMALIZADO LA TRANSMISIÓN DE LA CONCESIÓN, AL HABERSE PRODUCIDO DE HECHO LA TRANSMISIÓN. LOS USUARIOS, REUNIDOS EN COMUNIDAD, UTILIZAN EL DOMINIO PÚBLICO MUNICIPAL, SIN QUE SEA PRECISA PARA LA EFICACIA DE LA TRANSMISIÓN LA AUTORIZACIÓN FORMAL DEL AYUNTAMIENTO, PUES EL PLIEGO DE CONDICIONES OBLIGABA A LA CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE USUARIOS Y FUE SU CONSTITUCIÓN LA QUE DEJÓ VACÍA DE CONTENIDO LA CONCESIÓN ORIGINARIA.

Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 19 de diciembre de 2007 y de 30 de enero de 2008

El TEAC resuelve en ambos asuntos recursos interpuestos contra resoluciones de TEAR sobre titularidad catastral de fincas urbanas a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

La cuestión a resolver, en ambos asuntos, consiste en determinar

la titularidad catastral del aparcamiento subterráneo para residentes a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Este Tribunal tiene sentada la doctrina en cuanto a la titularidad catastral de los aparcamientos subterráneos para residentes, de rotación o mixtos, “que pueden ser sujetos pasivos del IBI las empresas concesionarias para la construcción y explotación de los aparcamientos, las Comunidades de Usuarios o éstos individualmente considerados, según las fechas en que hayan tenido lugar las cesiones de uso o transmisión de la concesión; y, aunque en el supuesto enjuiciado no se haya formalizado la transmisión de la concesión, ello no es óbice para la aplicación de tal doctrina (...), pues la transmisión a la Comunidad de Usuarios se ha producido de hecho; en efecto, la originaria concesión ha quedado sin contenido, sin causa por tanto, puesto que las obras se finalizaron y se recibieron en su momento y, en cuanto a la explotación, porque desde que se constituyó la Comunidad de Usuarios (a medida que se iban alcanzando los parámetros, en cuanto a la cesión de uso de las plazas de aparcamiento, previstos en la concesión originaria), ésta asumió la administración del bien en su conjunto y los comuneros el derecho de uso de las plazas de que fueran titulares, entre ellos la concesionaria en origen respecto de aquellas que no hubiesen sido objeto de cesión, en la misma posición jurídica que el resto de los comuneros; en definitiva, son los usuarios, reunidos en Comunidad, los que utilizan el dominio público municipal, ahora y en el momento en que se adoptó el acuerdo confirmado por el Tribunal Regional, sin que sea precisa para la eficacia de la transmisión, autorización formal del Ayuntamiento pues el Pliego de Condiciones obliga a la constitución de la Comunidad de Usuarios; y teniendo presente el artículo 1.115 del Código Civil a cuyo tenor «Cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula» así como las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.284, 1.285 y 1.289 del mismo cuerpo legal, ha de rechazarse que la autorización del Ayuntamiento sea requisito ineludible para que la transmisión de la titularidad catastral tenga lugar, entre otras razones, porque dejaría al arbitrio de las Comunidades de Usuarios el abono o no del IBI, aún disfrutando ya del uso privativo del bien que lo devenga, privando al Ayuntamiento de unos ingresos que, por la expuesta extinción de la concesión originaria, no serían exigibles en derecho de la titular inicial (Fundamento de Derecho Cuarto de la RTEAC de 19 de diciembre de 2007).

Destaca el Tribunal que las sentencias invocadas en las alegaciones se refieren a situación legal anterior a la Ley 14/2000, de Medidas,

pudiendo añadirse que ya el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 11 de junio de 2002, deja entrever el cambio que implicaba la modificación introducida por la citada Ley 14/2000, en los artículos 64 b) y 65 d) de la Ley 39/1988. En efecto, el Tribunal Central cita su Resolución de 19 de junio de 2003, en la que él mismo afirma que “modifica el criterio que venía manteniendo y estima que la Comunidad de Usuarios o Usufructuarios y ellos mismos, individualmente considerados, no son sujetos pasivos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles hasta el 31 de diciembre de 2000, pues para el ejercicio 2001 y siguientes, vuelven a tener la consideración de sujetos pasivos del Impuesto, conforme al artículo 65 de la Ley 39/1988, según la redacción dada por el artículo 22.2 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y los aparcamientos subterráneos, sea cual fuere la modalidad de su uso y su condición o no de servicio público, dejan de estar exentos según la modificación del artículo 64.b) de la Ley 39/1988, según la redacción dada por el artículo anteriormente mencionado. En conclusión, en el presente caso el aparcamiento está exento hasta el año 2000, inclusive, iniciándose la tributación sin exención a partir del ejercicio de 2001, siendo sujetos pasivos la recurrente, la Comunidad de Usuarios o Usufructuarios o éstos individualmente considerados, según las fechas en que se hayan realizado las cesiones de uso o transmisión de la concesión, dato que no aporta la recurrente, pues se limita a manifestar que ya son todas las plazas de aparcamiento para uso de residentes, sin dedicarse ninguna al uso público indiscriminado, pero no relaciona las distintas fechas en que se han realizado las transmisiones” (Fundamento de Derecho Sexto de la RTEAC de 19 de junio de 2003).

XVII. TASAS, CONTRIBUCIONES ESPECIALES Y PRECIOS PÚBLICOS

1. TASA POR OCUPACIÓN DE LA VÍA PÚBLICA POR LA INSTALACIÓN DE CAJEROS AUTOMÁTICOS. HECHO IMPOSIBLE: INSTALACIÓN POR LAS ENTIDADES BANCARIAS DE CAJEROS AUTOMÁTICOS CON ACCESO DIRECTO DESDE LA VÍA PÚBLICA. OCUPACIÓN TEMPORAL Y PARCIAL DE LA VÍA PÚBLICA POR LOS USUARIOS, RECEPTORES DE SERVICIOS BANCARIOS, CUYO DESARROLLO ES TRASLA-

DADO DESDE EL INTERIOR DE LA OFICINA BANCARIA A LA VÍA PÚBLICA: APROVECHAMIENTO ESPECIAL DEL DOMINIO PÚBLICO POR LAS ENTIDADES FINANCIERAS EXISTENTE.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de enero de 2008.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7, de 10 de mayo de 2007, desestimatoria a su vez de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una liquidación girada en concepto de Tasa por ocupación de la vía pública por la instalación de cajeros electrónicos, confirmando en su integridad la sentencia apelada y condenando en costas a la recurrente.

La impugnación de la liquidación tributaria se basa, entre otras razones, en la alegación de que el uso en la vía pública de los cajeros instalados en el edificio de la Caja no constituye aprovechamiento especial del dominio público. Se advierte en el FJ2 de esta Sentencia que como quiera ese uso es el que normativamente contiene la Ordenanza reguladora del tributo para definir el hecho imponible, nos hallamos ante una impugnación indirecta de la Ordenanza misma, cuya expresada nulidad se solicita en el recurso de manera expresa, lo cual hace admisible la apelación.

La sentencia apelada recoge la doctrina sentada por el TSJ de Madrid al respecto (sentencias de 9 de septiembre de 2004, 31 de marzo y 3 de junio de 2005), pues la cuestión litigiosa ya ha sido abordada con anterioridad. En efecto, se trata de determinar si existe aprovechamiento especial del dominio público en el servicio propio de un cajero automático colocado en la fachada de un establecimiento bancario y que el cliente utiliza desde la calle.

Como señala el FJ. 4º de la sentencia objeto de reseña, “el problema que se ha de analizar ha recibido dos respuestas contrarias. En un extremo, la de que no hay verdadera utilización o aprovechamiento especial de un reducido espacio de la vía pública en el brevísimo tiempo que dura el servicio del cajero; tiempo que no difiere esencialmente del de los simples transeúntes que hacen un uso colectivo y general de la vía pública. En el otro extremo se afirma que, aunque el cajero esté instalado dentro del edificio, es utilizado desde fuera de él, ocupándose

la vía pública de un modo especial, bien distinto, desde luego, del mero transitar”.

En el supuesto objeto de enjuiciamiento el cajero automático instalado en la fachada de un establecimiento bancario no ocupa la vía pública; ahora bien, se destaca en esta sentencia “lo peculiar del servicio que realizan estas máquinas, por ejemplo para obtener dinero: este se expende desde el interior del edificio pero se recibe en la vía pública; y tanto la expedición como la recepción pertenecen al mismo servicio, como también el manejo de la máquina con la tarjeta y el accionamiento de los mecanismos de aquella, de tal manera que si no hubiera esa actividad callejera no habría servicio, en el cual se utiliza el dominio público para algo bien distinto del uso general colectivo de la vía pública o del mero deambular” (FJ. 5º).

El hecho de que el matiz de la intensidad, esto es, el de que la utilización o aprovechamiento del dominio público es muy breve e insignificante, no es determinante para dejar de exigir esta tasa pues el aprovechamiento especial existe y “negarlo sería negar la evidencia y (que) ese aprovechamiento especial no es confundible con el uso general colectivo de la vía pública”. A mayor abundamiento se señala que “en la relación, no exhaustiva, de hechos imponderables de las tasas figuran los escaparates, las portadas y las vitrinas (apartado ñ del artículo 20.3 de la Ley de Haciendas Locales) en que una instalación interior proyecta su efectividad hacia el exterior”.

Por consiguiente, “la instalación de cajeros automáticos por parte de la entidad bancaria apelante, en línea de fachada y orientados hacia la vía Pública, con la evidente finalidad de posibilitar su utilización por todo usuario que posea el documento magnético, imprescindible para ello, y acceder así a una serie de servicios, cuya prestación resulta posible llevar a cabo mediante tales cajeros automáticos, tiene como consecuencia inmediata la realización de operaciones bancarias desde la vía pública y a través de tales instrumentos, con la consiguiente ocupación temporal y parcial de la vía pública por los usuarios mencionados, receptores de servicios bancarios, cuyo desarrollo es trasladado así desde el interior de la oficina bancaria a la vía pública. Obviamente, todo ello supone un aprovechamiento, no privativo, pero si especial de la vía pública por parte de la entidad bancaria titular del referido cajero automático, subsumible en el art. 20 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales”.

La doctrina de esta sentencia no se ve afectada por la que se sos-

tiene por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 28 de abril de 2004, en la que se entiende que “es patente que (las) Portadas, Escaparates y Vitriñas se instalan en terrenos de propiedad particular lo que excluye de raíz que exista utilización privativa del dominio público. Tampoco concurre ningún servicio prestado por la Administración. Del mismo modo, ha de excluirse que se dé un “aprovechamiento especial del dominio público”, pues la instalación de Portadas, Escaparates y Vitriñas, por llevarse a cabo en propiedad privada, no comporta un aprovechamiento especial del dominio público. El hecho de que las Portadas, Escaparates y Vitriñas sean vistas desde el dominio público no configura un aprovechamiento especial “del” dominio público, sino “desde” el dominio público. Este cambio preposicional es también conceptual lo que priva de cobertura a la Ordenanza cuestionada”. Y no es de aplicación porque como se afirma en la sentencia objeto de reseña, el precepto aplicable analizado es el artículo 41 de la Ley de Haciendas Locales de 1988, vigente en el momento de aprobarse la Ordenanza que anula el Tribunal Supremo en esta sentencia, y la nueva Ley de Haciendas Locales recoge en el artículo 20.3.ñ) la posibilidad de que las entidades locales establezcan tasas por cualquier supuesto de utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local, y en particular por portadas, escaparates y vitriñas. Además, “la instalación del cajero automático implica una utilización física del dominio público, ya que el cajero no se utiliza con su mera “visión”, sino que exige la parada física durante un espacio de tiempo, aunque sea breve, ante él para realizar las oportunas operaciones, de manera que no sólo se usa “desde” el dominio público, sino también “en” el dominio público, aunque se encuentre físicamente instalado en la pared del banco. En definitiva, lo instalado en la pared o muro de la entidad bancaria es el cajero físico, pero no su uso, que tiene lugar dentro del dominio público, al menos en parte; su instalación no lo es para ser visto, sino para ser utilizado” (FJ. 6º).

NOTA

I 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 aparta-

dos I y XIII serán comentados por Saturnina Moreno González (Contratado Doctor). Los apartados II, V y XIV serán comentados por Esther Sánchez López (Titular de Universidad). Los apartados III y VII serán comentados por Gemma Patón García (Contratado Doctor). Los apartados IV y XI serán comentados por María Prado Montoya López (Asociada de Universidad). Los apartados VI y X serán comentados por José Alberto Sanz Díaz-Palacios (Contratado Doctor). Los apartados VIII, IX y XII serán comentados por Gracia M^a Luchena Mozo (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

Susana Casado Díaz

Profesora de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

ARRENDAMIENTO RÚSTICO

Retracto. Procedencia. Valor de las fincas objeto de retracto: motivación por el juzgador de instancia del proceso valorativo seguido para formar su convicción. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2^a). Sentencia de 27 de febrero de 2007.

Se plantea en esta ocasión, si era válido el Informe Pericial practicado en primera instancia con la finalidad de determinar el valor de unas fincas objeto de retracto, a fin de concluir si las mismas, por razones ajenas al destino agrario, tenían un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponde en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo, hallándose por ello fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

En torno a la cuestión controvertida, esta Audiencia considera que en la medida en que la Juzgadora de instancia ha motivado suficientemente el proceso valorativo seguido para formar su convicción, únicamente cabría ser rectificada cuando en verdad hubiera sido ficticio el soporte fáctico, o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador “a quo”, de tal naturaleza que haga preciso una interpretación distinta de los mismos sobre las premisas previas de los principios de la experiencia y del conocimiento científico, examinando la razonabilidad y respaldo empírico de las conclusiones a las que llega.

Ninguna de estas circunstancias han ocurrido en el caso que nos ocupa, siendo esencialmente idéntica la valoración que realiza este Tribunal del conjunto de la prueba practicada y las dudas que subsisten en torno al verdadero valor de las fincas objeto de la acción de retracto.

S.C.

CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

Incapacitación. Procedencia Tutela: autorización, una vez aceptado el cargo de tutor, para que ratifique en nombre del incapacitado la escritura de compraventa otorgada, en nombre propio y como mandataria verbal de su esposo. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1^a). Sentencia de 28 de febrero de 2007.

La cuestión principal que se plantea, es si firme la sentencia que declara la incapacidad de una persona y aceptado el cargo del nombrado tutor, puede éste ratificar, en nombre del incapacitado, una escritura de compraventa otorgada tres años antes de dictarse la sentencia de incapacidad.

La Audiencia considera que el proceso de incapacidad se ha seguido con todas las garantías y con la activa intervención del Ministerio Público, en defensa de los intereses del incapaz, tratándose de una persona de avanzada edad y que padece una demencia de tipo Alzheimer muy avanzada, que le impide la comunicación verbal o el reconocimiento cabal de su entorno, y siendo evidente que ninguna razón existe para salir al paso de una compraventa de dos fincas pequeñas, realizada por su esposa en nombre propio y como mandataria verbal del ahora incapaz, parece claro que no se advierte razón alguna para exigir el inicio de un nuevo procedimiento, sin otro fin que el de acordar que el tutor proceda a ratificar la compraventa.

S.C.

CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Indemnización de daños y perjuicios. Improcedencia. Actividad de la empresa demandada consistente en la comprobación y verificación de parámetros y puesta en marcha de una unidad refrigeradora del actor. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2^a). Sentencia de 15 de enero de 2007.

La cuestión objeto de la alzada, se centra en determinar si es responsable de los defectos de funcionamiento de una unidad refrigeradora de segunda mano, la empresa encargada de la puesta en funciona-

miento de la misma.

La Sala entiende que la obligación asumida por la empresa demandada, es de comprobación, verificación y puesta en marcha, que se constituye como una obligación distinta de la obligación de reparar, obligación de resultado duradero que no competía a la demandada. El demandado cumple con poner en marcha el aparato advirtiéndolo al comitente de los defectos observados, lo que en relación con el funcionamiento definitivo del aparato puede considerarse una obligación de medios distinta de la reparación.

S.C.

CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Protección de los consumidores. Cláusula abusiva. Nulidad. Venta del inmueble litigioso de los demandados por inmobiliaria distinta de la actora: desequilibrio de las prestaciones de las partes. Incumplimiento que lleva aparejado una indemnización. Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2^a). Sentencia de 17 de enero de 2007.

El tema central que se discute en la apelación, es la nulidad de una cláusula de penalización contractual de un contrato de mediación o corretaje.

En la sentencia de instancia se absuelve a los demandados de la pretensión de abono de la penalización contractual del 4% del precio escriturado de la venta de su chalet por inmobiliaria distinta de la actora, con quien la parte demandada había suscrito en su día un contrato de mediación con pacto de exclusiva.

La Sala considera que la cláusula es abusiva por contrariar el justo equilibrio de las prestaciones de las partes, ya que impone una penalidad por incumplimiento notablemente superior al perjuicio ocasionado, que no se corresponde con una penalización similar en contenido y alcance para el caso de que la entidad mediadora no cumpla con sus obligaciones.

No obstante, el incumplimiento debe llevar aparejado en todo caso una indemnización, ya que la legalidad vigente relativa a la nuli-

dad de las cláusulas abusivas impone al Juzgador llevar a cabo, de oficio, una integración contractual que supla la laguna que deja la estipulación declarada nula. Es claro que la indemnización por incumplimiento de la demandada consistiría en el lucro cesante que la mercantil actora estaría en condiciones de haber obtenido de haber cumplido la parte demandada el pacto de exclusiva durante el año previsto contractualmente, minorado por la circunstancia de que sus oportunidades de tal lucro se habían reducido ya en 2/3 al haber transcurrido ocho meses sin lograr el presupuesto de hecho para tal comisión, y dicha norma es la que habrá de ser aplicada por esta Sala de forma sustituirá, entendiendo que dicha indemnización ha de ascender a la tercera parte del 2% del precio escriturado.

S.C.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS.

Cirugía asistencial y cirugía satisfactiva: diferencias. Vasectomía: existencia del riesgo de recanalización de los conductos deferentes. Existencia de plena información al paciente antes y después de la intervención. Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1^a). Sentencia de 29 de marzo de 2007.

Se pretende conseguir en la sentencia apelada una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de un acto médico, concretamente la realización de una vasectomía que no tuvo el fruto deseado en tanto que posteriormente el paciente tuvo un hijo, alegando que el facultativo sanitario no explicó pormenorizadamente las complicaciones que podían existir.

La audiencia distingue entre actos de los denominados de cirugía satisfactiva, y actos de cirugía asistencial. Mientras éstos parten de la existencia de una enfermedad o daño que debe curarse, aquéllos sólo parten del deseo de mejorar física o estéticamente, como en el caso enjuiciado evitar la procreación.

Nos hallamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acrecienta el deber de información médica,

porque si éste se funda en el derecho del paciente a conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y con base en tal información prestar su consentimiento o desistir de la operación, en ejercicio de su derecho a la libertad personal de decisión o derecho de autodeterminación sobre la salud y persona que es la finalidad perseguida por la norma, con más razón es exigible tal derecho cuando el paciente tiene un mayor régimen de libertad para optar por el rechazo de la intervención, habida cuenta de la innecesidad o falta de premura de la misma; a lo que debe añadirse la oportunidad de mantener un criterio más riguroso, que respecto de la medicina asistencial, porque la relatividad de la necesidad podría dar lugar en algunos casos a un silenciamiento de los riesgos excepcionales a fin de evitar una retracción de los pacientes a someterse a la intervención.

A pesar del carácter voluntario del acto médico, la responsabilidad no surge de forma objetiva por el fracaso de la finalidad perseguida por el mismo, en tanto que en tales actos siempre existe el riesgo de complicaciones, lo que hace que deba analizarse la corrección del acto según la *lex artis* y la información suministrada al paciente.

No existe acreditación alguna de que la operación estuviera mal realizada y, consta en autos, que el demandante firmó un documento de consentimiento informado tres días antes de la intervención, donde pormenorizadamente se recogen los riesgos de la misma. Después de la intervención se le entregó al demandante el documento referido a los cuidados a tener después de la intervención. Luego no puede negarse que no se diera una plena información tanto antes como después de la intervención, motivos suficientes para concluir que no procede indemnización alguna.

S.C.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

Accidente de circulación. Animales en la calzada. Jabalí. Coto demandado. Falta de acreditación de la existencia de estos animales en el coto. Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1^a). Sentencia de 22

de febrero de 2007.

Se alza el recurrente contra la sentencia del juzgado de primera instancia en virtud del cual se desestima la demanda en su día interpuesta por la que se ejercitaba una acción de reclamación de cantidad derivada de culpa extracontractual sobre la base de un accidente de tráfico en el que el demandante afirmó haber atropellado a un jabalí que cruzaba la calzada provocando daños en el vehículo. Refiere el recurrente, que compete al coto de caza demandado probar que el jabalí no es una especie que habitualmente se encuentre en el mismo en estancias más o menos prolongadas, bastando a tales efectos que el actor pruebe que el animal salió del coto.

La Sala considera que para que el coto demandado responda de los daños ocasionados por el animal que del mismo sale, es preciso que la zona acotada no sea un hábitat esporádico o de paso no habitual.

En definitiva, la cuestión radica en quién debe soportar la falta de prueba de las circunstancias referidas, que en estos supuestos es la parte que ejerce la acción de reclamación por culpa extracontractual frente al coto en el que supuestamente habita en la forma expuesta el animal que interviene en el accidente.

S.C.

**RESEÑA NORMATIVA DE CASTILLA-LA
MANCHA**

RESEÑA LEGISLATIVA DE CASTILLA-LA MANCHA (DE 1 DE ENERO A 30 DE JUNIO DE 2008)

Profa. Dra. María Martín Sánchez

Área de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha.

En esta ocasión, se presenta una reseña legislativa de carácter semestral. Continuando con el estudio y recopilación de la actividad legislativa de las Cortes castellano-manchegas en su VII Legislatura, hemos optado por ofrecer una breve recapitulación de su labor durante el primer semestre de este año 2008, con el fin de seguir de cerca su actividad. Sin embargo, tal y como tendremos oportunidad de examinar a continuación, tal actividad no ha sido especialmente abundante durante dicho periodo, más bien al contrario, se caracteriza por su escasez.

Cronológicamente, las leyes aprobadas por las Cortes de Castilla-La Mancha, durante este primer semestre de 2008, han sido las siguientes:

Ley 1/2008, de 17 de abril, de creación de la Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha.

Ley 2/2008, de 5 de junio, de concesión de un crédito extraordinario por importe de 157.678,66 euros para sufragar los gastos de las Cortes de Castilla-La Mancha, celebradas el 27 de mayo de 2007.

Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha.

Ley 4/2008, de 12 de junio, de creación del Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha.

Ley 5/2008, de 12 de junio, de Modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha.

A continuación, tal y como viene siendo habitual, haremos una recapitulación de cada una de las leyes aprobadas, anteriormente mencionadas, siguiendo un orden estrictamente cronológico.

LEY 1/2008, DE 17 DE ABRIL, DE CREACIÓN DE LA EMPRESA PÚBLICA DE GESTIÓN DE SUELO DE CASTILLA-LA MANCHA (BOCCM NÚM. 43, DE 18 DE ABRIL DE 2008)

Esta Ley nace con la finalidad de cumplir con el principio rector que constitucionalmente obliga a los poderes públicos a velar para que todos los ciudadanos podamos disfrutar de una vivienda digna. No es exactamente un derecho a la vivienda el que se reconoce en el Texto Constitucional, aunque sí existe un compromiso para los poderes públicos que deben seguir las políticas necesarias que tiendan a eliminar los procesos especulativos del suelo y a promocionar las viviendas. Así se establece en el artículo 47 de la Constitución: *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. (...)”*

En los últimos años la vivienda se ha convertido en uno de los grandes problemas sociales, debido al aumento desproporcionado del precio del suelo, a causa de la especulación. Por ello, es necesario adoptar nuevas políticas eficaces que pongan freno a los procesos especulativos y que den respuesta a las demandas sociales, haciendo efectivo el mandato constitucional, considerando la vivienda como un bien de primer orden, un derecho, y no como un negocio.

Esta Ley pretende dar respuesta a esta situación, mediante la creación de la *Empresa Pública de Gestión de Suelo de Castilla-La Mancha*, encargada de la gestión del suelo y la vivienda en la Región. El objetivo de esta Empresa es la puesta en el mercado de más suelo para la promoción y construcción de viviendas en régimen de protección pública para frenar la especulación de los promotores privados.

Esta actuación de la Empresa Pública de Gestión del Suelo y Vivienda de Castilla-La Mancha está amparada por lo establecido por la nueva legislación básica estatal en materia de vivienda –Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo– según la cuál la acción de urbanizar es una función pública, otorgando al suelo el carácter *de recurso natural, escaso y no renovable*. En consecuencia, esta Empresa se constituiría como instituto para garantizar el *“principio de desarrollo territorial”* (así llamado por la Ley estatal del Suelo), conforme al interés general y al principio de desarrollo sostenible.

La Ley consta de diez preceptos, acompañados de tres Disposiciones Adicionales, una Disposición Transitoria Única y dos Disposiciones Finales.

El artículo 1-finalidad de la Ley- establece la creación de la empresa pública en materia de gestión del suelo, adscrita ésta a la Consejería competente de ordenación de territorio, urbanismo y vivienda. Respecto a la *forma jurídica –artículo 2-*, se prevé que la empresa adoptará la forma de sociedad anónima y se registrará por sus propios estatutos. En cuanto al *capital social –artículo 4-*, se fija un capital social inicial de cuatrocientos mil euros, desembolsados por la Junta de Comunidades al tiempo de su constitución en escritura pública. Asimismo, se determina que podrán participar otras administraciones, organismos y empresas del sector público regional, pero la participación de la Junta en el capital social, en ningún momento podrá ser inferior al cincuenta y uno por ciento. Además, se prevén disposiciones respecto al patrimonio, los recursos económicos, los avales, el control financiero, los recursos humanos así como el objeto y funciones de la Empresa Pública, estableciéndose entre éstas *–artículo 3- “la adquisición y gestión de suelo y patrimonio inmobiliario para su venta o alquiler (...)”*.

Las tres Disposiciones Adicionales se refieren a: *aportación de bienes, operaciones de reordenación y modificación de la adscripción*; la Disposición Transitoria Única, es relativa a la *subrogación*; y, por último, las dos Disposiciones Finales se refieren al *plazo de constitución y a la entrada en vigor*.

LEY 2/2008, DE 5 DE JUNIO, DE CONCESIÓN DE UN CRÉDITO EXTRAORDINARIO POR IMPORTE DE 157.678,66 EUROS PARA SUFRAGAR LOS GASTOS DE LAS CORTES DE CASTILLA-LA MANCHA, CELEBRADAS EL 27 DE MAYO DE 2007 (BOCCM NÚM. 52, DE 9 DE JUNIO DE 2008)

En virtud de lo establecido por la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha, completada por la Ley 8/1998, de 19 de noviembre, de modificación parcial de dicha Ley, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha deberá subvencionar los gastos

originados por las actividades electorales, en los términos previstos por la Ley y atendiendo a los escaños y votos conseguidos.

En cumplimiento de lo previsto legalmente, en las pasadas elecciones autonómicas celebradas el 27 de mayo de 2007, la Junta de Comunidades concedió anticipos de las subvenciones electorales a los principales Partidos Políticos de la Región –Partido Socialista Obrero Español y Partido Popular-, con cargo a las subvenciones electorales.

Una vez emitido el informe de la Sindicatura de Cuentas de Castilla-La Mancha sobre ingresos y gastos electorales y atendiendo a lo establecido en la Ley 5/1986, anteriormente citada, se establece que procede la concesión de un crédito extraordinario para cuya concesión se aprueba la presente Ley. Así pues, mediante la presente Ley se aprueba la concesión de dicho crédito extraordinario por un importe de ciento cincuenta y siete mil seiscientos setenta y ocho euros con sesenta y seis céntimos (157.678,66 euros).

La Ley consta únicamente de dos artículos, en los que se detalla la cantidad del crédito extraordinario concedido así como su financiación; finalmente, consta también de una Disposición Final relativa a su entrada en vigor.

LEY 3/2008, DE 12 DE JUNIO, DE MONTES Y GESTIÓN FORESTAL SOSTENIBLE DE CASTILLA-LA MANCHA (BOCCM NÚM. 55, DE 13 DE JUNIO DE 2008)

Una de las grandes riquezas forestales en la Región de Castilla-La Mancha son sus montes, debido a su extensión y a su importancia como fuente generadora de riqueza para el desarrollo del medio rural. Se trata de un bien insustituible que la Ley debe proteger.

Sin embargo, hasta la fecha no ha existido una legislación que proteja de manera precisa la materia objeto de la presente Ley, sino que su protección se ha realizado de manera dispersa, mediante leyes de ámbito estatal generalmente y, en ámbito regional, mediante la Ley 2/1988, de 31 de mayo de, de conservación de suelos y protección de cubiertas vegetales naturales (derogada con la presente Ley).

A partir de la entrada en vigor de la legislación básica estatal con Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril, procede la aprobación de la correspondiente ley autonómica en desarrollo de la misma.

En consecuencia, se aprueba la Ley 3/2008, de 12 de junio, de Montes y Gestión Forestal Sostenible de Castilla-La Mancha, con el propósito de unificar en un solo cuerpo legislativo la regulación relativa a dicha materia, anteriormente dispersa, y en desarrollo de lo establecido por la legislación básica de Montes.

Se trata de una Ley extensa y compleja, compuesta por 97 preceptos y diversas Disposiciones, estructurada de la siguiente manera:

Título I, dedicado a las *Disposiciones Generales*, tales como la definición del objeto mismo de la ley: “establecer el ordenamiento jurídico-administrativo de los montes de Castilla-La Mancha, en el marco de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, bajo los mismos principios y definiciones en ella contenidos, con la finalidad de su conservación y protección, promoviendo su restauración, mejora, sostenibilidad y aprovechamiento racional” –artículo 1-. Asimismo, se establece su ámbito de aplicación –artículo 2-, siendo éste los montes de la Región de Castilla-La Mancha. Además, se contienen otros extremos relacionados con la aplicación de la norma, tales como: el concepto de monte o las clases de montes –artículos 3 y 4.

Título II, dedicado al *Régimen jurídico de los montes*, se estructura a su vez en cuatro Capítulos: Capítulo I –*Régimen Jurídico de los montes públicos*-, dividido a su vez en tres Secciones: “De los montes demaniales” –Sección Primera-, “De los montes patrimoniales” –Sección Segunda- y “Recuperación posesoria y deslinde de los montes públicos” –Sección Tercera-; Capítulo II –*Régimen de los montes privados*-, Capítulo III –*Régimen de los montes protectores. Montes singulares*-, Capítulo IV –*Adquisición de montes por las administraciones públicas. Derecho de adquisición preferente. Unidades mínimas de actuación forestal*-. Es importante apuntar como novedad de esta Ley que se tipifican nuevas categorías de montes, ya sea de titularidad pública o privada, incidiendo en su protección y tutela.

Título III, dedicado a la *Gestión forestal sostenible*, se estructura en cuatro Capítulos: Capítulo I –*Estadística forestal de Castilla-La Mancha*; Capítulo II –*Planificación Forestal*; Capítulo III –*Ordenación de montes*-, Capítulo IV –*Usos y aprovechamientos*

de montes y recursos forestales-, dividido a su vez en tres Secciones: “Aprovechamientos en los montes” –Sección Primera-, “Aprovechamientos en los montes de utilidad pública” –Sección Segunda” y “Uso público de los montes” –Sección Tercera-. La “gestión forestal sostenible” es probablemente el aspecto más significativo de la Ley, ya que de una correcta gestión de los montes depende tanto su persistencia como, el desarrollo y estabilidad de las poblaciones radicadas en el medio rural. Esta planificación se desarrolla en dos niveles: un nivel superior, en el que se fijan las pautas para la gestión forestal sostenible mediante los “planes de ordenación de los recursos forestales” (PORF), de ámbito comarcal, y un nivel inferior, en el que se encuentran los instrumentos de gestión forestal sostenible de aplicación directa a montes o grupos de montes concretos.

Título IV, dedicado a la *Conservación y protección de montes*, consta de cuatro Capítulos: *Capítulo I –Usos del suelo-; Capítulo II –Lucha contra la erosión y la desertificación. Conservación del suelo y restauración hidrológico-forestal-; Capítulo III –Incendios forestales-; Capítulo IV –Sanidad y genética forestal-.* La “lucha contra los incendios forestales” constituye otro de los ejes centrales de esta Ley. Para ello, se hace especial atención a las medidas preventivas y a los planes de defensa contra incendios, especialmente en las zonas declaradas de alto riesgo.

Título V, dedicado a la *Investigación, formación, divulgación, extensión y policía forestal*, se estructura en tres Capítulos: *Capítulo I –Investigación forestal-; Capítulo II –Formación y educación forestal; y Capítulo III – Extensión y policía forestal.*

Título VI, dedicado al *Fomento forestal*, consta a su vez de dos Capítulos: *Capítulo I –Empresas forestales- y Capítulo II –Incentivos económicos-.*

Título VII, dedicado al *Régimen sancionador*, estructurado en tres Capítulos: *Capítulo I –Infracciones-, Capítulo II –Sanciones- y Capítulo III –Procedimiento-.*

Por último, la Ley se completa con nueve Disposiciones Adicionales; diez Disposiciones Transitorias; una Disposición Derogatoria Única, en donde se establece expresamente que las anteriores normas reguladoras de las materias que abarca esta Ley quedan derogadas por la misma; y seis Disposiciones Finales. Entre estas últimas, se prevé lo siguiente: *Modificación de la Ley 9/2003, de 20 de marzo, de Vías Pecuarias de Castilla-La Mancha (mediante la Disposición Final Primera); Modificación del artículo 55 de la Ley 1/1992, de 7 de mayo, de Pesca Fluvial de Castilla-La Mancha (mediante la Disposición Final Segunda);*

Modificación del artículo 39 de la Ley 4/2007, de 8 de marzo, de Evaluación Ambiental de Castilla-La Mancha (mediante la Disposición Final Tercera).

LEY 4/2008, DE 12 DE JUNIO, DE CREACIÓN DEL COLEGIO OFICIAL DE DIETISTAS-NUTRICIONISTAS DE CASTILLA-LA MANCHA (BOCCM NÚM. 55, DE 13 DE JUNIO DE 2008)

La presente Ley es aprobada en respuesta a la solicitud realizada por la Asociación de Dietistas Diplomados de Castilla-La Mancha. Esta Asociación, en representación de los profesionales que ejercen la profesión de “Dietista-Nutricionista” en el territorio de la Comunidad, solicitó la creación del Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, en virtud de la Ley 10/1.999, de 26 de mayo, de creación de Colegios Profesionales de Castilla-La Mancha.

La creación del precitado Colegio Profesional puede argumentarse desde la perspectiva del interés público que satisface, ya que permitirá velar por los intereses profesionales de un gran colectivo, contribuyendo además a la promoción de la salud pública en el ámbito regional.

Además, argumentan el reconocimiento legal de la profesión de “dietista-nutricionista” mediante el Real Decreto 433/1998, de 20 de marzo, por el que se estableció el título universitario de Diplomado en Nutrición Humana y Dietética. Asimismo, la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de Profesiones Sanitarias: *“establece como profesión sanitaria con nivel de Diplomado la de Nutrición Humana y Dietética, que tendrá entre sus funciones, (...) desarrollar actividades orientadas a la alimentación de la persona o grupos de personas, adecuadas a las necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas de las mismas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud públicas”*.

La Ley consta de seis preceptos, completados con Disposición Transitoria Única y una Disposición Final.

Tras establecerse su creación –artículo 1-, se regulan su naturaleza y régimen jurídico –artículo 2-, dotando al Colegio creado del carácter de *“corporación de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad”*, siendo su ámbito territorial el de la Comunidad de Castilla-

La Mancha –

En cuanto a su *ámbito personal-artículo 5-* la Ley determina que podrán integrarse en este Colegio Profesional quienes posean la titulación correspondiente, esto es, “*el título universitario oficial de Diplomado en Nutrición Humana y Dietética*”, estableciendo además que para el ejercicio de dicha profesión en el ámbito territorial de Castilla-La Mancha “*será requisito indispensable la previa incorporación al Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha, salvo que estuviera incorporado ya a otro Colegio profesional en los términos en la normativa básica estatal y en la Ley 10/1999, de 26 de mayo*”.

Tal y como prevé el *artículo 6 –relaciones con la Administración-, el Colegio Profesional de Dietistas-Nutricionistas de Castilla-La Mancha*, se relacionará con la Consejería competente en materia de Colegios Profesionales, del mismo modo que, en lo que se refiera a la profesión en sí, se relacionará con la Consejería competente en materia de sanidad.

En cuanto a las Disposiciones que completan la Ley: la Disposición Transitoria Única, se refiere al *proceso constituyente*, para la elaboración de los Estatutos del Colegio Profesional; por último, se cierra con la Disposición Final, relativa a la entrada en vigor de la Ley.

LEY 5/2008, DE 12 DE JUNIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 22/2002, DE 21 DE NOVIEMBRE, DE CREACIÓN DEL INSTITUTO DE LA MUJER DE CASTILLA-LA MANCHA (BOCCM NÚM. 55, DE 13 DE JUNIO DE 2008)

La reciente aprobación de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, creada para la eliminación de cualquier tipo de discriminación, haciendo efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, es muestra del compromiso existente respecto de la exigencia de igualdad real, como presupuesto del Estado Social y Democrático de Derecho.

De igual manera, el Gobierno Regional debe respetar este com-

promiso de hacer real y efectiva la igualdad entre hombres y mujeres, en cumplimiento de la citada Ley 3/2007, teniendo a este respecto un papel de especial relevancia el Instituto de la Mujer, definido éste como el órgano creado por el Gobierno Regional para: “(...) *promocionar e incentivar las condiciones que posibiliten la igualdad entre mujeres y hombres, erradicar la violencia hacia las mujeres y coordinar con las Consejerías las actuaciones que hagan más efectivas las políticas para la consecución de la igualdad en todos los ámbitos de la vida, al mismo tiempo que impulsar, coordinar y realizar el seguimiento en cada provincia de las citadas políticas de igualdad de oportunidades*”.

El Instituto de la Mujer fue creado por Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer, si bien las exigencias de igualdad real introducidas mediante la Ley 3/2007 hacen necesaria la incorporación de nuevas estrategias y una nueva metodología que permita hacer efectivo el principio de transversalidad en las políticas y actividades de la administración regional.

Para alcanzar este objetivo, se aprueba la presente Ley, para la modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de Creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha, en lo relativo a sus órganos directivos del Instituto. Así pues, se crean las denominadas “Delegaciones Provinciales”, como órganos de dirección de las unidades periféricas, en cada demarcación territorial. Estas Delegaciones Provinciales asumirán la responsabilidad de incorporar el principio de transversalidad en todas las políticas del Gobierno Regional, debiendo aumentar la colaboración y coordinación con los órganos de la Administración Periférica del Estado y con los de la Administración de Justicia, encargados de la lucha contra la violencia de género –muy vinculada con los fines del Instituto-.

La Ley consta de Artículo Único y Disposición Final Única.

En su Artículo Único, denominado *Modificación de la Ley 22/2002, de 21 de noviembre, de creación del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha*, se recogen en tres apartados diferenciados las distintas modificaciones que se realizan al texto de la citada Ley, para introducir las mencionadas reformas. Así:

El apartado 1.- Respecto a los órganos rectores y periféricos del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha (*artículo 4*). En él, se recogen sus órganos rectores –Consejo de Dirección y Dirección- y se introduce como novedad la “Delegación Provincial” en cada provincia.

El apartado 2.- Se refiere expresamente a las Delegaciones Provinciales (artículo 8.3, de nueva creación). Éstas se definen como: “Las Delegaciones Provinciales del Instituto de la Mujer son los órganos encargados de dirigir sus unidades periféricas, bajo la vigilancia y supervisión de su Dirección (...)”.

El apartado 3.- Respecto al régimen económico del Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha (artículo 13), se da una nueva redacción a este precepto, estableciendo lo siguiente: “El Instituto de la Mujer de Castilla-La Mancha someterá su régimen presupuestario a lo establecido en la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma y en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-LA Mancha, aprobado por Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre, o norma que le sustituya y, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 106 y siguientes de este Texto Refundido, rendirá cuenta de sus operaciones a la Sindicatura de Cuentas”.

Finalmente, la Ley se cierra con la Disposición Final Única, referente a su entrada en vigor.

NOTAS DE ACTUALIDAD

CRÓNICA DE LAS JORNADAS HISPANO-MEXICANAS SOBRE EL DERECHO A LA SALUD Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA.

Los días 28 y 29 de noviembre de 2007 tuvieron lugar en Toledo las Jornadas Hispano-Mexicanas sobre el derecho a la salud y la responsabilidad patrimonial sanitaria, organizadas por el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México con la colaboración del FISCAM y del SESCAM.

Estas jornadas, a las que asistieron más de medio centenar de juristas y profesionales de la salud, y que contaron con la participación, como ponentes, de destacados expertos en la materia tanto de nuestro país como de México, han pretendido ser un punto de encuentro y de intercambio de opiniones y reflexiones, sobre un tema que, en ambos países, ha adquirido una especial relevancia: la responsabilidad patrimonial sanitaria.

Las sesiones de trabajo de las jornadas se desarrollaron en el Castillo de San Servando de Toledo.

La primera sesión, el día 28 de noviembre, se inició con la presentación de las jornadas y bienvenida a los asistentes por el Presidente del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Excmo. Sr. D. José Sanroma Aldea, pasando a continuación a ser inauguradas oficialmente por el Consejo de Sanidad, Excmo. Sr. D. Roberto Sabrido Bermúdez.

El primer panel de las jornadas comenzó con la intervención de Dña. Josefa Cantero Martínez, profesora titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, que presentó su ponencia “El Derecho a la protección de la salud en España” en la que analizó la configuración constitucional del derecho a la salud, su alcance, contenido, límites y garantías.

La segunda ponencia de este panel fue presentada por D. Víctor M. Martínez Bullé Goyri, Director del Centro Nacional de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, con el título “La salud como derecho humano en México”. En ella abordó la regulación del derecho a la protección de la salud en el ordenamiento jurídico mexicano, las causas que han provocado el incremento del número de las quejas que recibe la Comisión Nacional de los

Derechos Humanos por violación de este derecho y la importancia actual de la bioética.

Este primer panel estuvo moderado por D. Enrique Belda Pérez-Pedrero, Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

El segundo panel comenzó, tras la pausa del café, con la ponencia titulada “ La responsabilidad patrimonial del Estado en México”, presentada por Dña. María Zaragoza Sigler, Secretaria Técnica del Congreso de los Diputados de México, en la que expuso los antecedentes normativos y la regulación actual del instituto de la responsabilidad patrimonial en México tras la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se produjo en el año 2002.

Seguidamente, D. José Antonio Moreno Molina, profesor titular de derecho administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha, presentó su ponencia “Evolución histórica y estado actual de la responsabilidad patrimonial en México y España”, en la que inicialmente expuso la evolución normativa de la responsabilidad patrimonial en España y en México, pasando después a analizar la regulación actual de este instituto en los ordenamientos jurídicos de ambos países, finalizando con un análisis comparativo de la regulación española y mexicana. El debate que se generó en torno a esta segundo panel fue moderado por Dña. Lucía Ruano Rodríguez, Consejera del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

En el tercer panel de la sesión de la mañana intervino, en primer lugar, D. Oriol Mir Puigpelat, profesor titular de la Universidad de Barcelona y responsable de estudios e investigación de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya que presentó su ponencia “El alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: responsabilidad objetiva y por el funcionamiento anormal”, en la que hizo una reflexión personal sobre la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo respecto al alcance de la responsabilidad patrimonial de la Administración española en materia sanitaria, en concreto, sobre la cuestión fundamental de si la responsabilidad patrimonial en esta materia es siempre objetiva o si sólo surge – o al menos como regla general – en caso de funcionamiento anormal del servicio o mala praxis.

En ese mismo panel pronunció la segunda ponencia titulada “Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria: Responsabilidad objetiva y subjetiva”, D. Alejandro Ortega San Vicente, Director General de Asuntos Jurídicos de la Comisión

Nacional de los Derechos Humanos de México. En ella abordó el concepto de acto médico en el ordenamiento jurídico mexicano y analizó los diversos tipos de responsabilidad (penal, civil y administrativa) que pueden darse a consecuencia de la ilicitud o irregularidad de los servicios de salud.

El debate subsiguiente fue moderado por Dña. Inmaculada González de Lara y Ponte, Consejera del Consejo Consultivo.

Tras el almuerzo, la sesión de la tarde se inició con el cuarto panel, que fue moderado por Dña. Milagros Ortega Muñoz, Secretaria General del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, en el que intervino, en primer lugar, D. Raúl Plasencia Villanueva, Primer Visitador general de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, que presentó su ponencia titulada “Derecho a la protección de la salud y atención sanitaria en el trabajo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México”. En ella analizó el reconocimiento constitucional del derecho a la salud como derecho humano y la función, organización y actividades de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, organismo creado por la Constitución Política de los Estados mexicanos, competente para conocer de las quejas por presuntas violaciones de los derechos humanos que ampara el ordenamiento jurídico-mexicano, entre ellos, el derecho a la salud.

En segundo lugar, D. Joseph Enric Rebés i Solé, miembro de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya y ex presidente de la misma, presentó su ponencia “Desarrollo científico y tecnológico y responsabilidad patrimonial sanitaria”, en la que reflexionó sobre los distintos caminos por los que se mueve la ciencia y el derecho; el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial sanitaria y los supuestos en los que, a su juicio, ésta tiene siempre carácter objetivo.

El quinto panel de la sesión de la tarde comenzó con la ponencia titulada “La reparación del daño en la atención de la salud por vía administrativa”, presentada por D. Octavio Casamadrid Mata, Abogado especialista en temas de atención a la salud y funcionario excedente de la Comisión Nacional de Arbitraje de México. En ella realizó un análisis jurídico del acto médico para la determinación de la existencia o no de responsabilidad, es decir, lo que habitualmente se reconoce como “lex artis” y de la trascendencia del arbitraje como medio para evitar la litigiosidad de la responsabilidad derivada de acto médico.

La última ponencia de este panel “La falta de consentimiento

informado como causa de responsabilidad patrimonial sanitaria”, fue pronunciada por D. Javier Sánchez Caro, Director de la Unidad de Bioética y Orientación Sanitaria de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid. En ella abordó, inicialmente, la teoría general del consentimiento informado para pasar después a tratar el alcance de la falta de consentimiento desde el punto de vista penal y las consecuencias de la responsabilidad patrimonial en los supuestos en los que el consentimiento informado no reúne los requisitos exigibles. El debate posterior estuvo moderado por D. Salvador Jiménez Ibáñez, Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

La segunda jornada, el día 29 de noviembre, se inició con el sexto panel en el que intervino, en primer lugar, Dña. Marina Gascón Abellán, Catedrática de Filosofía del Derecho y Directora del Master de Bioética y Derecho Sanitario de la Universidad de Castilla-La Mancha que presentó su ponencia “La problemática de la prueba del daño en la responsabilidad patrimonial sanitaria”. En ella reflexionó sobre los problemas probatorios de la relación causal en los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario; de la teoría de la “perdida de la oportunidad” como remedio subsidiario para probar la relación de causalidad ; y de la necesidad de que la doctrina establezca unos estándares de prueba que indiquen el grado de certeza que se requiere para probar un hecho.

La segunda ponencia de este panel, a cargo de D. Juan Luis González Alcántara, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Federal de México, llevó por título “La reparación del daño en la atención de la salud por vía jurisdiccional” y en ella analizó la relación médico-paciente en la legislación mexicana, el consentimiento informado y la carga de la prueba en los supuestos de responsabilidad patrimonial sanitaria.

El debate posterior fue moderado por D. Carlos del Blanco Rodríguez, Letrado del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

Tras la pausa del café se inició el séptimo, y último panel, de estas jornadas, moderado por D. José Ángel Caamiña García, Letrado del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha. Este panel comenzó con la intervención de D. Carlos Tena Tamayo, Médico y Subdirector General del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los trabajadores del Estado, que presentó su ponencia “Lex artis y calidad de la atención sanitaria. Medios alternativos de solución de conflictos en la atención médica”. En ella expuso los distintos mecanismos de defensa

del derecho a la salud en México y, en particular, centro su análisis en el procedimiento que se puede seguir ante la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, que promueve la reparación del daño mediante el acuerdo de las partes (médico-paciente).

La última ponencia de las jornadas “Calidad de la atención sanitaria (estándares y *lex artis*)” fue presentada por D. David Larios Riscos, Jefe del Servicio Jurídico de Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. En ella reflexionó sobre la problemática de hacer depender siempre la existencia de responsabilidad patrimonial sanitaria de la *lex artis ad hoc*; sobre los estándares (protocolos y guías de práctica clínica) como solución para reducir la variabilidad de situaciones a las que se enfrentan los profesionales sanitarios y sobre la posición de la doctrina y la jurisprudencia respecto a la utilización de estos estándares y su posible colisión con el principio de autonomía científica y técnica.

La clausura oficial de las jornadas se llevó a cabo por el Vicepresidente Primero del Gobierno de Castilla-La Mancha, Excmo. Sr. D. Fernando Lamata Cotanda.

Gemma Serrano Guardia.

Jefe de Sección de Coordinación Administrativa.
Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. IX EDICION CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO

Toledo, del 12 al 29 de enero de 2009

PRESENTACION:

La Universidad de Castilla-La Mancha convoca la IX Edición de los CURSOS DE POSTGRADO EN DERECHO PARA IBERO-AMERICANOS.

La IX Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho para iberoamericanos se celebrará en la ciudad de Toledo del 12 al 29 de enero de 2009, 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:

-Nuevas perspectivas del Derecho Ambiental: globalización, sostenibilidad, reparación integral, horizontalidad de políticas, técnicas regulatorias

- Derecho de Consumo: contratos, responsabilidad y regulación
- Propiedad intelectual
- Justicia Constitucional y Garantías Electorales: los derechos políticos y su protección constitucional
- Gestión tributaria: nuevos desafíos en la aplicación de los tributos.
- Derecho Penal Económico y criminalidad organizada
- Mediación
- El modelo social europeo: problemáticas de la ciudadanía social y de la regulación del trabajo en la Unión Europea
- Constitucionalismo y Garantismo.

Más información: <http://www.uclm.es/postgrado.derecho>

Correo electrónico: postgrado.derecho@uclm.es

Tél: 925 256351 / 680 222319

